

**“UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES”**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS**



**“LA CONCENTRACIÓN DE MEDIOS ESCRITOS Y LIBERTAD DE  
EXPRESIÓN, A PROPÓSITO DE LA COMPRA DE LA CADENA DE  
PERIÓDICOS EPENSA POR PARTE DEL GRUPO EL COMERCIO”**

Presentado por:  
Andrés Gabriel Torpoco Gonzáles

Tesis para optar el título de abogado  
2017

Asesor  
Abog. Pierre Moises Vivanco Núñez

A las personas que  
confiaron en mí y nunca  
dejaron de hacerlo, mis  
abuelos y mis padres, y  
Frances.

## Resumen

El presente trabajo es una investigación jurídica, dogmática-jurídica, que tiene la finalidad de resolver un problema que se viene acrecentando dentro de las distintas democracias de desarrolladas en los países de Latinoamérica, o sea, trata de responder a la pregunta de que si la concentración de medios ejercida por un grupo periodístico, el cual compra a otras cadenas de periódicos, como es el caso de Erensa y el grupo El Comercio, afecta a la libertad de expresión o si es que ella puede, o sea la concentración, compatibilizar con los pilares que rigen el sistema democrático, es decir, si se puede viabilizar una democracia con la concentración de los medios que son utilizado para informar a los ciudadanos.

## Abstract

The present work is a juridical, dogmatic-juridical investigation, whose purpose is to solve a problem that has been growing within the different democracies developed in the countries of Latin America, that is, it tries to answer the question that if the Concentration of media by a newspaper group, which it buys from other newspaper chains, such as Erensa and the El Comercio group, affects freedom of expression or, if it can, The pillars that govern the democratic system, that is to say, if a democracy can be made feasible with the concentration of the means that are used to inform the citizens.

## AGRADECIMIENTO

Aunque es muy frecuente decir que cuando se agradece a algunas personas se teme con no mencionar a otras que han contribuido en la elaboración del trabajo, sin embargo, sé que esta no será la ocasión, sino que se mencionará a las personas que de forma directa ayudaron en la elaboración de dicho trabajo.

Agradezco a mis bisabuelos, Juan y Priscila, quienes desde el cielo me llenan de bendiciones y me cuidan durante el trajín del día; a mis abuelos, Zoila y Gilberto, de quienes he aprendido muchas cosas y estoy seguro que gran parte de mi forma de ser se los debo a ellos; a mis padres, Juan y Yely, quienes nunca claudicaron en ver concluido este proyecto; a mis tíos, José, Patricia y Priscila, quienes me apoyaron de diversa índole; a mis hermanos; a mi primo Pablo, quien me ve desde lo alto del firmamento; a mis amigos, José Luis, Pierre, por sus colaboraciones; a mi compañera Francesca, por su amor y consejos. A todos les agradezco su invaluable apoyo y consideración para conmigo.

# INDICE

Prologo.....	09
CAPÍTULO I.....	11
Planteamiento del problema.....	11
Planteamiento del problema.....	11
Descripcion de la realidad problemática.....	11
Planteamiento del problema.....	15
Problema Principal.....	15
Problema secundario.....	15
Justificación de la investigación.....	16
Justificación teórica.....	16
Justificación práctica.....	17
Justificación social.....	18
Delimitación conceptual del problema.....	18
Objetivos de la investigación.....	19
Objetivo Primario.....	19
Objetivos secundarios.....	19
Hipótesis y variables de la investigación.....	20
Hipótesis.....	20
CAPÍTULO II.....	21
LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD COMO CONCRECIÓN DEL DERECHO	
1 Introducción.....	21
1.1 Breve reseña sobre la libertad como derecho.....	22
1.2 El Estado moderno.....	29
1.2.1 La Revolución Francesa.....	30
1.2.2 Las trece colonias.....	32
1.3 El Estado de derecho.....	36
1.4 El Estado Constitucional.....	42

CAPITULO III.....	53
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	
2. Introducción.....	53
2.1 La libertad de expresión.....	54
2.1.1 Teoría Libertaria de la libertad de expresión.....	60
2.1.2 Protección Irrestricada de la libertad de expresión.....	65
2.1.3 Teoría democrática de la libertad de expresión.....	65
2.1.4 Función social de la libertad de expresión.....	66
2.1.5 Información veraz y transparente.....	67
2.1.6 Principio de pluralidad informativa.....	67
2.1.7 Principio de autonomía de la información.....	68
2.2 La libertad de expresión vista por el Tribunal Constitucional Peruano.....	70
2.3 La Libertad de Expresión vista por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	70
2.3.1 Dimensión colectiva e individual de la libertad de expresión.....	74
2.3.2 Funciones de la libertad de expresión.....	74
2.3.3 Contenido del derecho a la libertad de expresión.....	78
2.3.4 Limitaciones a la libertad de expresión.....	78
2.3.5 Prohibición de la censura previa de la libertad de expresión y prohibición de los medios indirectos que la restringen.....	80
CAPÍTULO IV.....	84
LA CONCENTRACIÓN DE MEDIOS	
3. Los medios de comunicación.....	84
3.1 La prensa escrita: la función social.....	88
3.2 La concentración de medios escritos: definición.....	90
3.4 Concentración de la propiedad de medios escritos.....	92
3.3 La concentración de la audiencia.....	96
3.4 Monopolio, acaparamiento y abusos de posición de dominio.....	100
3.5 El Monopolio.....	101
3.6 Dominio político de los medios de comunicación escrita.....	102
3.7 Ausencia de pluralidad de medios escritos de comunicación.....	102
CAPITULO V.....	104
LA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN POR MEDIO DE LA CONCENTRACIÓN DE MEDIOS ESCRITOS	
4. Introducción.....	104
4.1 La pluralidad informativa se afecta con la concentración de medios.....	104
4.2 La Concentración de la audiencia perjudica a la pluralidad informativa.....	108
4.3 La concentración de la propiedad de medios afecta el principio de autonomía de la información.....	108
4.4 La concentración de la audiencia afecta a la autonomía de la información.....	110
Conclusiones.....	113
Referencias bibliográficas.....	116

## PRÓLOGO

El presente trabajo -que tienen los miembros del Jurado a la vista- fue concebido a raíz de la lectura de una noticia en el semanario *Hildebrandt en sus trece* (edición del 5 de agosto del 2013) sobre la compra de Epenza por parte del grupo *El Comercio*. Mi primera impresión fue: que era un problema con repercusiones meramente políticas, privadas y mediáticas. Sin embargo, después de un análisis más amplio y concreto del tema, y apoyado con la lectura de artículos muy sugerentes del otrora columnista del diario Perú-21 Guillermo Giacosa, comprendí que el tema no podía quedar en el análisis político ni mediático, sino de que requería de una investigación jurídica. Obviamente, que el tema no era nuevo, desde el punto de vista jurídico y legal, empero eso no quitaba que la novedad era muy característica de este hecho, ya que nunca se había suscitado una situación similar en nuestro país, es decir, una situación donde un grupo privado como *El Comercio* se hacía de más del 80% de la lectoría a nivel nacional y, de esa forma, impusiera una agenda política muy evidente dentro de la sociedad.

Mi criterio fue ampliándose cuando empezaron a brotar ideas referentes a la vulneración de la libertad de expresión, lo que me permitió tener más claras las ideas y decidir emprender la aventura de incluirla como el tema de mi tesis de titulación.

El presente trabajo contiene cinco capítulos. El primero versa sobre el planteamiento del problema, la descripción de la realidad problemática, las hipótesis planteadas y la metodología usada para resolver el problema planteado; es decir, sobre toda la parte del proyecto de investigación jurídica que he emprendido.

El segundo capítulo está dedicado a hacer un desarrollo filosófico e histórico de la libertad como derecho fundamental, que sirve a la consolidación de todo el sistema del Estado Constitucional del Derecho. De esta forma, pongo en conocimiento de los Jurados la visión liberal, que para mí es determinante, del sistema jurídico denominado Estado Constitucional de Derecho.

El segundo capítulo analiza a la primera variables: la libertad de expresión. Desarrollo, someramente, el progreso histórico que tuvo para luego analizarla desde la perspectiva de las dos teorías más importantes: la teoría libertaria de la libertad de

expresión, expuesta por el célebre filósofo inglés John Stuart Mill; y la teoría democrática de la libertad de expresión, desarrollada por el profesor Owen Fiss. Luego, analizo de qué forma ha desarrollado la libertad de expresión tanto el Tribunal Constitucional peruano como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

El tercer capítulo desarrolla la segunda variable: la concentración de medios. En este capítulo analizo los tipos de concentración de medios, su relación con la democracia y de forma concreta su relación con la libertad de expresión y la finalidad que cumplen los medios dentro de una sociedad democrática

Aunque sé que es un lugar común decir esto, sin embargo, debo hacerlo porque quiero evitar falsas promesas: cualquier deficiencia del trabajo es propiamente mía, y si algún mérito tiene, es gracias a la ayuda de la gente que confió en mí y que me apoyó en la elaboración de este trabajo.

No debo decir nada más.

# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1 DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En agosto de 2013, el grupo periodístico *El Comercio* compró el 54% de las acciones de la cadena de tabloides Epensa, que pertenecía, en separados porcentajes, a la familia Agois-Banchero (Uceda, 2013). La venta de estos derechos fue efectuada por la señora María Mendriau Navarrete, esposa de Enrique Agois Paulsen, dueño mayoritario de las acciones de Epensa; después de que Luis Agois, hijo mayor de Enrique Agois Paulsen, hiciera algunas tratativas y negocios para la venta de sus propias acciones y la de sus hermanos con el primer competidor de *El Comercio*, es decir, con el director de *La República*, Gustavo Mohme Seminario (Uceda, 2013).

Las primeras conversaciones sobre esta venta –y los inicios de esta historia- se remontan algunos años atrás, siendo, la última de ellas, en la farmacia Pharmax el 29 de agosto de 2012 (Uceda, 2013). En ésta hablaron, Gustavo Mohme Seminario y la esposa de Luis Agois Paulsen, sobre el precio y algunos detalles referentes a la compra. La señora Mandriau Navarre le dijo que mejor consulte con el hijo mayor de su esposo, o sea, Luis Agois (Uceda, 2013); por lo que el director de *La República* se dirigió a negociar con aquél la compra de las acciones y los derechos de los integrantes de la empresa Epensa.

Durante meses, los acuerdos y tratos se mostraban favorables para Mohme (Uceda, 2013), motivo por el cual, empezó a ofertar una suma considerable para la compra de

todas las acciones. Según Uceda (2013), fueron 33 millones de dólares por el total de las acciones; sin embargo, las negociaciones no se establecieron claramente, habida cuenta de que los miembros de la empresa Epena pensaban en una fusión y no en una venta. Mohmen cambió de estrategia y se dirigió a la socia mayoritaria (Mandriau Navarrete) a fin de que le vendiera todas sus acciones que llegaban al 54% de la empresa Epena. La oferta esta vez fue de unos 17, 2 millones de dólares (Uceda, 2013). No obstante, sea cual fuera realmente el monto que se estableció en el posible contrato, no se celebró; y esto frustró los planes del director de *La Republica* de poder hacerse con una cadena de diarios nada despreciable, porque Epena poseía no solamente a *Correo* como diario imagen y de política, sino, además, *El Bocón*, *Aja* y *Ojo*, tabloides populares que poseen cobertura en todo el Perú; en especial *Correo* que tiene ediciones en las diferentes regiones del país y un aceptado público que compra y lee diariamente.

Con la compra de Epena, *El Comercio* adquiría el 28,56% más de venta de ejemplares, según las cifras de la Sociedad de Empresas Periodísticas del Perú (Uceda, 2013). Y de esta manera consolidaba su fuerte influencia en la venta de diarios a nivel nacional, ya que antes de la compra de Epena, las cifras de salidas de los diarios eran: 49,3% para *El Comercio*; 16, 39% para *La República* (Uceda, 2013). Ahora, con la adquisición de las acciones, *El Comercio* poseía el 77, 86% de todo el mercado de lectores (Uceda, 2013). O sea, casi el 80% de la lectoría y de ventas en todo el Perú, constituyéndose como una gran fuerza periodística y, sobre todo, de opinión. Sin embargo, esto era el problema secundario.

El problema principal empezó a evidenciarse, cuando *El Comercio*, después de haber comprado la cadena de **EPENSA**, fue criticado por haber puesto en tela de juicio a la estabilidad informativa, esto es, la pluralidad de la información; al haber creado un monopolio de los medios escritos que desplazaba a todos los periódicos restantes o posibles competidores. La crítica se la empezó a hacer el diario *La República*, el cual en diferentes ediciones abordó el tema denunciando “la concentración de medios”, haciendo un llamado a la regulación por parte del Estado, y el control. Los puntos de vista y perspectivas de los terceros-espectadores (ni tan terceros, porque eran columnistas de los distintos periódicos) se fueron dividiendo en dos bandos: por un lado, los que veían una clara manipulación de la información, por parte de *La República*, para desviar los intereses nacionales a intereses particulares (el caso *El*

*Comercio y La República*) por manifestaciones evidentes de una “piconería” ante la incapacidad para poder celebrar el contrato de compra-venta con EPENSA; por otro lado, los que creían que, efectivamente, existía un atentado contra la libertad de expresión, en otras palabras, de una privación al debate político y, por ende, democrático. Así mismo, afectación del segundo párrafo del art. 61 de la Constitución Política del Perú que señala la prohibición de los monopolios y acaparamiento de los medios de comunicación y de los “*bienes y servicios que se encuentran relacionados con la libertad de expresión*” (las cursivas son del investigador).

El problema se fue expandiendo hasta que el mismo Presidente de la República, Ollanta Humala\*, emitió una opinión en la que calificó de “una vergüenza” a la concentración de medios ejercida por *El Comercio* y ante la pregunta de una periodista de que “¿si no era ilegal la compra?” él respondió: “ahorita no es ilegal”. De acuerdo con la opinión de algunos periodistas (El Comercio, 2014), las declaraciones del presidente venían secundadas por las de nuestro premio Nobel, Mario Vargas Llosa, quien en una entrevista concedida al diario de Mohme Seminario dijo: “Es sumamente peligrosa en cualquier sociedad que no haya una diversificación amplia de los medios que permita que se ventilen todas las ideas. Si se produce la concentración de medios como se está produciendo en el Perú y esos medios tienen además una línea política muy clara, entonces allí hay una amenaza potencial muy grande contra la democracia.” (Llosa, 2013). Esto le sirvió (al presidente Humala), según los periodistas de *El Comercio*, para poder pronunciarse sobre la concentración de medios y dar una especie de sugerencia inconsciente a sus parlamentarios para que pongan sobre el tapete la posible regulación de los medios por medio de una ley, tal como después lo haría el congresista Dammert, quien presentó un proyecto de ley para la regulación de medios de información. Sin embargo, *El Comercio* no se quedó callado, pues, no bien tuvo la oportunidad, respondió a las críticas formuladas por nuestro presidente y Mario Vargas Llosa. Fue entonces cuando en su editorial del domingo 5 de enero del 2014 (El Comercio, 2014), una editorial más extensa que a la acostumbrada por este diario, les contestaron, haciéndoles recordar que ellos no están vulnerando la libertad de expresión ni mucho menos la pluralidad informativa, sino que se basan en las reglas del mercado, en la elección libre y sin ataduras de los consumidores que, a diario, con sus capacidad para elegir, optan por el periódico de

---

\* El vídeo puede ser visto en el siguiente link <http://www.youtube.com/watch?v=Bc1qhZfP3Fo>

su preferencia o que se acerca más a su perspectiva ideológica; asimismo se mostraban como partidarios de la creación de medios alternativos que pueden competir dentro del mercado con ellos y, por último, que respetan la línea editorial del Grupo **EPENSA**. Respeto que, según ellos, no lo hubiera sido practicado por *La República*, porque ésta pensaba en una adquisición total que iba a ser “...Una compra, esto es, con la que hubiera adquirido el 68% de la circulación de diarios a nivel de provincias y en la que, a diferencia de lo hecho por GEC [Grupo El Comercio], no se contemplaba dejar la línea editorial de los 4 medios de **EPENSA** en manos de una empresa enteramente controlada por la familia Agois (con lo que luego de la adquisición hubiéramos tenido en el mercado de prensa escrita solo dos grandes grupos editoriales en lugar de los tres que hay hoy)” (El Comercio, 2014). De esta manera la línea editorial del **EPENSA** iba a ser abolida y quien verdaderamente manejaría todas las líneas editoriales sería *La República*.

En consecuencia, lo que empezó como un problema entre privados, se convirtió de interés mediático, primero; luego de interés casi nacional. Puesto que uno de los requisitos de una democracia, entendida como contrapeso al poder estatal y como derecho que permite participar dentro de las decisiones del gobierno, así mismo tener voz en las medidas que pueda tomarse, es la protección de la libertad de expresión; y uno de los medios por donde se ejerce tal libertad es la prensa escrita.

La CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), en distintas ocasiones, se ha pronunciado sobre la importancia de mantener la pluralidad informativa y, sobre todo, de garantizar la diversificación de los canales por los cuales se puede exteriorizar la libertad de expresión. Teniéndolas como únicos recursos para contrarrestar la manipulación de medios; controlándola y regulado su utilización, en otras palabras, evitando los monopolios. Ya que, si no se logra combatir las monopolizaciones de los medios de comunicación, se estaría afectando este derecho y, asimismo, el sistema democrático, pues no existiría la oportunidad para que el lector se entere de temas diferentes a los que son tratados diariamente por los diarios que pertenecen a una misma empresa.

Por último, después de las discusiones sobre que se ha ido originando sobre la concentración de medio, se unieron ocho periodistas de distintos medios (Rosa María Palacios, Enrique Zileri Gibson, Augusto Álvarez Rodrich, Luz Helguero Seminario,

Gustavo Mohme Seminario, Fernando Valencia, Mirkoslav Lauer y Mario Saavedra Piñón Castillo), quienes incoaron una demanda de amparo ante el Cuarto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. La demanda solicita la anulación del contrato de compra-venta y de la posterior fusión de **EPENSA** con el Grupo *El Comercio*, pues, afecta abiertamente “[el] derecho constitucional a las libertades de expresión e información” (Ramos, 2014).

Con la presentación de esta demanda se inicia un debate que va a tener grandes repercusiones sociales en el futuro, porque es la primera vez que se pide, judicialmente, que se ventile sobre la importancia de la preservación de la pluralidad informativa y la diversificación de los medios escritos de comunicación y la protección y regulación ante la concentración de ellos. Puesto que, existe una norma de nuestra Constitución –el artículo 61- que señala: “que 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 comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio*” (las cursivas son del investigador)

## **1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMAS**

### **1.2.1 Problema Principal:**

¿Se afecta el derecho a la liberta de expresión con la concentración de medios en el Estado peruano?

### **1.2.2 Problema secundario:**

¿Se perjudica el principio de pluralidad informativa con la concentración de medios de la propiedad de medios escritos en el Estado peruano?

¿Se perjudica el principio de pluralidad informativa con la concentración de audiencia en el Estado peruano?

¿Se vulnera el principio de autonomía con la concentración de medios escritos en el Estado peruano?

¿se vulnera el principio de autonomía con la concentración de la audiencia en el Estado peruano?

## **1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1 JUSTIFICACIÓN TEÓRICA**

La presente investigación se puede justificar primigeniamente de la siguiente forma:

Se trata de establecer en qué casos estamos ante una vulneración del artículo 61 de la Constitución Política del Perú y, de esta forma, saber cómo se afecta la libertad de expresión en una democracia.

Esto radica en el hecho de que se tiene que analizar, jurídicamente, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los informes emitidos por la Relatoría Especial para La Protección de la Libertad de Expresión, adscrita a La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si la concentración de los medios escritos afecta a la libertad de expresión, cómo lo hace y qué consecuencia traería o, más aún, si vulnera e impide un funcionamiento correcto del debate democrático y, por ende, del sistema de gobierno. De igual forma, si la prescripción que establece el art. 61 de la Constitución Política del Perú permitiría la creación de un órgano regulador que impida la concentración de medios escritos, o la participación de los operadores jurídicos para resolver las controversias; o la promulgación de una ley que cree un marco jurídico de prohibición de los monopolios en la prensa escrita y la protección de la libertad de expresión, la pluralidad informativa y el reclamo, por parte de las personas afectadas, a través de una garantía constitucional (proceso de amparo).

En segundo plano, por la frescura y, sobre todo, la inmediatez del problema. No existe, hasta ahora, algún antecedente, salvo trabajos paralelos que se están realizando en distintas universidades y en otras carreras que se encuentran analizando e investigando acerca de este hecho, a partir de sus propias perspectivas; mientras que el presente trabajo desea una investigación netamente jurídica, desde una óptica de los derechos fundamentales, ya que si se habla de libertad de expresión se está mencionando a una de las conquistas más importantes del hombre, en materia de derechos fundamentales, desde la creación del Estado Moderno.

En otros países, sí, se ha estado hurgando sobre las consecuencias que acarrea la concentración de medios, es por eso que existe una ley de medios que regula el funcionamiento de la prensa escrita, radial o televisiva. Esto es válido, habida cuenta

que, desde el punto de vista histórico, el mayor acaparador de la información y, a la vez, manipulador de la prensa fue: El Estado. La hegemonía para dirigir y poseer medios de comunicación, en manos del Estado, fue una constante dentro de nuestro devenir histórico y que tuvo su más grande apogeo en el gobierno de Alberto Fujimori, donde la corrupción y el poder expandieron sus tentáculos por toda la prensa, afectando su imparcialidad y objetividad, volviéndolas esbirros del gobierno y sus más férreos defensores (de la dictadura). Pero la manipulación y concentración de los medios escritos ejercida por un particular se presenta como el primer caso en la historia del Perú, ya que nunca una cadena de periódicos acaparaba a otra cadena de diarios de notable importancia, para de esta manera, defender sus propios intereses.

### **1.3.2 JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA:**

La justificación práctica de la presente investigación se orienta en tratar de dar una solución jurídica al problema de la concentración de medios escritos. Con esta solución generamos un enriquecimiento del debate jurídico-político.

La segunda perspectiva de ésta justificación práctica se manifestaría en la creación de un marco normativo que permita la regulación del mercado de la prensa escrita, más aún, una protección orientada a la prohibición de monopolios y la protección de los intereses difusos, colectivos. Somos conscientes del grupo de personas que son desposeídos ante la ausencia de una prensa que vele por sus intereses: los trabajadores de construcción civil, los que son sometidos a trata de personas (secuestrados, captados), los protestantes por intereses difusos (el agua, la minería, etc.), los fonavistas, los antimineros, los trabajadores del sector público, los pueblos indígenas, los trabajadores, etc., grupos vulnerables que a pesar de haber ganado sus derechos y de estar reconocidos en una legislación no es posible tutelarlos, habida cuenta de la indiferencia que juega la prensa escrita ante la difusión de estos temas; asimismo su incapacidad para fiscalizar en estos ámbitos, permitiendo que se vulnere impunemente sus derechos. Sin embargo, cuando se trata de medidas donde afecta intereses económicos, donde se encuentre inmersos los intereses de las grandes empresas, como el caso de la Compra de Repsol, la prensa salta dedicándole páginas enteras y, al alimón con sus columnistas, critica las medidas y censura al gobierno.

Con el presente trabajo se trata de dar cabida a los grupos de personas que no son atendidas en sus demandas. Buscamos que se apoye a una solución más ecuánime y solidaria. Establecemos que la única vía para salvaguardar los derechos de las minorías consiste en el acceso a la información y el resguardo por parte de la prensa de los intereses nacionales que se encuentran en vilo. Sin estos, simplemente, careceremos de una democracia que se jacte de serlo, porque se dejaría de lado la manifestación solidaria que caracteriza a una vida en sociedad democrática. Es por estas razones que nuestra investigación se justifica desde la perspectiva práctica.

### **1.3.3 JUSTIFICACIÓN SOCIAL**

La justificación social es la de poner sobre el tapete un tema de suma importancia jurídico y social. Generando el debate y la discusión consciente e imparcial, sobre un problema que se vincula a los intereses de la población, ya que no sólo se trata de un tema de mercado o de competencia entre dos grupos poderosos y privados, sino de la vulneración de la libertad de expresión, de la elección para informarse, de la pluralidad de la información que debe servir para beneficiar asuntos de carácter colectivo y no, exclusivamente, intereses privados.

Apoyamos a que se difunda el problema de la concentración de medios, que se incluya a la ciudadanía emergente que se encontraría afectada con la parcialización informativa por parte de un grupo particular. Ya que, la vida en democracia exige una mayor participación de los agentes civiles.

### **1.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA**

- Libertad de expresión
- Concentración de medios

### **1.5 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.5.1 Objetivo Primario:**

Determinar si se afecta el derecho a la libertad de expresión con la concentración de medios en el Estado peruano

### **1.5.2 Objetivos secundarios:**

Determinar si se perjudica el principio de pluralidad informativa con la concentración de medios de la propiedad de medios escritos en el Estado peruano

Determinar si se perjudica el principio de pluralidad informativa con la concentración de audiencia en el Estado peruano

Determinar si se vulnera el principio de autonomía con la concentración de medios escritos en el Estado peruano

Determinar si se vulnera el principio de autonomía con la concentración de la audiencia en el Estado peruano

c) Variables:

- Concentración de medios
- Libertad de expresión

d) Indicadores:

De la variable concentración de medios

- Fusión y compra de medios de comunicación escritos
- Concentración de la propiedad de los medios escritos
- Ausencia de medios alternativos de información escritos
- Abuso de posición de dominio

De la variable de libertad de expresión

- Derecho a buscar, recibir, difundir información
- Derecho contra la censura previa
- Derecho a la pluralidad informativa y la información veraz

## **1.6 HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1 HIPÓTESIS:**

Sí se afecta el derecho a la liberta de expresión con la concentración de medios en el Estado peruano

Respuesta a las preguntas secundarias:

Sí se perjudica el principio de pluralidad informativa con la concentración de medios de la propiedad de medios escritos en el Estado peruano

Sí se perjudica el principio de pluralidad informativa con la concentración de audiencia en el Estado peruano

Sí se vulnera el principio de autonomía con la concentración de medios escritos en el Estado peruano

Sí se vulnera el principio de autonomía con la concentración de la audiencia en el Estado peruano

# CAPÍTULO II

## LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD COMO CONCRECIÓN DEL DERECHO

### 2. Introducción:

Para nosotros es necesario, primero, hacer -antes de entrar a los capítulos pertinentes a la tesis- una evolución general, somera e, inevitablemente, incompleta de la libertad dentro de las sociedades en las distintas etapas del desarrollo de la historia del mundo occidental. Todo esto se debe a una inquietud muy concreta: creemos que es muy importante que se tenga muy clara la idea de en qué consiste vivir en un Estado que se encuentra regido por una Constitución, cuál es la importancia del hecho de que una constitución sea considerada como la norma fundamental que rige todos los poderes del Estado, sus repercusiones y su función como organizador de la vida social; y de qué forma esto ayuda a consolidar la idea planteada por Kant según la cual el arbitrio de uno pueda convivir con el arbitrio de los demás bajo una ley universal de libertad.

Bueno, ahora pasemos a una breve exposición de la evolución de la libertad y del derecho en las distintas etapas de la historia universal de occidente.

### 2.1 BREVE RESEÑA SOBRE LA LIBERTAD COMO DERECHO

Durante todo el proceso de desarrollo de las civilizaciones, cada una de ellas, han buscado la consolidación de la libertad (obviamente, me estoy refiriendo a las

civilizaciones de occidente, ya que en las de Medio y Lejano Oriente poseen una visión muy diferente respecto a los derechos del hombre, en general, y la libertad, en especial); y el bien común, por medio de la seguridad. Hubo muchos movimientos que se fundaron en su búsqueda como el Renacimiento, la Reforma de Lutero y la Revolución Francesa, en 1789, las cuales fueron las mayores manifestaciones que confirman esta lucha. Pues la libertad constituye el valor más apreciado y protegido del mundo occidental. Creo que por eso no exagera el pensador Mill (1984) cuando dice que:

La libertad social y civil, es decir, la naturaleza y los límites del poder que pueden ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo, cuestión que rara vez ha sido planteada y casi nunca ha sido discutida en términos generales, pero que influye profundamente en las controversias prácticas del siglo por su presencia latente, y que, según todas posibilidades, muy pronto se hará reconocer como la cuestión vital del porvenir. Está lejos de ser nueva la cuestión, que en cierto sentido ha dividido a la humanidad, casi desde las más remotas edades, pero en el estado de progreso en que entrado ahora, se presenta bajo nuevas condiciones y requiere ser tratada de manera diferente y más fundamental. (p. 34)

La importancia señalada por Mill es la que se le dio después del avance de las sociedades de occidente y con la superación del Estado antiguo<sup>†</sup>. Sin embargo, no dejar de mencionar que ha existido una preocupación por plantear una forma de gobierno para una determinada sociedad o, para ser más exactos, de establecer qué formas de gobiernos eran las más convenientes para la sociedad, lo cual trajo consigo el nacimiento de la filosofía política en Grecia con las propuestas hechas por Platón, en *La República*, y de Aristóteles, en *La Política*. Empero, esta mención primigenia, esta preocupación por parte de los pensadores antiguos, si bien buscaba una forma “ideal” de gobierno, no se preocupaba mucho de la libertad civil o social, como la llama Mill, o sea, de los llamados límites del poder que se ejerce sobre el individuo. La idea de que el poder estatal debe ser limitado y, por ende, no debe interferir en la vida de

---

<sup>†</sup>Cuando se menciona en este caso al Estado, se está haciendo en el sentido de organización política, de estructura de poder que se perfeccionaba con la intervención de los ciudadanos, es decir, que ellos se encargaban de efectivizar el Estado y, si se me permite esta licencia, ellos mismos eran el Estado. Por obvias razones, no se puede equiparar este Estado con el actual, ya que el presente tiene unas características propias que lo distinguen, además de conformar una serie de servicios en pro de la sociedad y de intervenir en beneficio del bien común, el Estado moderno es una creación y consolidación del progreso económico de las sociedades de occidente, lo que no ocurría en los Estado de Grecia antigua. De esta opinión es Sartori, quien afirma que en Grecia no existió Estado propiamente dicho. Respecto a esto dice: “En la ciudad –comunidad de los antiguos-, la libertad no se afirmaba oponiéndose al Estado: **no había Estado**. La libertad se afirmaba, a la inversa, al tomar parte en el poder colectivo. Pero una vez colocado el Estado como órgano materialmente distinto supraordenado a la sociedad, el problema se voltea de cabeza; y, en consecuencia, la instancia democrática de los modernos forma un núcleo en oposición al Estado.”

los ciudadanos es solamente privativa de las sociedades modernas, es decir, una preocupación, si se quiere, ilustrada. Por eso Mill (1984) enjuicia bien cuando dice que el tema de la libertad es fundamental, puesto que del entendimiento de esta cuestión derivan todas las soluciones o problemas que afectan a las sociedades modernas.

La superación del régimen antiguo por uno donde se empieza a consolidar la idea de libertad se debió a los cambios cualitativos realizados dentro de las sociedades, puesto que antes de que se rompiera con dicho régimen existía un estado de cosas en donde la libertad no era valorada como sí lo es ahora, ya que la naturaleza de los gobiernos dictatoriales o tiránicos no permitía un desarrollo individual del hombre.

Al comienzo, todas las civilizaciones preferían lo colectivo a lo personal, lo general a lo particular. Sobre la base de esto se erigía la organización social y política del Estado. El sujeto se debía a su pueblo y al culto religioso que éste imponía. Para garantizar esta relación de obediencia, los Estados se valieron instrumentos espirituales muy importantes. La religión, por ejemplo, influyó de manera determinante en la sumisión de los moradores de las distintas sociedades. Ella justificó muchas arbitrariedades, ya que su autoridad era indubitable. Los pobladores, ante esta situación, se encontraban constreñidos por ese afán ritualista, ceremonioso y espiritual que se les exigía por medio de la religión en su quehacer diario. Ninguna de las grandes civilizaciones fue ajena a este fenómeno. Por consiguiente, la libertad individual no existió en los regímenes antiguos de dominación.

Los sistemas antiguos de dominación fueron los más férreos opositores de la libertad del hombre; no creían en ella. La veían como algo lejano a los intereses colectivos y a la visión orgánica de la sociedad, algo que, según la visión de ella, en vez de ayudar al progreso de su comunidad, se presentaba como un obstáculo, un óbice que impediría el funcionamiento adecuado de su sociedad, ya que no se podía imaginar a un pueblo con hombres libres, habida cuenta que contravenía los intereses de los gobernantes monárquicos o de las dinastías o de la sociedad en sí misma, pues, ya como lo hemos mencionado líneas arriba, las sociedades concebían como normal el quehacer religioso y ritualista y, por esta razón, era como si renunciaran a su libertad, era como si todo el pueblo se entregaba a la autoridad del gobernante. Además de

esta causa plausible, es necesario agregar que el carácter opresor de la libertad seguía las pautas establecidas por los gobiernos teocráticos. Por eso hace muy bien Mariátegui (1981), cuando dice lo siguiente sobre el poder religioso que se imponía dentro de la sociedad incásica:

La libertad individual es un aspecto complejo del fenómeno liberal. Una crítica realista puede definirla como la base jurídica de la civilización capitalista. (Sin libre arbitrio no habría libre tráfico, ni libre concurrencia, ni libre industria). Una crítica idealista puede definirla como una adquisición del espíritu humano en la edad moderna. En ningún caso, esta libertad cabía en la vida incaica. El hombre del Tawantinsuyo no sentía absolutamente ninguna necesidad de libertad individual. Así como no sentía absolutamente, por ejemplo, ninguna necesidad de libertad de imprenta. (p. 78)

Y más adelante agrega:

No estaban tampoco subordinados a la necesidad de comerciar, de contratar, de traficar. ¿Para qué podría servirle, por consiguiente, esta libertad inventada por nuestra civilización? Si el espíritu de libertad se reveló al quechua, fue sin duda en una fórmula liberal, jacobina e individualista de la libertad. La revelación de la libertad, como la revelación de Dios, varía con las edades, los pueblos y los climas. Consustanciar la idea abstracta de la libertad con las imágenes concretas de la libertad con gorro frigio –hija de Protestantismo y del Renacimiento y de la Revolución Francesa- es dejarse coger por una ilusión que depende tal vez de un mero, aunque no desinteresado, astigmatismo filosófico de la burguesía y de la democracia. (pp. 79 y ss.)

Este argumento expone la idea de que los antiguos, en este caso, del pueblo incásico no necesitaban de la libertad, pues, ésta es una creación del Estado Moderno o si se quiere de la superación de la divinidad religiosa de los gobernantes o, tal como lo dice Mariátegui, para el perfeccionamiento de las actividades económicas y sociales, algo que pertenece, obviamente, a las sociedades industrializadas y de amplio desarrollo tecnológico, o sea, sociedades capitalistas. Así mismo, como bien lo señala Mariátegui (1981), la libertad individual es una manifestación de la Revolución Francesa que fue consecuencia de la Ilustración.

El Estado antiguo no creía en la libertad porque la religión y el poder del rey o emperador subordinaban la voluntad de todo un pueblo a los intereses de aquéllos.

Como dijimos, la religión jugó un papel muy importante para poder dominar al hombre de tal forma que la sumisión era absoluta e inevitable. Por esta razón, la religión constituía el elemento subjetivo y espiritual de una sociedad, mientras que el Estado era el elemento material y político, asimismo, el amo y señor de las imposiciones y las órdenes. Nadie podía oponerse a los mandatos dados por él. Su mando era imperativo; su fuerza ineludible, insoslayable y coactiva. Me parece acertado lo que dijo, sobre este punto, el gran historiador francés Fustel de Coulanges (2001), en su inmortal libro *La Ciudad Antigua*, dijo:

La ciudad [era] fundada sobre una religión y constituida como una iglesia. Éste era el origen de la fuerza, de su omnipotencia y del imperio absoluto que ejercía sobre sus miembros. En una sociedad fundada y establecida bajo tales principios no podía existir libertad individual, porque el ciudadano se encontraba sometido a la ciudad en todo y sin reserva alguna (p. 206)

Asimismo, menciona el carácter dualista entre el Estado y la religión:

La religión que había creado al Estado, y el Estado que mantenía la religión se sostenían mutuamente, constituyendo un todo; y éstas dos potencias, asociadas y confundidas, formaban un poder casi sobrehumano, al que se hallaban sometidos en cuerpo y alma (Coulanges, 2001, pág. 206)

Por su parte, un pensador peruano, como lo fue Francisco García Calderón (1981), dijo en su libro *El Perú contemporáneo*, reseñando las condiciones de vida de los peruanos bajo el régimen colonial; lo siguiente:

Ya hemos señalado el carácter estático de la época colonial. Su sistema de ideas era simple y sólido. La religión, tal como en la ciudad antigua se convirtió en el fundamento de la vida, del pensamiento, la política, la legislación y las costumbres. Se vivía *sub specie* o *eternitatis*. Es cierto que la vida estaba lejos de la idea ascética. Las costumbres, gracias al amor caballeresco, la educación de los salones la conversación apasionada de los *concetti*, y la voluptuosidad del clima, anunciaban el final de nuestra Edad Media y la aparición jubilosa de un Renacimiento. Pero todos consideraban que, siendo la fe el único fundamento de todo pensamiento, debía dictar la solución a todos los problemas de destino y de muerte. La política se dedicó a afianzar el poder religioso, era la *acilla theologiae*. La Inquisición tornó las ideas todavía más rígidas. El poder civil envolvía al hombre totalmente: su espíritu, su acción y su vida. El dogma fue primera ley de la ciudad.

Como bien enjuicia García Calderón al decir que la política de la época colonial, en el Perú, se circunscribió a defender el poder eclesiástico y en establecer un poder fuerte y soberano que obligara a los ciudadanos a aceptar a la religión como la fuerza espiritual que regía sus vidas, ya que era evidente que toda la tradición española se debía regir sobre la base de la religión católica, la cual era expresión primigenia de los reyes que gobernaron nuestro país. La religión en el Perú Colonial regía toda la organización social de nuestro país. Ésta era una consecuencia inevitable, puesto que cuando llegaron los aventureros españoles trajeron toda la tradición occidental: la religión católica y la cultura grecorromana. Entonces la organización de la sociedad colonial peruana era simple y se sustentaba en el dogma de la fe.

Todo el poder del Estado se encontraba al servicio de la religión, por lo que se velaba por los intereses que de ella provenían. Los intereses de ella, al principio, correspondían a de los moradores; por ese motivo, muchos de los individuos se encontraban de acuerdo con los rituales, cultos y ceremonias que en su beneficio se hacían, sin embargo, posteriormente, hubo otras medidas que se imponía y afectaban a los intereses de los ciudadanos hasta el extremo de poner en peligro su propia integridad. Algunas medidas eran muy extremas como, por ejemplo, la prohibición del celibato en Grecia; en Esparta se sancionaba tanto al que se mantenía soltero como al que se casaba tardíamente; en Locres llegaron a imponer sanciones a los que bebían vino puro; en otras latitudes, como Rodas y Bisanzio, era penado el hecho de que los hombres se afeitaran (Coulanges, 2001).

El vínculo que se exigió primigeniamente entre la religión y los hombres fue el de la obediencia. Nadie podía hacer lo que quería con su vida. La intromisión del Estado dentro de la vida de los ciudadanos era demasiado punzante.

El Estado tenía el derecho de impedir que sus ciudadanos fuesen deformes o contrahechos, y en su consecuencia ordenaba al padre que tenía algún hijo con tales defectos que le matase. Esta ley se hallaba en los antiguos códigos de Esparta y de Roma, y no sabemos si existía también en Atenas, pero sí que Aristóteles y Platón la citaron en sus legislaciones ideales” (Coulanges, 2001, pág. 206).

Lo dicho es más que una muestra. De esta manera se constituye en una forma muy viva -la supresión de las libertades- pues los occidentales practicaron una tiranía implacable. La libertad individual entendida como: la capacidad para poder autoderterminarse uno mismo, conforme a las circunstancias que le ha tocado vivir, no existía. Esto parecía ser una constante dentro del desarrollo paralelo que tuvieron en común las antiguas culturas, porque Grecia y Roma fueron idénticas en muchos aspectos, no sólo institucionales, sino, y más parecido, en lo religioso. Es en la religión –como ya lo hemos mencionado- donde los lazos y caracteres se vinculan más. Hubo un momento en el cual la semejanza fue tenue, pero no cabe la menor duda que las prácticas ejercidas en Atenas fueron parecidas a las de Roma; además, es posible encontrar, todavía, costumbres iguales tanto en una cultura como en la otra.

La dictadura implantada por la religión era el único medio por el cual se garantizaba la vigencia de las creencias religiosas. Así que, por esta razón, la supresión de la libertad se encontraba más que justificada. Mariátegui (1984) resalta muy bien la función teocrática que ejercían los gobiernos antiguos. Pero, había un elemento más relacionado –digamos, más estrechamente- con el religioso que era el de la divinidad de los gobernantes.

Monarcas, reyes y emperadores eran conscientes de sus fuerzas; creían en la providencia de sus poderes. La mayoría de hombres se encontraban constreñidos por la divinidad del gobernante, quien encarnaba, supuestamente, los poderes celestiales que un Dios había depositado en sus manos para salvaguardar sus propios intereses y la de sus gobernados. La supuesta divinidad de los gobernantes les permitió hacer, con los hombres que conformaban sus pueblos, lo que les diera la gana. Al respecto Mill (1984) señala este poder de los gobernantes sobre sus súbditos en su libro *Sobre la libertad*:

El gobierno estaba ejercido por un hombre, una tribu o una casta que derivaba su autoridad del derecho de sucesión o de conquista que en ningún caso contaba con el asentimiento de los gobernados y cuya supremacía los hombres no osaban, ni acaso tampoco deseaban, discutir, cualesquiera que fuesen las precauciones que tomaran contra su opresivo ejercicio. Se consideraba el poder de los gobernantes como necesario pero a la vez peligroso; como un arma que intentaría emplear tanto contra los súbditos como contra los enemigos exteriores. (p. 28)

Por su parte, Fernando Savater (2007), filósofo y escritor español, agrega:

Tales individuos supremos, aislados en su divina e inhumana individualidad, eran los únicos que tenían derecho a realiza *hazañas* memorables, lo cual es una forma enfática de decir que tomaban decisiones que implicaban a la colectividad. Pero de este modo su propia individualidad se colectiviza, se hacía numerosa y gregaria: su grupo participaba exaltándose en la individualidad impersonal de la que ellos era la cabeza (p.72)

Estas hazañas de la que nos habla Savater y esa supremacía que menciona Mill tienen un matiz suprahumano, porque una de las primeras justificaciones, y de los créditos que les otorgaban a los gobernantes para poder ejercer legitimidad sobre los demás, eran, justamente, su carácter divino (aunque en Savater justifica, esa actitud, por un carácter hazañoso y no tanto por la particularidad celestial o teísta de sus poderes). Debido a ésto se sustentaba la religión, la cual permitía que la creencia de la divinidad de los gobernantes se consolidara. Por lo tanto, la autoridad y la fuerza que poseían los gobernantes se encontraban justificadas y, por esta razón, no podían ser puesto en cuestión ni en tela de juicio. A todo ésto debemos recordar que todo era colectivo, por eso Savater (2007) menciona que esa relación entre el individuo hazañoso y el pueblo lo terminaba colectivizando a aquél con su sociedad, ya que como líder o como el más egregio representante de los otros individuos, era necesario que sus decisiones repercutieran y tuvieran impacto dentro de ellos. Por eso, en cada intención, en cada muestra de “liderazgo”, había una búsqueda por perder la individualidad, porque comprometía a la mayoría, a los miembros de los cuales se hacía cargo el líder. Sin embargo, muchas de las decisiones -que se colectivizaban- no sólo buscaba el bienestar o el beneficio de los gobernados sino, por el contrario, su perjuicio. Pues al principio o, mejor dicho, no siempre hubo gobernantes despreciables y miserables, sino que algunos fueron extraordinarios y sabios como es el caso de Marco Aurelio, quien además de ser emperador era filósofo de doctrina estoica (Mill, 1984). Y no hay duda de que un rey como Salomón ejerció su magistratura con suma prudencia y sabiduría. No obstante, con el devenir del tiempo, se presentaron gobernantes que afloraron sus instintos más viles y abyectos. Nos basta recordar no más a Calígula, quien decía poseer poderes similares a los de Júpiter o, más aún, decía ser el mismísimo Júpiter y por ese motivo iniciaba guerras injustificadas o nombraba a su caballo *Incitatus* cónsul; o a Enrique VII, quien afirmaba

que en su reino “nunca se ponía el sol”. Estas manifestaciones estaban premunidas de superioridad, son una muestra palmaria y propia de una tradición de emperadores y reyes que aún creían en la absolutidad de sus poderes. Algunos llegaron a manifestar, como el caso de Luis XIV, que “el Estado soy yo”, sin saber acaso que, medio siglo después de tal apotegma, el pueblo de Francia se levantaría contra el reinado de uno de sus descendientes para deponerlo, ejecutarlo, a él y a su consorte, y, asimismo, hacerle ver que la voluntad del pueblo primaba sobre la del rey; y sobre la base de estas ideas (las ideas de la Ilustración: Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot y los enciclopedistas) se creaba el Estado Moderno.

## **2.2 EL ESTADO MODERNO**

El Estado moderno cuestionó estructuralmente al antiguo régimen, en todas sus manifestaciones, pero, sobre todo, en lo referente la intervención en la vida de los integrantes de la sociedad. Así mismo, estableció la consolidación de la libertad individual; el control del poder del Estado (de la monarquía); la garantía y el respeto de los derechos de los ciudadanos y la consolidación de la propiedad y la separación de poderes. Las ideas de igualdad, propiedad, libertad fueron las bases sobre las que se debía erigir el nuevo sistema. La Revolución Francesa, a la que hicimos mención, fue liberal en el sentido que tenían como principal objetivo la protección de la libertad y la constitución de las garantías que le permitieran protegerla de los abusos e imposiciones a la que pudiera ser sometida. Así mismo, buscaban que se le reconocieran su derecho a la libertad para que, de esa forma, la burguesía pueda consolidar sus intereses que fue el manejo independiente del capital. Para eso se firmó un documento fundamental: La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en el año 1789. En él se determinó muchos de los principios que van servir de base para la fundación de los sistemas liberales del mundo. Con las imposiciones y restricciones al poder de los reyes, se circunscribe el ámbito de intervención del poder político y el ámbito de protección de los gobernados. Ya no existe un poder ilimitado que permitiese imponer, como antaño, lo que mejor le parezca al gobernante. Cada medida tenía que ser sobre la base de los derechos de los súbditos. Es por eso la representatividad del pueblo se amplía para mayor resguardo de él.

### **2.2.1 La Revolución Francesa**

Como es sabido, anteriormente, la representatividad era meramente formal en Francia, ya que existía la Asamblea General en la que se reunían los representantes de la nobleza, el clero y el pueblo o, como se le llamó, por influencia de abate Sieyes, el tercer Estado. Esta representación era solamente formal, es decir, constaba en el papel, mas no material, porque las decisiones que generalmente se tomaban eran para beneficiar a las minorías y rara vez tenían repercusión en el pueblo francés. Por esta razón, muchos años después, una vez instaurado el nuevo Estado, se instituyó la representación del pueblo, pero que tuviera influencia en las decisiones que se optaran dentro del gobierno. O sea, que se consolidaban muchas de las ideas que habían despertado a las *élites*. Con nuevas ideas y sugerentes pensamientos, se hizo que se desencadenara la insurgencia por parte de los pobladores. Este movimiento se denominó la Ilustración.

La Ilustración, que ayudó a la creación del Estado Moderno, como proceso intelectual y académico gestado en Europa, era la unión y, si se quiere, la síntesis de las ideas concebidas muchos siglos atrás. Es decir, su consolidación le debía mucho al humanismo renacentista, al protestantismo de Lutero y Calvino (Mariategui, 1981), al Despotismo Ilustrado del siglo XVII, a la filosofía racionalista de Descartes, a la filosofía inglesa: sin Locke no hay Montesquieu; sin Hobbes no hay Rousseau, etc. Todo aquello de lo cual se nutrió la filosofía de la Ilustración fue, justamente, la idea de la libertad y de razón como sustento final para el hombre. El hecho de confiar en la razón como guía para poder despertar la conciencia de las masas y, al mismo tiempo, corregir las desigualdades, en la que se encontraban inmersos los moradores del antiguo régimen, hizo que se crearan nuevas visiones que iban a dirigir el mundo; el hecho de pensar por uno mismo y de autodeterminarse como seres humanos exigía el reconocimiento de la libertad y de la razón y la ciencia como los únicos caminos necesarios para el progreso y eliminación de las distancias que separaban a la nobleza y el pueblo. Alguien que resumió con suma contundencia este pensamiento fue Kant cuando dijo: “*sapere aude!*”, piensa por ti mismo. Claro, era un llamado a que se salga de la minoría de edad, que se deje ese estado de dependencia infantil que impide la libertad y la capacidad de que los propios hombres dirijan sus vidas.

Cuando las luces de este movimiento empezaron a iluminar otros lares, comenzó a germinarse movimientos y a nacer hombres con ansias y prurito de emancipación que

equivale a decir: “querer ser libres e independientes”. Los ideales de este movimiento no se manifestaron primigeniamente, cuando aun solamente se encontraban en los libros y en las enciclopedias de Diderot, en Europa como se debió esperar, sino que tuvieron que buscar tierras nuevas, en las cuales no fueron concebidas, pero que posiblemente fueron mejor comprendidas y donde agitaron los sentimientos de emancipación, asimismo, se constituían como adecuadas para que broten de manera más completa y real. Una de esas tierras se encontraba en el nuevo continente –para ser más precisos en América del Norte- donde la lucha por la libertad y la independencia, que es lo mismo, obligó a las Trece Colonias a sublevarse contra un rey que no reconocía la libertad de religión ni de conciencia ni de credo, sino todo lo contrario, su querer se sustentaba en sus preferencias e imponía una religión que la designaba como “oficial”, como la única que podía dar salvación a las almas. A quienes no acataban las normas de la monarquía se les ajusticiaba, ejecutándolos en la hoguera, o se promovía persecuciones de los disidentes que eran considerados como herejes. Esto contravenía lo que años antes había manifestado, como una idea muy avanzada para su tiempo, Locke, el pensador empirista inglés, autor de la *Carta sobre la Tolerancia*, con suma contundencia y convencimiento:

Tolerar a aquellos que difieren de los demás en asuntos de religión es asunto que concuerda con el Evangelio y con la razón y extraña que ciertos cieguen ante esta luz. Sin censurar el orgullo de algunos, el celo incompasivo de otros, sino remitiéndose a los defectos en sí, son inherentes a lo humano, y nada humano queda exento de defecto. Mas nadie quiere que le sean abiertamente imputados, como nadie hay quien por su propio impulso, cubriéndose en la capa de la honestidad, no busque ser alabado. Para que nadie cubra su ansia de persecución y su impía crueldad con el pretendido cuidado de la comunidad social o el respeto a la ley; de que otros se escuden en la religión para buscar libertad a sus desarreglos e impunidad para sus delitos; de que haciéndose pasar por súbditos del príncipe o servidor de Dios se engañe a sí y a los demás, considero que es necesario distinguir el menester civil y el religioso estableciendo la frontera entre la iglesia y el Estado. Sin esto no se pondrá fin a las controversias entre quienes tienen o simulan tener interés por la salvación de las almas. (Locke, 1970, pág. 20)

En este párrafo de Locke se puede coger muchas ideas que constituyen, actualmente, el sistema democrático y político de los denominados Estados liberales, es decir, la idea de que el Estado debe ser secularizado de la Iglesia Católica, o sea,

que no se debe mezclar al Estado con la Iglesia, que sus imposiciones o normas religiosas sean las mismas que se exijan a los civiles. Al contrario, las ideas liberales de Locke permiten que el Estado legisle por una parte y la religión por otra, que la religión puede, dentro de su competencia, imponer normas y conductas a la gente que desea seguirla, la que regule su existencia, su vida. Además, exige que la única forma de poder lograr una convivencia social adecuada es respetando el modo de pensar de la gente, es dejando que ella mismas elijan la religión que desean practicar o seguir. Algo que no ocurría en las Trece Colonias.

### **2.2.2 Las trece colonias**

Los pueblos de las Trece Colonias –repito- no buscaban un reconocimiento de autonomía financiera ni geográfica que, por cierto, ya lo poseían, aunque sin la aquiescencia del rey, puesto que éste tenía a sus chaquetas rojas que vigilaban constantemente la salida de los bienes y el cumplimiento de las leyes que se aprobaban en el otro lado del continente, lo cual generaba mucho problemas, porque se tenía que aceptar las decisiones y normas de vida a un pueblo que no se encontraba en contacto con su gobernantes. Todos estos hechos, con el tiempo, devinieron en intereses secundarios. Lo que ellos realmente deseaban era satisfacer y establecer la libertad de religión y de culto, pues dicha libertad les había sido privada durante muchos años y las imposiciones para no ejercerla se justificaba en las decisiones y políticas dictaminadas por el Papado. El protestantismo, como proceso social y religioso, había luchado, encarnizadamente, contra estas imposiciones, asimismo, pregonaba la libertad de culto, la libertad de conciencia, la noción de que todos los hombres tenían acceso a la salvación por sus propios medios y no por aquellos elegidos o impuestos por la Iglesia Católica, los cuales inventaban tributos y diezmos en pro de la iglesia y que tenía como pretexto: la purificación de las almas. Buscaba, además, la separación entre el Estado y la Iglesia, o sea la secularización, que prácticamente, después del advenimiento del cristianismo y con su consolidación como religión dentro del Imperio Romano, en el imperio de Pagano Constantino, se habían unido de tal manera que las peroratas y arengas dichas en las cúpulas eclesiásticas tenían un matiz político y las decisiones que en ella se tomaban eran como si el mismo gobierno monárquico o político las hubiera hecho.

Un ejemplo lo podemos encontrar en las Cruzadas; fue un proceso de movimientos religiosos iniciados en La Edad Media, cuyo “objetivo” era la recuperación de Jerusalén como la ciudad donde Cristo vivió y murió. La Iglesia Católica justifica este hecho en esa consigna, sin embargo, creer en esto sería una actitud digna de un oligofrénico, ya que no hay mayor mentira que esa. La verdadera razón por la cual Urbano II, el Papa de las dos primeras Cruzadas, propugnó la guerra fue el interés económico y político. Él no se encontraba interesado en recuperar Jerusalén ni mucho menos volver a la tierra donde Jesús había vivido, sino que buscaba aumentar su poder hegemónico e instaurar una franquicia, una sucursal de su papado en tierras islámicas. La Media Luna debía ser sustituida por la Cruz. Valiéndose del fanatismo de los pobladores y moradores de los imperios aledaños, llegó a convocar un numeroso ejército que le sirvió para derrotar a los turcos selyúcidas. No obstante, esto no le fue suficiente para destruir todo el imperio islámico, puesto que fueron derrotados, los cruzados, en las siguientes batallas. Saladino, un militar turco, expulsó a los cruzados de las tierras santas y eliminó a gran parte de su ejército, venciendo – incluso- a Ricardo Corazón de León.

Por otro lado, volviendo a las ideas del protestantismo, éstas habían salido de los extramuros de Europa para afincarse en el nuevo continente y la unión de estas ideas con las ideas políticas y filosóficas de la Ilustración, permitió un mayor enervamiento de las gentes, una mayor identificación con las necesidades que la época exigía, una mayor insatisfacción con la forma de vida que vivían bajo las faldas del rey. Toda esta amalgama de ideas permitió a los moradores de las Trece Colonias a pensar en el progreso de su nación y la búsqueda de unas mejores condiciones de existencia, que eran exigidas y reclamadas por el momento. Los protestantes que se encontraban viviendo en esas tierras necesitaban de un reconocimiento rápido de sus derechos. Por esta razón, cuando se declara la Independencia de los E.E. U.U en el año 1773, las primeras libertades que son reconocidas y declaradas fueron la libertad de religión, conciencia, pensamiento y expresión, pues esto obedecía a las consignas promovidas por el luteranismo y la Ilustración.

Después de la Revolución Francesa, el mundo llegó al viraje decisivo para determinar la libertad. Las llamadas banderas de la libertad empezaron a ser izadas por todos los países que fueron influenciados y que oyeron los gritos de emancipación del

antiguo régimen. Los hombres se encontraban más decididos para afrontar el destino de sus vidas. Ya no se pensaba en un solo hombre para que dirigiera los designios del pueblo, sino que cada uno, cada hombre, por sí propio, tenía que valerse, ya que era libre y en esa libertad se encontraba su garantía para desarrollarse.

Pero: ¿qué arma tendría que entregárseles a los hombres para que pudieran contrarrestar el poder político ejercido por los gobernantes? La respuesta se encuentra en la, inicialmente, llamada libertad de imprenta, la cual nació como un canal que permitiera a las masas manifestarse continuamente contra los abusos de los monarcas (la cual trataremos, en extenso, en el capítulo siguiente). Al principio tuvo un carácter revolucionario y cuestionador; permitió que se hicieran llamados a las revueltas y las sediciones; de igual manera, se concibió como un cuestionamiento sustentado en el sarcasmo, o sea, con estilo bufón y humorístico. Sólo nos basta recordar cómo los caricaturistas retrataban a los monarcas franceses donde aparecían en faenas lujuriosas o bacanales propios de una clase ociosa y despreocupada. Esas imágenes tenían un mensaje más que gracioso: buscaba mover los ánimos de las masas para que pudiera levantarse y sublevarse ante las injusticias ejercidas por el Estado Monárquico, de un Estado que había hecho uso y abuso de los recursos del pueblo francés, puesto que éste se encontraba en una pobreza extrema después de los malos manejos del gobernante imberbe de Luis XVI. (Haciendo un paréntesis, debemos recordar que acá, en el Perú, se utilizó mucho el estilo humorístico para incentivar a las masas o criticar a las autoridades. Sin embargo, si bien es cierto que éstos tuvieron un interés denunciante, no se tuvo el mismo efecto cuando se incentivó a que se acabaran con algunas autoridades gubernamentales como fue el caso de Manuel Pardo y Lavalle, quien mucho antes de ser asesinado por sus enemigos políticos, fue vejado por los diarios satíricos, los cuales, de forma indirecta, llamaban a su muerte, a su asesinato, con sus bromas y comparaciones con Julio César, el emperador que fue muerto por un complot de amigos y gente cercana).

El monarca no había hecho buen manejo de sus políticas y lo único que trajo fue crisis a pesar de haber dispuesto que su asesor de economía, Jacques Necker, se encargue de evaluar algunas medidas que puedan revertir el estado de pobreza en el que se sumía Francia. Necker, quien era un hombre ilustrado, le sugirió muchas

medidas que pudiera perjudicar al clero y la nobleza, pero que eran necesarias, puesto que, si no se quería tener una desgracia, tendrían que acatarla. Ante esto, Luis XVI se opuso a dichas medidas y decidió deponer al único hombre que tenía llegada con el pueblo, es decir: a Necker. La historia ya es conocida. El pueblo francés no soportó más los virajes y las desavenencias de su gobernante, por lo que decidió levantarse contra el poder absoluto del monarca y, por lo tanto, decidió destruir el legado del absolutismo medieval, o sea, La Bastilla. Después de la Toma de la Bastilla, se dirigieron al Palacio de Versalles, donde se encontraban Luis XVI y su esposa, para capturarlo y someterlo a aquél a un proceso donde, supuestamente, lo seguían tratando con las prerrogativas que su investidura le permitía. Sin embargo, no bien tuvo la oportunidad, y ayudado por algunos guardias de la realeza, huyó con su esposa y sus hijos; por lo que fue perseguido, siendo atrapados en las fronteras con otro país. Una vez devuelto, se le ajustició y se ordenó su ejecución en la guillotina, donde murió instantáneamente. Posteriormente, su esposa seguiría la misma suerte. Todo esto desencadenaría la imposición del Gran Terror, el cual fue la última etapa de la Revolución Francesa, donde se ejecutaba a mansalva a los supuestos sospechosos, donde la paranoia, aún no conocida médicamente, se manifestaba de forma desastrosa en los hombres. El máximo promotor de todo ese terror fue Marat con su diario *El amigo del pueblo*, el cual era un diario que denunciaba, sin muchas pruebas, con la sola declaración de algún soplón o acuseta, quienes, además, se encargaban de dar al diario la información de las personas que supuestamente estaban realizando una coalición contra La Revolución, los cuales era ajusticiados con procesos sumarios que estaban a cargo del llamado Comité de Salud Pública. La Revolución Francesa seguiría manchada de sangre hasta que se ejecute a su promotor, es decir, a Robespierre. Con esta etapa, donde se exterminan a gran parte de los pobladores franceses, la mayoría de ellos inocentes, termina una de las etapas más oscuras de la historia de la humanidad.

El Estado Moderno se nutrió de todos estos hechos. Primero de la Independencia de Los Estados Unidos, luego con la Revolución Francesa y, por último, se manifestó con mayor fuerza en los procesos de emancipación en América Latina. Los derechos que ahora gozamos y disfrutamos fueron gracias, en buena parte, a la creación del Estado Moderno y dicha Revolución. No se podría hablar, actualmente, de un reconocimiento de derechos sin la supresión del antiguo régimen ni de la protección

de los derechos individuales sin la desaparición de las monarquías y los poderes concentrados

### **2.3 EL ESTADO DE DERECHO**

El Estado Moderno fue el resultado más directo de La Revolución Francesa, pero es necesario recordar que uno de los principios según el cual se determina que el parlamento debe hacerse cargo de la regulación normativa por medio de leyes, tiene como antecedente a la Revolución Gloriosa de Inglaterra, la cual impuso al parlamento como el poder principal para las imposiciones de las medidas necesarias del gobierno, es decir, restringía las prerrogativas que poseía el rey para con sus súbditos. El Estado moderno fue -como decíamos- el último nivel o punto de culminación de estos dos movimientos sociales, o sea, la Revolución Francesa y de la Revolución Gloriosa, y él abrió el paso para que se pudiera consolidar el Estado de Derecho, denominación que fue acuñada por el célebre jurista alemán Robert von Mohl. Sus objetivos estaban trazados por los principios de la Ilustración, su legitimidad la entregaba el pueblo y el Estado tenía la obligación de no intervenir en la vida de los ciudadanos. De igual manera, culminó con los órdenes estamentales que habían dirigido, durante siglos, la organización social. Como máxima obra de la revolución, tuvo a la ley, tal como lo hemos dicho, ya que ella representaba la racionalidad del pueblo, es decir, la condición para que el bienestar y la seguridad se pudieran plasmar en la sociedad, se pudieran conseguir y fueran realidades además de representar la legitimidad para regular la sociedad.

Todo esto vuelve un poco a las ideas del pacto fundacional, es decir, del contrato social, el cual había sido expuesto brillantemente por Rousseau en su libro *El contrato social*.

La idea de que primigeniamente se había establecido un acuerdo “unánime” entre los miembros de una sociedad para que puedan vivir y, de esa forma, obtener beneficio y ventajas a costa de renunciar a una porción de su libertad era parte de toda una tradición de pensadores denominados contractualistas, quienes muchos de ellos aparecieron después del Siglo XV.

Esta renuncia no era una supresión de la libertad, sino que la vida, dentro del acuerdo genuino, permitía a los hombres a desarrollar más sus potencialidades y, por ende, ser más libres en beneficio propio, puesto que el estado de naturaleza no daba muchas ventajas respecto a aquellos que no poseían la suficiente fuerza de mantenerse a salvo.

Uno de los primeros pensadores sobre este punto como lo fue Hugo Grocio pensaba que en el hombre existía un impulso social determinante, es decir, un afecto de emparejarse, de unirse con sus demás congéneres en beneficio de todos. Este impulso nacía de su propia naturaleza y le permitía organizar la sociedad. Al mismo tiempo, la razón le permitía discernir y establecer normas inmutables (derecho natural racional) para regular todas las relaciones sociales. Tal como lo dice Bodenheimer (1964),

[p]ara Grocio los principales postulados del Derecho natural son los siguientes: abstenerse de lo que pertenece a otro; conformarse a los pactos y cumplir las promesas hechas a otras personas; indemnizar por cualquier daño causado culposamente a otro; e infligir castigo a los hombres que lo merecen. (p.156)

Esta visión fue la que fundó los derechos naturales, que se desarrollan en el pensamiento anglosajón. El derecho natural se funda en la razón, puesto que es fundamental para el desarrollo fundamental de la ciudad.

Algunos, como Hobbes, creían que el acuerdo se había logrado por una finalidad utilitarista, es decir, que el fin era la preservación de la paz ante la guerra natural a la que todos estaban sometidos: *homo homini lupus*. Otros, como Locke, creían que, antes de que se consolide el Estado, existía un orden que se sustentaba en la razón de los asociados, es decir, que como ellos habían sido creados por un ser superior (Dios), éste les había concedido a la razón como medio para poder protegerse y solucionar cualquier tipo de desavenencia o inconveniente entre ellos. De igual forma, pensaba que la idea de una sociedad regulada por el Estado se debía a que los hombres querían garantizar, en el Estado, la protección de la propiedad privada y de los derechos individuales, ya que en la sociedad natural no había garantía alguna de que uno sea desposeído, puesto que el único mecanismo para la solución de los problemas era la razón y principios básicos como el que: “quien es agredido

tiene derecho a defenderse y a sancionar al comitente del vejamen”. Un pensador, también contractualista, pero cuyo pensamiento más se relaciona con el Derecho penal como Beccaria (2002) resume así su pensamiento respecto a la creación del Estado para salvaguardar los intereses de la sociedad:

Las leyes son las condiciones con las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad cuya incierta conservación volvía inútil. Ellos sacrificaron una parte para poder gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno forma la soberanía de una nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador de esas porciones; pero no bastaba con formar este depósito, era necesario defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, el que trata siempre de quitar del depósito no sólo su propia porción sino de usurpar también la de los otros. Hacían falta motivos sensibles que bastaran para disuadir el deseo despótico de cada hombre de volver a sumir las leyes de la sociedad en el antiguo caos. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes. (p.33)

Aunque esta idea está más cerca y se refiere al origen de las penas o, como el mismo Beccaria las llama, “motivos sensibles”, no se debe olvidar que las leyes son creaciones del “soberano”, del encargado de administrar “todas las porciones de libertad” entregadas por los asociados; por lo tanto, las penas nacen como contrapeso necesario para mantener el acuerdo primario entre los habitantes de una misma sociedad. Como lo dice el mismo Beccaria (2002), nacen para evitar que cualquiera de los particulares se adjudique la potestad de afectar la tranquilidad del poder soberano, es decir, de perjudicar y usurpar el poder entregado al soberano o de perjudicar a cualquiera de los miembros de la comunidad.

Pero lo que se quiere resaltar, aquí, de cada una de estas teorías es el carácter convencional del establecimiento del Estado, del acuerdo al cual llegaron los ciudadanos para poder organizar la sociedad. Sin este acuerdo primario, sería totalmente imposible poder viabilizar los proyectos vitales que cada uno de los moradores se propone; ya que el acuerdo permite eliminar esa igualdad, que a la vez es desigualdad, natural por la que cada uno resuelve sus conflictos de la mejor forma que le parece, hacia una forma más general y, por ende, que se acomode a las exigencias de todos. Pasar de la acción directa a la heteronomía de la autoridad. De

eso se trata cuando se quiere encarar al Estado de Derecho. Sin embargo, se observará que la idea de una sociedad primigenia en la que se llega al acuerdo del cambio de la agresión por la protección es muy primitiva y difícilmente guarda relación con la visión del Estado de Derecho. Es válido. No obstante, lo que se quiere resaltar es el carácter heterónomo de la ley, es que ella proviene de una autoridad, de un tercero legitimado. Este tercero legitimado es el parlamento, quien representa al pueblo por medio de la elección democrática. El parlamento al ser el depositario de los intereses de la sociedad es el más indicado para imponer las formas de conducta que debe seguir la sociedad. Entonces la ley es la organizadora fundamental de la vida en sociedad, porque es emitida por la autoridad que se encuentra legitimada por la sociedad al haberle entregado el poder por medio de la elección general.

Ahora, volviendo al tema que nos ocupa, diremos que para éso no sólo se recurrió a las leyes que disponía el propio parlamento, sino que fue necesario que también se presentaran normas que contengan la idea fundacional de una sociedad, es decir, a los compromisos donde los ciudadanos se comprometen a respetar cada uno de los acuerdos y las cláusulas. Tales documentos fueron: La Declaración del Hombre y el Ciudadano de 1789; La Constitución de 1791, la cual estableció la monarquía parlamentaria; indirectamente, y un poco después, la Constitución de Bayona de 1808 de José Bonaparte (Pepe Botella); y La Constitución de Cádiz de 1812, pero, más importante que todos estos documentos, fue el hecho de haber abolido, definitivamente, el poder absoluto de los monarcas, el *ancien régime*. Ese régimen se encontraba totalmente caduco e ineficiente, ya que no protegía los derechos individuales de los sujetos, porque la época exigía un desarrollo diferente, una visión que no impida el mejor desarrollo de la libertad de los ciudadanos, los cuales se encontraban en una minoría de edad por la intromisión constante del monarca o del Estado en sus vidas. Ahora, con la nueva visión del mundo, se dejaba al hombre rehacer su vida y crearla conforme a sus convicciones y experiencias propias.

En cuanto a lo que se entiende por Estado de derecho es diremos que es aquel Estado donde la ley es la única fuente del derecho, es decir, es la fuente fundamental para poder reglamentar los comportamientos de los ciudadanos y de las autoridades. Por lo tanto, el parlamento es el poder más importante y poderoso del Estado, ya que es él quien se encarga de promulgar las normas que rigen a la sociedad. Las leyes

expedidas por este Poder tienen la obligación de salvaguardar los intereses de ella y, además, de regular los comportamientos de las personas que la integran.

Hemos mencionado que el proceso de la humanidad, casi siempre, tiende a ser individual, o sea, que se busca concretar el individuo dentro del Estado. De acuerdo a lo que hemos señalado, los monarcas habían erigido un sistema de dominación basado en la esclavitud y el sometimiento de la libertad incondicionalmente, es decir, que no tenían ningún derecho a reclamar su protección ni su reconocimiento como derecho que les permitiera llevar una vida como ellos mejor quisieran. El único derecho que poseían era el que su amo les entregaba con su voluntad, en otras palabras, nada. A esto se le agrega el carácter glorioso de los poderes del monarca, pues ellos reencarnaban o representaban a los dioses que organizaban la sociedad. Contravenir con lo que ellos decidían u ordenaban era un desacato a la divinidad, matar a un rey no era tomando como un magnicidio, sino como un deicidio. No obstante, la gloria denodada y el poder atribuidos a los monarcas y la nobleza, tuvieron que ser eliminados y disipados con el conglomerado de movimientos que se gestaron a inicios del siglo XVII, los cuales permitieron un mayor desenvolvimiento de las necesidades libertarias y una gran oportunidad para transformar el mundo ¡Y vaya que sí lo transformó! Es por eso cuando se levantan los ingleses, quienes inspiraron a los norteamericanos, y secundaron a los franceses en su revolución, se puso el primer pare al poder monárquico que había sido regulado, inicialmente, por la Carta Magna de 1215 de Juan sin Tierra, el rey que aceptó las condiciones de los señores feudales para que aquél no hiciera abuso de sus poderes dentro de las esferas individuales de los vasallos.

El parlamento -que nació en Inglaterra- era una representación directa de los poderes del pueblo, que velaban y protegían sus intereses. Empero, la tradición monárquica no cedió sus poderes tan fácilmente como se había esperado. Por lo que fue necesario, para pacificar y tranquilizar los caudales, un consenso con las dinastías a las que se le permitiría poseer algunas prerrogativas para actuar en el ejercicio de elaboración de las leyes, es decir, emitir normas de carácter tributario o, hasta, penales; sin embargo, con el avance del tiempo, se fue reduciendo las facultades que poseía el rey para que puedan ser ejercidas solamente por el parlamento. Todo esto generó un problema que pronto se desencadenaría entre aquellos que creían en el

parlamento como único poder para la elaboración de las leyes y la representación de la nación inglesa; y de aquellos que velaban por la protección de la monarquía y de su instauración como poder absoluto.

Esta consolidación material, y no formal, fue la que permitió su expansión y desarrollo en toda Europa. Es cierto que el poder de los monarcas se encontraba delimitado por las leyes otorgadas por el parlamento desde la Revolución Inglesa de Cromwell hasta la Gloriosa de Guillermo de Orange, empero, esta limitación no era del todo efectivo o eficaz. Carecía de un carácter práctico que permitiera realmente someter al rey a las leyes parlamentarias. El rey todavía poseía poderes cuasilegislativos, en determinadas materias, además tenía la posibilidad de ejercer el nombramiento de autoridades, como la delegación de potestades a determinadas personas. No obstante, los ingleses sí eran conscientes como lo fue sir Eduard Coke cuando le dijo a Jacobo I que: él era rey y tenía el poder como tal gracias al *common law* (obviamente cito el espíritu, mas no el texto). O sea, que existía un derecho superior que limitaba el poder del monarca. Esto con el tiempo se constituyó en lo que hoy se conoce con el nombre de Constitución Material. No existe, en Inglaterra, una Constitución escrita como si las hay en Europa Continental. No existe, asimismo, documentos ni cuerpos legales que sistematicen las normas que rigen en ese país. Esto se debe a lo que acabamos de señalar: el carácter vivencial de la constitución que tienen los ingleses. Ellos “viven una constitución”, no solamente “tienen una constitución”, por lo que resultan fuertes sus tradiciones liberales concebidas. Y son, todas ellas, muchas de las que rigen, verdaderamente, el funcionamiento de la sociedad inglesa, la cual se jacta de ser una de las más liberales del mundo al tener muy arraigadas las ideas de libertad y de respecto a la ley.

Todo esto, que hemos señalado, ha venido a constituir el derecho de que el parlamento tuviera que ser la fuente de la ley, que el mayor regidor de conductas en la sociedad tenía que ser él, mas no el rey. Por esa razón, el Estado empezó a ser denominado como Estado de derecho, esto es, un Estado donde la legitimidad la da la autoridad, que representa a la sociedad, puesto que ésta es la que la ha elegido por medio de un sufragio universal. Esta es la razón. Todas las autoridades estatales se encuentran supeditadas a la ley que es expedida por el parlamento. Sin embargo, como todo interés legítimo, esto también empezó a tener una serie de deficiencias

que permitió a que algunos gobernantes establecieran normas que, en vez de proteger los derechos de los gobernados, los perjudicaba. El caso más conocido fue del régimen nazi, el cual estableció normas de racismo contra los judíos y de medidas desproporcionadas que lo único que hacían era perjudicarlos y destruirlos. De igual forma, el *apartheid*, en Sudáfrica, fue uno de las políticas más aberrantes que pudo haber existido en las postrimerías del Siglo XX, puesto que debido a ella se obligó a los ciudadanos negros a que reciban un tratamiento diferente al que se impuso a los ciudadanos ingleses, quienes vivían allí. Y debemos recordar siempre que todas estas medidas se hacían en nombre de la sociedad y por medio de leyes, lo cual entrega “legitimidad” al Estado para que se cumpliera con lo que en ella se estipulaba. Todo esto obligó a los juristas y filósofos del derecho a preguntarse si estas imposiciones legales podían tener validez así se vulnera los derechos de los ciudadanos, por lo que se llegó a una conclusión que fue acuñada por el teórico del derecho Gustav Radbruch: “derecho extremadamente injusto, no es derecho”. Por estas razones, fue necesario la creación de otro tipo de Estado que tuviera límites a la hora de legislar. Fue entonces cuando se creó el llamado Estado Constitucional de Derecho.

## **2.4 EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

El advenimiento del Estado Constitucional de Derecho generó, o tuvo como primera consecuencia, la protección de las libertades individuales de los hombres, de los derechos fundamentales que les correspondían como personas. Se valió de documentos o acuerdos para poder imponer la protección eficaz de tales derechos. Hubo que consignar una función más respetuosa de los derechos de las personas. Esta función con el tiempo se denominó “la función negativa del Estado”, ya que, como hemos señalado, antes el Estado era activo interviniente en las vidas de los ciudadanos. En cambio, ahora, se le comprometía a no intervenir ni participar en las decisiones de cada persona, es decir, que se había consolidado la idea de lo que el filósofo alemán Isaiah Berlin denomina como “libertades negativas”. Es decir, esas libertades que se caracterizan por crear una esfera de protección que impide al Estado cualquier intervención a su libre ejercicio, puesto que, si no lo hiciese, acarrearía en una constante destrucción de la sociedad, porque ésta solamente puede desarrollarse con hombres libres, que no encuentren impedimentos al ejercicio de su libertad, de forma arbitraria, o sea, que no medie una necesidad pública, socialmente aprobada. Mario Vargas Llosa (1983), quien es uno de los discípulos de

Berlin más conspicuos, en la actualidad, resume así el pensamiento de éste, referente a la libertad negativa:

La libertad está estrechamente ligada a la coerción, es decir a aquello que la niega o la limita. Se es más libre en la medida en que uno encuentra menos obstáculos para decidir su vida según su propio criterio. Mientras menor sea la autoridad que se ejerza sobre mi conducta; mientras ésta pueda ser determinada de manera más autónoma por mis propias motivaciones -mis necesidades, mis ambiciones, fantasías personales-, sin interferencia de voluntades ajenas, más libres soy. Éste es el concepto negativo de libertad. (pp. 413-414)

La libertad negativa compromete a la autoridad, al Estado, a que éste no intervenga en la vida de los demás. Empero, este impedimento no es absoluto, sino que tiene una excepción según la cual solamente se estará permitida la intervención en el caso de la protección de los demás (Mill, 1984). Este compromiso era avalado por una serie de medidas que fueron adoptadas por las autoridades y por la propia sociedad, de donde emanaba el poder constituyente.

El hombre era reconocido en su individualidad, en su espiritualidad, en su integridad moral, lo que le permitía autorregularse conforme a los límites establecidos por la ley, pues el hecho de que se le reconociera la calidad de ser libre no justificaba ni permitía que él pudiera hacer lo que le viniera en gana, sino que, conforme a la moralidad y racionalidad inmanente a su humanidad, se le exigía un mayor cuidado para sí propio y para sus semejantes, y una actitud consciente. Consciente no en el sentido ético: de que para obrar tuviera que tomarse una decisión teniendo en cuenta la intencionalidad y finalidad, sino que había una idea sobre lo que significa vivir dentro de un Estado de Derecho, en un Estado Constitucional de Derecho, una consciencia de lo que significaba estar supeditado a la ley y, por ende, al derecho, lo que se conoce jurídicamente como: *opinio iuris sive necessitatis*. La idea de que el derecho sirve como regulador de conductas y que los pobladores se sienten identificados con esas normas, porque los protegen y respaldan su libertad, su individualidad.

Hemos dicho que la libertad individual fue uno de los mayores logros del desarrollo de la humanidad y que de esta forma se desterraba el interés de las autoridades de regular la vida de los ciudadanos, obligándoles a seguir formas de vida no elegidas

por ellos. Así mismos, hemos señalado que anteriormente el Estado era un interviniente muy punzante en la vida de los ciudadanos, sin embargo, pareciera que, actualmente, se ha vuelto a esa intervención, pero sin violar las conquistas obtenidas durante el desarrollo de la humanidad, esto es, que no se ha renunciado a los logros y metas que han obtenido las luchas sociales. Si bien es cierto que hay una obligación negativa del Estado, ésto no quiere decir que no haya una obligación positiva, una obligación de interferencia en la sociedad. ¿Cuál es el sustento para que se pueda delegar esa función al Estado?: la desigualdad. Como bien lo dice Mario Vargas Llosa (1983), siguiendo desarrollando el pensamiento de Berlin:

Esta noción es más social que individual pues se funda en la idea (muy justa) de que la posibilidad que tiene cada individuo de decidir su destino está supeditada a causas 'sociales', ajenas a su voluntad. ¿Cómo puede un analfabeto disfrutar de su libertad de prensa? ¿De qué la libertad de viajar a quien vive en la miseria? ¿Significa la libertad de trabajo al dueño de una empresa que para un desempleado? En tanto que la libertad 'negativa' tiene en cuenta principalmente el hecho de que los individuos son diferentes, la 'positiva' considera ante todo lo que tienen de semejante. A diferencia de aquélla, para la cual la libertad está preservada cuando más se respetan las variantes y casos particulares, ella estima que hay más libertad en términos sociales cuando menos diferencias se manifiestan en el cuerpo social, cuando más homogénea es una comunidad. (p. 415)

Las conquistas sociales han hecho de que los gobiernos garanticen formas de vida más adecuadas para los ciudadanos. Por esta razón, se requiere que ellos puedan ser tutelados por el gobierno. Ya no se ve al gobierno como una amenaza sino como un aval, como un garante, para que se pueda ejercer otros derechos. Como lo dice Vargas Llosa (1983), la visión de "la libertad positiva" (en oposición a la libertad negativa. Las dos libertades fueron desarrolladas por Berlin) es que el Estado establezca las condiciones necesarias para que puedan ser ejercidas esas libertades que le han sido concedidas por su propia naturaleza, por su propia individualidad moral. Es decir, que debido a las condiciones sociales: pobreza, marginación, discriminación y demás condicionamientos externos, los individuos no poseen una libertad plena o igual como aquellos que sí tienen mejores condiciones de vida, lo cual genera una desigualdad social y, por ende, el ejercicio de esas libertades se encuentra condicionada a estas situaciones. Por eso el Estado debe intervenir y tratar de subsanar esas desventajas sociales. En países como los Estados Unidos ésto se

ha denominado como: *affirmative action*, o sea, una política gubernamental que trata de dar mayores ventajas a los grupos que se encuentran en constante desigualdades por razones sociales o históricas como el caso de negros o las mujeres en Norteamérica. Por lo tanto, la visión de un Estado meramente pasivo, que no tiene ninguna facultad para poder establecer formas de vida o intervenir en la vida de los demás, es anacrónica. Además, porque hay una nueva visión respecto a los derechos civiles y políticos, o derechos de primera generación, como se les conoce, o sea, aquellos que sólo requieren de un Estado pasivo; según la cual estos derechos también requieren de una intervención estatal, esto es, que el gobierno sí puede intervenir para velar por ellos. Puesto que: ¿cómo garantizamos el derecho a la vida o la libertad si no es por medio de la seguridad, puesto que las amenazas no vienen sólo del Estado, sino, y con mayor incidencia, de los privados?, ¿a quién le es concedido ese poder para velar por esos derechos, para crear mayor seguridad en la sociedad? La respuesta es: en el Estado. Es él quien se encargará de que se permita y garantice el ejercicio de esos derechos de primera generación. Entonces, ya no se puede hablar de un Estado absolutamente pasivo respecto a estos derechos, sino, todo lo contrario, de un Estado activo y garantista, que ayuda a que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos civiles y políticos además de los económicos, sociales y culturales, de segunda generación.

Todo esto ha cambiado la visión del mundo social que se tiene ahora. El resultado de lo que vivimos actualmente obedece a un proceso arduo y de perfeccionamiento. Eso quiere decir que la idea primigenia de los liberales clásicos – Stuart Mill o Benjamín Constan- según la cual el Estado es un enemigo del individuo, han tenido que reformularse en varias ocasiones. Por consiguiente, las verdades absolutas no existen sino verdades consensuadas y perfeccionadas, las cuales deben establecerse conforme a una serie de beneficios, de utilidades, o de aumento de bienestar para el mayor ejercicio de las libertades individuales, de capacidades.

Aunque después de la creación de dicho Estado, hubo gobiernos que mantuvieron la presencia monárquica, como es el caso de España, pero sin el poder que ostentaban antaño, sino con un control especial, ejercido por las leyes y los derechos individuales. Asimismo, se logró establecer los parámetros de los poderes monárquicos y su remplazo por “la voluntad general” con la cual el pueblo era quien entregaba y

delegaba su poder a un representante (el soberano) para que pudiera salvaguardar sus intereses. Esta voluntad, según Rousseau (1984), era inalienable e indivisible, ya que el pueblo era el único titular de su fuerza y una vez que era delegado se ejercía sobre la base del respeto al interés general. Ese interés general era: el respeto a los derechos del ciudadano, la conservación de ellos. No en vano el art. XVI de La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, después de la Toma de la Bastilla, establecía que: “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.” Así esta idea, estipulada en este precepto, se convertía en la base sobre la cual se erigiría nuestro sistema, nuestro ordenamiento jurídico actual. Esto es, la importancia de una Constitución radica en el hecho de hacer respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y mantener la vigencia institucional, o sea, la separación de poderes en aras de evitar que se concentre el poder en una sola cabeza (como el caso de la monarquía o de los regímenes absolutistas). El Estado Constitucional de Derecho parte de esa perspectiva. De esa manera protege y salvaguarda la libertad de los individuos. Y esta misión la cumple la Constitución, pues ella como resultado del Poder Constituyente, como resultado de un consenso último, en el sentido de que es un acuerdo que procede de una decisión general y, sobre todo, como norma jurídica, es la primera en no permitir los excesos del poder estatal. De esta manera, la Constitución actúa como un vínculo entre el poder estatal y los ciudadanos, entre los súbditos y los gobernantes.

El primer nexo se manifiesta en el reconocimiento de los derechos fundamentales que a la vez constituyen lo que actualmente se denomina como la parte dogmática de la Constitución, la parte inamovible de la Carta Magna, puesto que está compuesto por una serie de derechos (generalmente enumerados como un catálogo) irrenunciables, ya que, si no fuera así, se caería en un perjuicio y retroceso patente. Los derechos fundamentales actúan como esferas delimitadoras, como límites al poder ejercido por los gobernantes o a los excesos que puedan cometer los particulares. Estos derechos permiten que el Estado, al fin y al cabo, se autorregule, pues cada actuar institucional se hará teniendo en cuenta estos derechos o el grupo sobre el cual va a recaer la decisión, por más que tenga una finalidad, aparentemente, beneficiosa. Los límites existentes a la actividad legislativa, por ejemplo, están dados por los derechos fundamentales. Estos son protegidos tomando en cuenta su contenido esencial. O

sea, en principio, toda medida legislativa, y toda decisión institucional en general, no puede menoscabar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, pero: ¿qué es el núcleo esencial o el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales? Para poder hacerlo tenemos que recurrir a muchas de las disposiciones que regulan de forma expresa esta idea (algo que no es materia de este capítulo. Sin embargo, se puede dar una pauta general sobre este punto). Se dice que el contenido esencial de un derecho, cualquiera que fuera, lo constituye la parte intangible que, si es afectada, el ejercicio de ese derecho sería impedido. Esto es muy abstracto, empero, existe un método que algunos autores, como Manuel Atienza, lo han denominado metaprincipio porque afecta a todo el ordenamiento jurídico; que es el principio de proporcionalidad, el cual permite saber cuándo estamos afectado el contenido esencial de un derecho, el cual permite concretizar el carácter abstracto de los derechos fundamentales, sobre todo, su protección como derecho fundamental.

El filtro de la proporcionalidad lo que hace es que la restricción del derecho tiene que ser lo más idónea, necesaria y proporcionalmente posible, esto es, que primero se debe determinar que la medida que se está imponiendo siga un fin legítimamente perseguido; segundo, que la medida que se haya optado para perseguir ese fin sea la más adecuada (idoneidad); tercero, que entre las diversas alternativas para la búsqueda de ese fin legítimo, se debe buscar medida menos gravosa, es decir, la que menos perjuicio pueda generar al derecho (necesidad); cuarto, y último requisito, es que a mayor supresión del derecho que se encuentra en cuestión, mayor deben de ser las ventajas que ofrece referente al fin perseguido (proporcionalidad *sensu stricto*). Todo este procedimiento es el que actualmente se aplica para la observancia de la proporcionalidad en las medidas legislativas. El control judicial de las leyes requiere de este método para ver su constitucionalidad o no.

Asimismo, este método permite controlar las arbitrariedades, dentro de la creación de las leyes, y limitar el poder estatal, dentro de cualquier actividad que se origine en él. Esta idea es el resultado de los postulados liberales de fines del siglo XVIII, porque los antecedentes y las bases filosóficas –para llamarlo de alguna manera- pueden remontarse al pensamiento inglés; prueba de ello es que se encuentra en la filosofía utilitarista de Stuart Mill (1984), quien dijo, al final de su libro *Sobre la libertad*:

[U]n Estado que empequeñece a sus hombres, a fin de que puedan ser más dóciles en sus manos, aun cuando sea para fines beneficiosos, hallará que con hombres pequeños ninguna cosa grande puede ser realizada, y que la perfección del mecanismo, a la cual todo lo ha sacrificado, terminará por no servirle para nada por falta del poder vital que, en aras de un más fácil funcionamiento de la máquina, ha querido proscribir. (p. 170)

Lo que define Mill es lo dañino que puede ser cuando una autoridad interviene en el individuo aún para su bienestar, puesto que, nada está justificado para que se pueda restringir o proscribir las libertades principales o básicas, como diría Rawls. Las libertades deben ser respetadas, porque si ellas se encuentran amenazadas, lo único que se generarán son seres inútiles para poder forjar una sociedad, una nación, una vida propia y con la vigorosidad que requieren las grandes cosas. Contra todo esto Mill lucha a fin de que se pueda comprender.

Entonces, cuando nos estamos refiriendo al Estado entendemos que el reconocimiento de los derechos fundamentales lo realizan todos los poderes y organismos autónomos, puesto que ellos se encuentran muy relacionados a los ciudadanos, por ende, éstos son lo que se entiende como el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales.

Por eso la evolución del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho se debe a una voluntad política que buscaba proteger, de forma especial, los derechos fundamentales de las medidas legislativas que habían generado muchos abusos dentro de las sociedades de occidente. Estos abusos generaron a que se establezcan exigencias mínimas e importantes para el establecimiento del ordenamiento jurídico. Las exigencias mínimas son los derechos fundamentales que contiene cada una de las cartas políticas, las constituciones.

Ahora, se comprometía a todo el aparato gubernamental a que se sujeten a las imposiciones valorativas de la constitución, ya que, si el Estado (en este caso, el parlamento) toma una medida sin tener como base tales derechos, tendrá que ser cuestionado por las instituciones jurisdiccionales que actúan como guardianes de la Constitución. Uno de ellos, el más importante tal vez, es el Tribunal Constitucional, el

cual ejerce el control de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales a través de los procesos de la libertad como los son: el proceso de amparo, recurso de *habeas corpus* o el de *habeas data*. O del control político-institucional, o sea, los procesos orgánicos como el competencial, de inconstitucionalidad de las leyes, de acción popular, y de cumplimiento. Estos mecanismos han permitido a los ciudadanos proteger sus derechos durante el proceso histórico gestado después de la Segunda Guerra Mundial, o sea, después de la experiencia sangrienta que se acrecentó hasta el fin de la guerra.

La Segunda Guerra Mundial, como bien se sabe, fue uno de los más infaustos y execrables sucesos que generaron muertes de gentes inocentes. No es necesario hacer un análisis pormenorizado de todas las consecuencias bárbaras que acarrearón su comisión. Sólo habrá que hacer una pequeña reminiscencia sobre lo que fueron los campos de concentración, donde se mataban a mansalva a ciudadanos judíos. Cientos, miles, decenas de miles de judíos fueron ejecutados en las cámaras de gas; otros fusilados o diezmados por el hambre que asolaba cada metro de los campos de Varsovia, de Auschwitz, de Sobibor, etc. Asimismo, debemos tener en cuenta que el número de muertos durante toda la guerra llegó a la ingente suma de 50 millones de personas de los cuales 4 pertenecían a la raza judía. Ésto hizo que los países vencedores llegaran a un acuerdo y establecieran, con los vencidos, una nueva forma de gobernar el mundo sobre la base del respeto de los derechos humanos. Por ese motivo, se establecieron tribunales para la ejecución de los criminales de guerra. El tribunal de Núremberg, en Alemania, y el de Tokio, en Japón, fueron los más importantes, ya que sentaron las bases necesarias que hoy sirven de sustento jurídico para poder juzgar delitos que, a la sazón, no constituían como tales o que, si los constituían, no tenían la importancia ni la repercusión que poseen ahora, es decir, los delitos contra la humanidad que son de persecución internacional y tienen carácter imprescriptible, porque afectan la propia integridad del hombre, del ser humano, afectan su condición como tal, y éstos, a la vez, afectan todo el género humano.

La visión humanista del derecho y del ordenamiento jurídico se manifestó en los diferentes documentos firmados, después de la Segunda Guerra Mundial, así mismo, en las constituciones de los países comprometidos con esta nueva visión del mundo. Por ejemplo, nuestra Constitución contiene una serie de medidas que tienen como

obligación respetar este principio. Al respecto, Carlos Fernández Sessarego (2011) dice lo siguiente:

La nueva visión humanista o personalista del Derecho se halla también normativamente concretada en el artículo 4° de la derogada Constitución peruana de 1979, texto que es recogido por el artículo 3° de la vigente de 1993. En estos numerales se prescribe que la enumeración de los derechos de la persona reconocidos por la Constitución no excluye los de naturaleza análoga o que “deriven de aquellos de la dignidad del hombre”. Como se advierte, no se puede aquellos intereses esenciales existenciales o derechos naturales, inherentes a la persona, que se sustenta en la dignidad de ser libre, espiritual, único. Este enunciado confirma lo sustentado en el artículo 1° de la derogada Constitución peruana de 1979, antes referido, en el sentido que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como reafirma el contenido del axioma jurídico fundamental de que el *prius* es la libertad y no las prohibiciones. (p. 52)

Las sociedades actuales priorizan la protección de la persona: ella es el centro del ordenamiento jurídico. Por eso nuestra Constitución empieza reconociendo a la persona y su dignidad como el fin supremo del Estado y la sociedad. La idea kantiana de que ningún ser humano puede ser utilizado como un medio, sino que el hecho de que posea dignidad hace que hombre sea considerado como un fin en sí mismo, ha calado de forma determinante en los ordenamientos jurídicos del mundo, ya que después de la infausta experiencia de las dos guerras mundiales, se tuvo que buscar mecanismo que garanticen a que no se volverán a afectar la dignidad de las personas. De igual forma, es importante tomar en cuenta lo que dice Fernández Sessarego de que se ha incluido, en las diferentes constituciones del mundo, dispositivos que son abiertos para incorporar otros derechos que emanen de la dignidad humana o, en el caso de los principios liberales, de la soberanía popular o de la forma republicana de gobierno (art. 3 de la Constitución vigente), o sea, que este artículo reconoce que pueden existir otros derechos que no se encuentran enumerados como sí lo están en el artículo 2 de la Constitución Política, pero que se puede velar por los diferentes derechos que no se encuentran regulados de forma expresa.

La necesidad de un sistema global que contrarrestara todas las desavenencias e injusticias que podían padecer los hombres, en manos de los dictadores, obligó a los Estados a firmar convenios y acuerdos multilaterales sobre los derechos humanos. El

primero y más importante, el cual, con el tiempo, se ha convertido, por costumbre internacional, en una exigencia universal para todo estado que protege los derechos humanos; es La Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada el 10 de diciembre del 1948, siendo ella una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Como ya lo dije, hablando teóricamente, una declaración de principios es solamente eso: una declaración. Sin embargo, con el devenir en el tiempo, los Estados han ido tomándola como una convención, es decir, como una norma que les obliga, ineludiblemente, a cumplir con todas las exigencias que en ella se plasman. Por esta razón, es un documento sumamente importante para poder proteger los derechos inherentes a todos los seres humanos. No hay que olvidar, así mismo, que esta declaración se hacía después de que en América se firmara la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (firmada en abril de 1948), el cual no ha tenido la misma suerte de la Declaración Universal, puesto que no se ha convertido en un documento obligatorio para los Estados que la reconocieron. No obstante, estos dos documentos dieron pie a que se establezcan más documentos importantes para los derechos humanos, es decir, que la mayoría de estos derechos fueron reconocidos por documentos que se firmaron por los Estados partes después de la aprobación de los documentos reconocidos al terminar la Segunda Guerra Mundial.

En conclusión: el proceso del reconocimiento de la libertad como condición fundamental del hombre ha sido muy importante, ya que tuvo momentos en los que se había suprimido de tal forma que no existía, por tal motivo su reconocimiento fue medular para que se pueda consolidar el Estado Constitucional de Derecho, porque hoy se habla de un Estado donde la máxima norma (supremacía constitucional), que encuentra en la cima del ordenamiento jurídico, es la Constitución que recoge, en su parte dogmática, los derechos fundamentales, en forma de catálogo, que deben ser respetados tanto a nivel nacional como internacional. Por eso el reconocimiento se ha extendido extraterritorialmente y ya no se habla de un ordenamiento jurídico nacional, que protege y tutela las obligaciones domésticas, sino internacional, por consiguiente, los Estados firmantes de los acuerdos multilaterales se sometían a una normatividad internacional que reconociera los derechos del hombre en todas sus manifestaciones posibles en el mundo. Y no sólo a las exigencias normativas que se encontraban plasmadas en los convenios internacionales, sino que también se debía

respetar la jurisprudencia que era desarrollada -en este caso- por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

# CAPITULO III

## La libertad de expresión

*“No es libre un pueblo, mientras no puedan expresar sus pensamientos sin traba alguna cualquiera que sea la opinión que sostengan, pues donde se goza de esa libertad, como en Inglaterra, una opinión no obliga y se combate con otra opinión tan libre como ella, dejando a la razón humana el derecho de discernir lo verdadero de lo falso, a más de que, las opiniones reinantes no son más que opiniones de hombres, cuyo error debe poderse demostrar con toda libertad.”*

*Juan Espinoza, El diccionario para el pueblo (1856)*

### 3. Introducción:

En el capítulo anterior, desarrollamos el progreso de la libertad en las diferentes épocas de la historia del mundo occidental. En él nos adentramos al carácter potestativo que tenían los reyes (los gobernantes) para imponer una serie de conductas a los ciudadanos. Así mismo, analizamos los reclamos por los derechos del hombre y de su reconocimiento como tales. Por último, esbozamos el deber actual del Estado referente a los ciudadanos y la relación que poseen bajo el imperio de la Constitución.

En este capítulo, nos toca desarrollar, someramente, la libertad de expresión y la relación con la sociedad, su función dentro de ella y la democracia, así como la regulación tanto normativa como jurisprudencialmente a nivel interno (La Constitución Política del Perú y el Tribunal Constitucional peruano) como externo (La Convención Americana de Derecho Humanos y La Corte Interamericana de Derechos Humanos).

### 3.1 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión fue y es una de las mayores conquistas espirituales del hombre. Su importancia y relevancia, dentro de la vida en sociedad, se debe a su carácter connatural al ser humano. No se concibe una vida sin la capacidad -de cualquier hombre- de pensar y expresar lo pensado. Por eso, este logro es más apreciable todavía cuando se tiene en cuenta que con la abolición del *ancien régime* se modifica el ejercicio del poder que impusiera “las opiniones oficiales” que debían seguirse, a fin de poder uno expresar lo que mejor le pareciera por siempre, en armonía con los demás y en una relación de cooperación dentro de la sociedad.

Antiguamente –tal como los hemos visto- se imponía la forma en la que debía actuar el hombre, por ende, se disponía lo que se debía oír y pensar. Las imposiciones eran tales que era imposible contrarrestar lo que oficialmente fue aprobado como “la opinión” o “la creencia” que un pueblo debía seguir. Las creencias se encontraban fundamentadas con un dogmatismo (religioso) que no permitían ningún cuestionamiento a lo que se había establecido como la “opinión oficial”. Por eso, el filósofo británico Mill (1984) dice: “Generalmente, y en los países constitucionales, no es de temer que un gobierno, o sea completamente responsable ante el pueblo, intente con frecuencia fiscalizar la expresión de opinión, excepto cuando al hacerlo se haga el órgano de la intolerancia general del público.” (p. 46) Esta fiscalización está completamente relacionada con el control de las opiniones, pero a la vez deja ver que la supresión de las opiniones y de las personas que quieren expresar sus ideas genera un estado de intolerancia inaguantable, puesto que afecta la propia naturaleza del hombre, es decir, la naturaleza propia de expresar lo que piensa. Sin embargo, dicho control era parte de la legitimidad que poseía el Estado por medio de las instituciones.

Las instituciones poseían una finalidad de adoctrinamiento y adecuación de la forma de pensar de la gente. De esa forma se garantizaba que no hubiera cuestionamiento a lo que se había establecido como “la forma de pensar adecuada”. Además, el control se acentuó, más aún, con el apoyo religioso. Como el Estado había establecido qué era lo que necesariamente se tenía que creer u opinar, los ciudadanos se movían y se dejaban llevar por todas las creencias establecidas dentro de la ciudad. Hubo quienes, verdaderamente, reclamaron al gobierno para que se dé cuenta de sus arbitrariedades e imposiciones injustas, pero los reclamos no se pudieron efectivizar,

porque existía una supresión fuerte a los disidentes y librepensadores. La religión y las propias instituciones estaban creadas para tapar y menoscabar cualquier oposición a “la opinión oficial del Estado”. Se crearon procesos especializados para contrarrestar las objeciones o las ideas diferentes o aquellas que contravenía a la creencia en los dioses o la religión del propio Estado. La Santa Inquisición, por ejemplo, fue todo un sistema elaborado, por las disposiciones de la misma Iglesia, para suprimir cualquier tipo de sublevación que cuestionase las creencias religiosas. Los herejes, generalmente mujeres, eran perseguidos para ser asesinados; siendo antes obligados a abjurar a sus creencias para que pudieran ser perdonadas por el Divino Hacedor. Esto es un ejemplo muy ilustrativo para analizar el carácter arbitrario del Estado y de la Iglesia con los ciudadanos. Otro caso, predecesor al caso de la Santa Inquisición, que ilustra el carácter arbitrario de las imposiciones de las religiones, es el de Sócrates y de su muerte (Mill, Sobre la libertad, 1984). Sabido es que Sócrates fue acusado por impiedad y por corromper a los jóvenes. Esto se debía a que él no creía en los Dioses del Olimpo, los cuales pertenecían a la religión oficial, sino que tenía un Dios propio. De igual manera, le encantaba conversar con los jóvenes y dialogar sobre diferentes temas relacionados con la vida como: la virtud, la belleza, la justicia, la deidad, etc. Esto hizo que las autoridades no lo vieran con buenos ojos. Más aún: cuando se trataba de alguien como él que negaba a los Dioses que representaban a Atenas. Las autoridades, que lo aprehendieron, le imputaron esas dos conductas como delitos, es decir, la impiedad y la corrupción de la juventud, conforme a lo que se creía en ese momento en dicha ciudad. Se le condenó a muerte para lo cual se le permitió que decida de qué forma quería morir a lo que él decidió beber un vaso de cicuta. Él no se negó a las imputaciones ni rehuyó a la sentencia de muerte; todo lo contrario: aceptó firmemente la condena y no aprobó las propuestas que uno de sus discípulos le hiciera para huir y retirarse a otro Estado, donde podría estar a salvo, sino que decidió someterse a las leyes por más que éstas puedan ser injustas, según lo cuenta Platón en su diálogo Critón.

Estos dos hechos marcan un antes y un después en la historia de la libertad de expresión, ya que es una muestra evidente de la intolerancia y de la persecución injustificada a las personas que pensaban diferente a lo que las autoridades creían. Puesto que, en el caso de los herejes, no hubo solamente muerte a mansalva y sin ninguna tolerancia sino que se creó un aparato “racional” de aniquilamiento que

permitiera mayores resultado eficaces, los cuales pudieran destruir cualquier tipo de manifestación religiosa que no fuera la que se pregonaba desde El Vaticano (estos métodos pueden ser comparables a los utilizados por los nazis durante en La Segunda Guerra Mundial, quienes para que se pudieran concretar el mayor número de asesinatos y matanzas, recurrieron a una serie de mecanismo basados en la ciencia que les permitiera ser más eficientes y así lograr sus objetivos. Esto es lo que Horkheimer y Adorno han denominado como “la razón instrumental” en su importante libro *Dialéctica de la Ilustración*). Y ahora en el caso de Sócrates es de suma importancia, porque en ningún momento escapó a las imposiciones decididas por las autoridades, tal como lo hemos señalado. Él era consciente de la importancia de aceptar las normas, por más que éstas no fueran justas, sino injustas. Esa forma de ver la organización de la vida en sociedad hizo de él uno de los primeros pensadores éticos del mundo, puesto que su valentía se resumía en una ética, es decir, la capacidad de tener conciencia cuando se vive en un Estado regido por leyes que son aplicables a todos y que fueron impuestas, aunque son ejecutadas por un capricho de los jueces, ya que estos no pudieron responder a una serie de interrogantes que les hizo el propio Sócrates en el juicio que se le inició (cfr. Apología a Sócrates, de Platón).

Se podría decir que se le calló más por sus ideas que por sus conductas. Era un hombre que pensaba muy diferente a los demás y que, de alguna u otra forma, impartía el conocimiento por medio de su pensamiento. La condena se justificaba, y no podía ser de otra forma. Las normas sociales y las creencias de ese entonces lo exigían. Pero con la muerte de Sócrates no se cambiarían los errores en los que se podían incurrir después de su fenecimiento. ¿Cuáles serían las discusiones que se hubieran desencadenado si es que se le hubiera dejado con vida? Habrían ayudado al progreso de las concepciones y el mejoramiento de las formas de vida, porque es necesario respetar las ideas de los demás para poder generar un progreso dialéctico de los discursos que conciernen a los habitantes de cualquier sociedad. Esta concepción de que la libertad de expresión sirve, necesariamente, para el progreso de la sociedad, pertenece a una visión del Siglo XVIII propugnada por el pensador liberal Mill (1984) en su libro *Sobre la libertad* en el cual nos dice:

Un estado de cosas en el cual una gran parte de los entendimientos más activos e investigadores consideran prudentes dejar encerrados en su pecho los principios generales y los fundamentos de sus convicciones, y cuando se dirigen al público procuran amoldar todo lo posible sus conclusiones a premisas que interiormente repudian no puede producir esos caracteres francos y despreocupados ni esas inteligencias lógicas y conscientes que adornaron en tiempos el mundo del pensamiento. La especie de hombre que en él producirán serán, o meros repetidores del lugar común o servidores circunstanciales de la verdad, cuyos argumentos sobre todos los grandes problemas están hecho a la medida de sus oyentes, sin ser los que ellos mismos les han convencido. Los hombre que evitan esta alternativa lo consiguen circunscribiendo sus pensamiento y su interés de las cosas de las que se puede hablar sin aventurarse en la región de los principio, es decir, en materias prácticas de escasa importancia, la cuales se arreglarían por sí mismas en cuanto el entendimiento humano se fortaleciera y extendiera, y sin que puedan serlo efectivamente hasta entonces, en tanto que queda abandonado lo que habrá de producir ese fortalecimiento y extensión, a saber: la especulación libre y audaz sobre los problemas más elevados (p. 66).

Como bien lo señala Mill, el impedimento de las manifestaciones propias de dentro de la sociedad genera gentes monocordes y repetidores de “lugares comunes”, gentes que no tiene la capacidad de criticar, de decidir por sus propias fuentes el designio de su vida o de trata de buscar una mejor vida, puesto que ya tenían todas las respuestas a las preguntas de la vida, tenían las ideas fundamentales, que debían oír, para vivir. Esa incapacidad para poder manifestar sus principios hace que se envilezca la valía de los moradores de la ciudad. Sin embargo, cada discurso tiene su época y su protección, por ese motivo, es que, durante la época de Sócrates, el único discurso defendido era el que se encontraba vinculado a las finalidades religiosas u otras que tenían que ver con las actividades propias sociedad ateniense. No obstante, es muy sabido que a los disidentes no se les permitía rebatir estas posiciones, lo que a todas luces resultaba un problema y una injusticia, puesto que al no poder contrarrestar esas imposiciones, que resultaban arbitrarias, se detenía el carácter dialéctico de los discursos, es decir, se detenía el intercambio de los pareceres y de las opiniones, sin poder tomar en cuenta si eran buena o malas. De opinión contraria son los pensadores modernos como el inglés Mill (1984), quien era partidario de que la libertad de expresión sirve para tratar de que se declare la falsedad de las que lo son y la veracidad de las que no lo son. Permitir la confrontación

de las ideas es fundamental para declarar la obsolescencia de una idea o su caducidad.

El hombre es capaz de rectificar sus equivocaciones por medio de la discusión y la experiencia. No sólo por la experiencia es necesaria la discusión para mostrar cómo debe ser interpretada la experiencia. Las opiniones y las costumbres falsas ceden gradualmente ante los hechos y los argumentos; pero para que los hechos y los argumentos produzcan algún efecto sobre los espíritus es necesario que se expongan. (p. 51)

Con esto se busca que las opiniones tengan una función social e histórica, puesto que no se trata solamente de garantizar que una persona diga lo que piensa, sino que una persona o un grupo de personas -que deciden expresarse- lo hagan con una finalidad social: que es la del debate y la discusión de pareceres sobre diferentes problemas sociales. La libertad de expresión se encuentra vinculada al progreso social, porque no se puede permitir que haya injusticia, y no se reclame su abolición, si a las personas que tratan de reclamar para que se haga el cambio son suprimidas. Si se ha logrado los cambios requeridos dentro de las sociedades continentales, o sea europeas, es porque se ha permitido la exposición de las nuevas ideas sobre los hechos que observaban, de esta manera se permitió que se pueda entender mejor los problemas que se avecinaban y las dificultades que habría que afrontar. Si es que no se hubiera permitido la exposición de ideas de personas como Lutero o Calvino lo más probable es que no se habría logrado que la libertad de conciencia y de religión se consolidase. Entonces, la visión individualista de la libertad de expresión fue superada por una colectiva, que abarcara un vínculo social, es decir, que las ideas deben ser escuchadas, la exposición de ideas que difieren de muchas o que tratan de rebatir argumentos expuestos por alguna autoridad o persona. Las ideas, que pertenecen al lenguaje, deben tener un receptor si no, simplemente, no tendrían sentido. Las ideas que se canalizan por las expresiones siempre deben buscar un oyente, destinatario. Por esta razón, es necesario que todas las ideas sean expuestas y escuchadas por medios adecuados que permitan su difusión, que permitan que se expresen con soltura y sin ataduras ni apremios. Gargarella (2011) resume así el pensamiento del pensador inglés de la siguiente forma:

La idea de Stuart Mill, según la cual nunca es bueno suprimir ninguna opinión. Ello, ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera lo cual torna imprescindible el conocimiento de la misma, ya sea porque ésta es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento, o ya sea porque es falsa, dado que la crítica

a la misma nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir de prejuicio o falta de cuestionamientos (p. 32)

Esta idea del pensador Mill ha influido notablemente en las decisiones de las Cortes a nivel mundial, en especial, en la Corte Suprema de los Estados Unidos (Gargarella, 2011), la cual en el caso “U.S. v. Abrams” en la apreciación disidente del Juez Holmes dice: “el mejor test de la verdad [de la opinión] es el poder que tiene para ser aceptada en una competencia en el mercado” (U.S v. Abrams, 1919). Gargarella (2011), quien comenta esta opinión discordante del Juez Holmes, dice lo siguiente: “Holmes consideró, como Mill, que el sistema de censura de opiniones debería ser remplazado por otro opuesto, que permitiera que las distintas ideas se contrapusieran unas con otras: la idea triunfante sería, entonces, aquella capaz de salir airoso de esa competencia, y no aquella inmunizada frente a las críticas” (p. 33). Esa visión del Juez Holmes, basado en los postulados del pensador Mill, ha permitido que la democracia avance y pueda consolidarse, ya que la visión de la actual democracia funciona con esta perspectiva, es decir, que opera con la permisión de que todas las opiniones deben ser escuchadas y no censuradas ni abolidas, por más que sean falsas, puesto que ellas permiten el conocimiento y la mejor selección de las ideas que permitan el progreso y desarrollo. La idea que mejor se someta a todas las críticas será aquella que triunfe y, por lo tanto, la que mejores resultados dé para el programa político que se ella se desprenderá. De igual manera, hemos dicho que las opiniones deben aceptarse así sean falsa *per se*, así lo que se diga sea una tontería, ya que al escucharla se debe declarar su estulticia, su equivocación o yerro, y con eso se logrará superarla, para que no vuelva a ser expuesta<sup>‡</sup>.

Volviendo al tema del progreso de la libertad de expresión en época antigua. Las opiniones de los particulares se fueron oponiendo por un carácter necesario. Es decir, por una inexorabilidad social y natural. Pues no sería válido suponer que el hombre debía quedarse con su opinión para el mismo como confirmación de su libertad de pensamiento, sino que se podría decir que existe un ejercicio pleno de la libertad de expresión cuando esta se manifiesta. De aquí su carácter natural, pero con el

---

<sup>‡</sup> Algo de eso está ocurriendo es estos días cuando hay gente en Alemania que se opone a que se vuelva a editar la obra de Hitler, *Mi lucha*, puesto que podría soliviantar a las masas y hacer que vuelva a repetirse los actos de violencia que se vivieron en los años cuarenta del siglo pasado, donde se llevó a destruir y a programar un plan de aniquilamiento masivo del pueblo judío. Sin embargo, existen un grupo de personas que no se oponen a la publicación del libro, sino que son de la opinión de que al tener el pueblo la libertad de leerlo, o sea el libro de Hitler, se darán cuenta del racismo y las necedades que eran expuestas por él.

reconocimiento a expresar lo pensado se justifica la dimensión social, ya que ¿es posible imaginarse a una persona solamente

Ahora, existen dos teorías que tratan de explicar la función de la libertad de expresión dentro de la sociedad, las cuales son la teoría libertaria de la libertad de expresión y, por otro lado, la teoría democrática.

### **3.1.1 Teoría Libertaria de la libertad de expresión**

La libertad de expresión ha tenido diferentes procesos de perfeccionamiento. Uno de los más importantes fue el reconocimiento como derecho moral, o sea, como condición natural, sustentada en la razón, que permitía a los hombres a poder decir lo que pensaba.

Uno de los pensadores que más se interesó por el desarrollo de la individualidad del hombre, para poder protegerse de la prohibiciones y censuras del poder estatal, fue John Stuart Mill (1984), quien en su libro *Sobre la libertad* expuso una teoría que con el tiempo ha ido recibiendo el nombre de teoría libertaria de la libertad de expresión. Para él, la libertad de expresión es una condición natural e innata del hombre, puesto que ayuda a que él pueda concretar su existencia. El valor de la libertad de expresión es *per se*, esto quiere decir, que es un fin en sí misma, que no sirve como un medio, sino que en su propia exposición es ella la encargada de resaltar la naturaleza del hombre, encarna a la naturaleza individual del ser humano. Si esta condición no es reconocida, se vulnera su integridad moral. Esta integridad, entonces, se complementa con este reconocimiento. Por esta razón, es muy importante que el Estado o el gobierno -que se hace cargo de él- no obligue a que se ejerza de determinada forma este derecho, que no intervenga en sus vidas, o sea, que no interfiera en sus decisiones personales ni mucho menos que les diga que pensar y prohibir que se informe de tal o cual modo. Por lo tanto, este derecho a la libertad de expresión actúa como una esfera de protección que permitirá al hombre desenvolverse adecuadamente en la sociedad.

Sin embargo, este reconocimiento es sólo negativo, es decir, que solamente tiene un carácter de no intervención, de abstención. Esto quiere decir que el Estado solamente no debe entrometerse en las consideraciones personales ni en la vida las personas,

que conforman a la sociedad. El Estado no tiene ninguna legitimidad para poder ejercer su poder sobre los ciudadanos y, de esta forma, imponerle condiciones al ejercicio de dicha libertad. Cualquier imposición es muy perjudicial. Esta idea es fundamental en Mill (1984), empero, tiene -como casi todo- una excepción por la que sí se permite al Estado que interfiera en la vida del individuo: es para evitar que haga daño a lo demás o para que se le persuada de apoyar a los otros ciudadanos cuando éstos se encuentran en peligro o para que realice alguna acción en beneficio de la sociedad. Con el tiempo, esto se ha denominado como la visión utilitarista de la política, de la vida en sociedad. Al respecto, Mill (1984) señala:

No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en el cual estas libertades no estén respetadas en su totalidad; y ninguna es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas. La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, se física, mental o espiritual. La humanidad sale más beneficiada consintiendo a cada cual a vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás. (p. 41)

Una sociedad es libre cuando se respetan las libertades que son constitutivas del individuo, o sea, que ayudan a determinar su existencia, que ayudan a que él pueda concretar su existencia sin ataduras ni impedimentos. Una de las libertades mencionada, de forma implícita, es la libertad de expresión, la cual se manifiesta dentro de la propia humanidad del hombre. Por esa razón, su reconocimiento es fundamental para lograr su propio bienestar, su propia felicidad y desarrollo. Al mismo tiempo que se debe respetar las libertades de los ciudadanos, se deben crear garantías para su efectivo ejercicio, es decir, que deben expedirse normas que permitan que su ejercicio sea adecuado y no haya el peligro o la amenaza de que no puedan ser ejercidos.

Como dijimos, la libertad no puede ser alterada bajo ningún criterio. No se puede suprimir con consejos de salud “física y mental”, ya que ellas pueden constituir como razones para el bienestar de las personas a quienes se encuentra dirigida las recomendaciones, pero no como obligaciones legítimas para que viva como desean los demás. Como dice Mill (1984): “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (p. 38). En su individualidad más absoluta, es decir, la que

le fue conferida por la naturaleza, o Dios, el hombre puede hacer lo que mejor le parezca. Y este es el principio que pregona y defiende Mill (1984), puesto que gracia a él se puede lograr los mejores resultados dentro de la vida social, gracias a él se puede concretar el bienestar general que ayudan a los demás.

La mayoría de intérpretes de la obra de Mill (1984) han llegado a la conclusión de que su pensamiento se circunscribe al carácter liberal primigenio, o sea, de que no debe haber una intromisión del Estado en la vida de los ciudadanos. Sin embargo, si uno lee algunos párrafos de la obra citada, llegará a la conclusión de que hay muchos puntos referentes a la idea social de la libertad de expresión o al menos se puede deducir que su pensamiento, sobre la libertad de expresión, no se agota en una visión individual del ciudadano, sino que abarca una función social. La más importante la hemos señalado cuando mencionamos el caso de la Corte de los Estados Unidos, en especial, en la opinión del destacado juez Holmes cuando dijo que el debate político, dentro de cualquier sociedad, se debe hacer con mayor cobertura de ideas, sin exceptuar a ninguna, ya que es manifestación de que el debate es sólido y se puede valer de muchas ideas para llegar a una conclusión loable. Este pensamiento está impregnado de las ideas expuesta por Mill (1984). Él dice, en uno de los acápites de su libro *Sobre la libertad*, que ninguna opinión puede ser suprimida bajo ninguna circunstancia, porque

[e]n primer lugar la opinión que se intenta suprimir por la autoridad puede ser verdadera. Aquellos que sean suprimidas niegan, naturalmente, su verdad; pero no son infalibles. No tienen autoridad para decidir la cuestión para todo el género humano, privando de los medios de juzgar respecto de ella, a todos los demás. Negarse a oír una opinión, porque se está seguro de que es falsa, equivale a afirmar que la verdad que se posee es la verdad *absoluta*. Toda negativa a una discusión implica una presunción de infalibilidad. Su condena puede basarse sobre este común argumento, que por ser común no es el peor. (p. 47)

Entonces no se puede suprimir ninguna de las opiniones, *prima facie*, ya que es un atentado contra la sociedad, puesto que se le priva de conocerla, porque si se hace éso, se supondría que la verdad que se posee es de mayor importancia o que es infalible, es decir, que las autoridades poseen una “verdad oficial”, “absoluta”. La opinión que se quiere suprimir podría ayudar al progreso de la sociedad o, al ser falsa, puede prevenir de sus consecuencias negativas o perjudiciales. De esa forma, se

evitaría caer en un nuevo error que dañaría a la sociedad. Por consiguiente, bajo ningún criterio se puede impedir el conocimiento de ella. Las opiniones deben ser sometidas a la evaluación por parte de los ciudadanos. Evaluación que solamente es posible si ellas son expuestas. Por lo tanto, siguiendo con el pensamiento de Mill (1984), la libertad de expresión no puede ser suprimida bajo ninguna circunstancia.

Una de las consecuencias más notorias de la imposición de esta teoría en los distintos ordenamientos jurídicos se encuentra en la prohibición de la censura previa. El parecer de Mill (1984) es que ninguna opinión puede ser suprimida bajo ningún argumento, es decir, que el hecho de que cualquier opinión es importante oírla o leerla, esto asegura que su difusión no sea perjudicada por ninguna prohibición o censura previa. Como dijimos, es necesario que las opiniones sean expuestas para decretar su veracidad o falsedad, por consiguiente, conforme a un criterio que se encuentra en la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión, la veracidad, el perjuicio, la oportunidad o la imparcialidad de la información o de la opinión que se difunde no es argumento para que se le censure previamente, lo cual permite que se emita cualquier información, pero con la posibilidad de que se determine las responsabilidades posteriores fundadas en el honor, el orden público o la moral.

### **3.1.2 Protección Irrestricada de la libertad de expresión**

La idea pregonada por la teoría libertaria de la libertad de expresión es que ella no puede ser prohibida por nada. Es un valor absoluto. La razón fundamental, y que la señalamos líneas arriba, es que no se puede privar a las personas de que digan lo que piensan, lo que sienten, puesto que, si se hace eso, lo que se logra es perjudicar el desenvolvimiento social, es decir, que se afecta la dinámica social; porque escuchar a los demás es parte de las relaciones sociales. La comunicación dentro de la sociedad es medular para organizarla, para que se pueda garantizar que a los integrantes de ella se encuentran protegidos. Sin una comunicación, y siguiendo solamente los discursos que se encuentran permitidos, no es posible el desenvolvimiento de la política ni de la dinámica colectiva. Por esta razón, es sustancial resguardar su ejercicio, evitando que haya prohibiciones que la afecten.

### **3.1.3 Teoría democrática de la libertad de expresión**

Este aspecto de la libertad de expresión es reciente, ya que se ubica dentro de las sociedades modernas democráticas, además, tiene un matiz más social de la libertad de expresión. Ya no se busca que se respete la individualidad de las personas para que éstas puedan decir lo que mejor les parezca, sino que se trata de ver bajo qué condiciones el ejercicio de la libertad de expresión se encuentra garantizada y es protegida con mayor efectividad, puesto que de ella va a depender que la democracia logre sus finalidades y puede ser útil para los ciudadanos, es decir, como proceso de consolidación de las funciones estatales por medio del voto universal.

El profesor Fiss (1999) ha dicho que esta forma de ver la libertad de expresión tiene mayor repercusión, porque permite que se pueda responder muchas cuestiones referentes a por qué motivo proteger ciertos discursos sobre otros o qué hace deban existir instituciones, no sólo estatales, que protejan la libertad de expresión y que su misión sea que informen adecuadamente a la ciudadanía para que el ejercicio de la libertad de expresión no se encuentre afectada. Todo esto es conforme a lo que dice el profesor Fiss (1999), se concreta con la nueva visión que tiene la libertad de expresión, es decir, la denominada teoría democrática de la libertad de expresión. Esta teoría parte de la idea de que la libertad de expresión es fundacional del sistema democrático. La libertad de expresión es determinante para que la democracia pueda existir. Por lo que sin la libertad de expresión es imposible que se consolide la democracia, en consecuencia, la libertad de expresión sería un derecho estructural de ella, por ende, la libertad de expresión se encuentra en la misma categoría de los derechos que son connaturales a la democracia, esto es: el derecho de asociación y el derecho a elegir y ser elegido, etc. Todos ellos son necesarios para la consolidación de la democracia, puesto que, si ella no habría, no se establecería la democracia.

Ahora, ¿qué hace que la libertad de expresión sea tan importante para la democracia? La libertad de expresión es el medio del cual se valen los ciudadanos para hacer saber a los gobernantes de la situación en la que se encuentra. Sirve como mecanismo para denunciar cualquier tipo de problema que exista dentro de la esfera pública; como medio para que se pueda celebrar marchas en favor de los derechos que se encuentran vulnerados; como medio para el perfeccionamiento del debate público y la consolidación de la opinión pública.

### **3.1.4 Función social de la libertad de expresión**

Si la libertad de expresión es vista como un mecanismo que permite la elección de los gobernantes, si sirve como expresión del principio de soberanía popular, su función dentro de la sociedad es principalísima, ya que es parte constitutiva del desenvolvimiento democrático, gracias a ella se desarrolla todo el proceso democrático que permite la participación ciudadana. La ciudadanía encuentra en ella el medio para poder manifestar sus decisiones colectivas, puesto que, existen personas o grupos de personas que se encuentran desvaloradas y excluidas, por lo que requieren de ella para que pueden hacer valer sus demandas sociales; solamente de esa forma el Estado puede escucharlos y legislar a su favor. Tales son los casos de los afroamericanos en Estados Unidos y de las mujeres para conseguir el voto femenino. Por esta razón, su función social es evidente en toda democracia, ya que - como lo dijimos- la libertad de expresión es una parte constitutiva de democracia.

### **3.1.5 Información veraz y transparente**

Uno de los requisitos de la función democrática de la libertad de expresión es que para que la libertad de expresión de las personas, que constituyen una determinada realidad social, es necesario -primero- que se pueda acceder a una información veraz y transparente. Esto quiere decir: que se debe establecer todas las condiciones necesarias para que la información que se vierte en los medios de comunicación no se encuentre contraminados por intereses particulares o que benefician a un solo grupo social. El acceso a ella debe ser con la mayor veracidad posible para que la información que consumen no sea falsa y cree una percepción errada de la realidad. Una democracia, para que pueda ser dinámica y funcional, necesita de medios de comunicación probos y objetivos. Tal vez no imparciales, ya que cada uno defiende una línea política definida o su identidad política se encuentra delimitada, pero eso no permite, o da carta abierta, para que los medios escritos de comunicación puedan hacer lo que les venga en gana, es decir, informar sin remitirse a los hechos, como les parezca. Cada uno de los medios de comunicación, que participan dentro de la sociedad democrática, deben ser objetivos a la hora de informar, puesto que de esa manera se garantiza que el ejercicio de la libertad de expresión de los ciudadanos no sea afectado por una falsa comunicación que genera ignorancia y manipulación. Más aún, cuando las noticias se encuentran muy relacionadas a los candidatos o los

proyectos y propuestas que éstos presentan a la comunidad dentro de las elecciones democráticas, porque ya lo dijo Owen Fiss (1999):

Para ejercer esta prerrogativa soberana, los ciudadanos dependen de determinadas instituciones para que les informen acerca de las posiciones de los diversos candidatos a ocupar los cargos públicos, y para que analicen y evalúen las políticas y prácticas de gobierno. En las sociedades modernas, la prensa organizada, incluida la televisión, es quizás la principal institución que desempeña este cometido, y para poder cumplir con estas responsabilidades democráticas, necesita un cierto grado de autonomía respecto del Estado (p.71).

Como se puede observar, el profesor Fiss le da la categoría de institución a los medios de comunicación y para él la función que cumplen es fundacional de la opinión pública, de la idea que tienen los ciudadanos de los candidatos que se presentan a ocupar los cargos gubernamentales. Por esa razón, la veracidad en la información es necesaria para la vida en democracia.

### **3.1.6 Principio de pluralidad informativa**

Uno de los requisitos fundamentales para que se pueda comprender la función de la información en las sociedades democrática es la denominada pluralidad informativa. Este principio se encarga de regir la tolerancia de los puntos de vista sobre algún hecho o acontecimiento. Como dijimos, la democracia necesita de garantías para que pueda ser adecuada y sólida. En este caso, necesita de la pluralidad informativa que le permite que sean diferentes los canales por los cuales se expanda la información. En otras palabras, lo que se busca es que los medios sean diversos e informen de forma plural los acontecimientos de interés nacional. Porque no se puede permitir que uno solo sea el proveedor de la información dentro de la sociedad. La necesidad de que se garantice la pluralidad de los medios obedece a la naturaleza misma de la información, es decir, que para que su apreciación se objetiva es necesario que se aprecie desde distintos puntos de vista que traten de dilucidar la noticia o información. Si solamente se confía a una empresa que informe sobre los hechos, llegaremos a una visión unitaria de lo acontecido, por ende, se pone en peligro intereses de otros sectores que puede ser desprotegidos al obviarse informar sobre lo que ellos padecen. En conclusión, dentro de una democracia, es necesario, muy necesario, el mantenimiento de la diversidad informativa o, en lo posible, respetar este principio.

### **3.1.7 Principio de autonomía de la información**

Otra de las exigencias mínimas para que se pueda concretar un sistema democrático en lo que respecta a los medios de comunicación escritos es que el periodista ejerza su libertad de expresión sin presiones, es decir, sin imposiciones que afecten la autonomía de lo que está expresando o informando. Esto se relaciona con la actividad individual que realiza el periodista que se encarga de informar. La autonomía en cuanto a la producción de la información es fundamental para que la veracidad de la información sea adecuada y válida y pueda ser aprovechada por la sociedad. Las empresas que se dedican a la información, a la difusión de ella, deben ser independientes en la elaboración de las noticias y opiniones que se vierten en los diferentes medios.

### **3.2 La libertad de expresión vista por el Tribunal Constitucional Peruano**

Primero es necesario recordar que el reconocimiento normativo de la libertad de expresión se encuentra regulado en nuestra Constitución Política. El art. 2 de la Carta Magna

Nuestro Tribunal Constitucional se ha caracterizado por ser uno de los mayores propulsores de la protección de los derechos constitucionales, o sea, que su visión liberal ha hecho que se le tome como un Tribunal *pro homine*. El criterio *pro homine* sirve para que se pueda interpretar las normas de la siguiente forma, o sea: que cuando se tenga que restringir un derecho se haga lo menos posible o, en muchas ocasiones, se recurra a la norma menos gravosa y cuando se trate de beneficiarle sea en el mayor grado posible, esto es, que el derecho sea extendido para el mayor ámbito de ejercicio posible.

Sin embargo, es necesario hacer una aclaración preliminar que, en materia de libertad de expresión, de su desarrollo y sus alcances, el Tribunal Constitucional no ha cumplido en dar una visión orgánica de ella, como sí lo ha hecho la CIDH. Las sentencias que se han emitido respecto a este derecho son, según Huerta (2010): “dos (2) emitidas en procesos de inconstitucionalidad, cinco (5) en procesos de amparo y dos (2) en procesos de hábeas corpus.” Lo cual demuestra la indigencia en lo concerniente al progreso de desarrollo jurisprudencia en materia de libertad de expresión. Ahora, si a esto le agregamos que estas sentencias han sido diversas, en

muchos sentidos, llegaremos a la conclusión de que no se puede hablar de una tendencia jurisprudencial, donde se pueda predecir las decisiones del TC, respecto a la libertad de expresión (Huerta, 2010).

### **3.3 La Libertad de Expresión vista por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha caracterizado por ser uno de los que mayores mecanismos que posee la libertad de expresión para su protección. Los documentos que conforman el cuerpo normativo del sistema es uno de los más completos. Incluso existen informes que son expedidos anualmente para la información sobre el estado en el que se encuentra la protección de la libertad de expresión hasta una relatoría *ad hoc* para la protección y la garantía del ejercicio de la libertad de expresión.

Ahora, respecto a la información que sobre la libertad de expresión se ha desarrollado un cúmulo estimable de información o un desarrollo adecuado que ha tratado de analizar todas las dimensiones del derecho a la libertad de expresión. A diferencia de nuestro TC, la CIDH ha buscado establecer jurisprudencia muy variada y rica sobre la libertad de expresión.

En esta parte vamos a ver casi todo el desarrollo jurisprudencial que sobre el tema (la libertad de expresión) tiene la CIDH: enfatizando en los estándares que ella ha establecido para su correcta protección y ejercicio.

El art. 13 de la Convención Americana de Derecho Humanos (en adelante la Convención) regula la libertad de expresión. Según esta prescripción, la libertad de expresión contiene dos derechos: el derecho a buscar y recibir información de cualquier índole y el derecho a difundir dicha información por cualquier medio posible ya sea escrito, medio audiovisual, etc. El contenido expreso que posee este artículo es el siguiente: 1.- “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o de forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” 2.- “El ejercicio del derecho previsto en el inciso

precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.” 3.- “No se puede restringir el derecho a la libertad 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 cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación de ideas y opiniones.”

El contenido de los derechos regulados en la Convención ha venido de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte). Ella se ha encargado de darle un significado a cada uno de los derechos que se encuentran en la Convención. Por ejemplo, uno de las determinaciones más importantes que ha dado la jurisprudencia en materia de libertad de expresión es lo referido su ejercicio, lo concerniente a quienes serían los que se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Esto se estableció en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* en el cual la Corte entendió que la libertad de expresión no puede circunscribir su ejercicio a una sola profesión o un grupo determinado de personas, sino que el criterio de protección es más amplio y abarca a todo ser humano. O sea, que la libertad de expresión es un derecho que pertenece a cualquier persona, entonces, el titular es cualquiera y no hay restricción a su ejercicio, salvo los casos o supuestos establecidos por la misma Corte. Por lo que, en este caso, la Corte ha tomado el punto de vista individualista de la libertad de expresión, es decir, que ella constituye un elemento esencial en la formación de la integridad moral del hombre en general. Todo esto se colige de la primera parte del art. 13 de la Convención, el cual empieza prescribiendo que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. Por lo tanto, el ejercicio de este derecho no se puede otorgar, exclusivamente, bajo ningún supuesto, a algunas personas o profesiones.

### **3.3.1 Dimensión colectiva e individual de la libertad de expresión**

Para el correcto funcionamiento de estos derechos, la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) determinó criterios que puedan coadyuvar a comprender su

cumplimiento y observar su eficiencia. Uno de los criterios fue determinar las dimensiones tanto colectiva como individual de la libertad de expresión. Como lo dijo la propia Corte, a la primera le incumbe la libertad de buscar y recibir información, por lo que se incluiría, también, a la capacidad de procesar dicha información, de entenderla, o sea, que cuando uno busca una información o la recibe es necesario que la procese de tal forma que obtenga de ella lo que realmente se quiera. Por eso dentro de esta dimensión de la libertad de expresión se encontraría la libertad de pensamiento y de opinión sobre alguna determina circunstancia o suceso o dato, etc.; mientras que en el segundo supuesto se encontraría la libertad de difundir información. Esta dimensión colectiva se relaciona con la función social que cumple la libertad de expresión que es justamente la de poder intercambiar información con las demás personas. Solamente de esta forma la es posible concebir. Por este motivo, su vertiente social se encuentra justificada.

### **3.3.2 Funciones de la libertad de expresión**

La CIDH ha establecido que la libertad de expresión cumple tres funciones especiales: una función individual, una función democrática y una función complementaria, de medio para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. La primera función cumple una exigencia netamente individual, es decir, que debe satisfacer las necesidades propias del hombre respecto a lo que espera de sí, o sea, que la libertad de expresión es una de las manifestaciones más genuinas de su vida, de su integridad moral e intelectual. Garantizando a la libertad de expresión, se protege una de las funciones más innatas en el ser humana que es la capacidad de expresar lo pensado. La libertad de expresión es una de las posesiones más principalísimas del ser humano, ya que le permite, por medio de ella, elegir la vida que desea llevar y poder manifestar en qué sociedad desea desarrollarse como tal. Estas características se encuentran, como ya lo vimos, en la idea individualista de la libertad de expresión.

En cuanto a la función democrática de la libertad de expresión, la CIDH ha recogido la idea de que la libertad de expresión es el mecanismo más importante para el establecimiento de la democracia y su funcionamiento. Es decir, que la libertad de expresión ingresa en los derechos constitutivos de la democracia al igual que el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido. Estos derechos son fundamentales e importantes para que se pueda concretar la democracia; sin ellos no

se lograría su funcionamiento ni su dinámica, puesto que se suprime el debate político para que los ciudadanos conozcan las propuestas de los políticos que desean ingresar a la administración pública, no se podría garantizar los derechos ni las ventajas que derivan de la democracia y del conocimiento de las propuestas hechas por los candidatos que quieren ocupar los cargos públicos. Esta función es más social, más colectiva que individual. Mientras que, en la primera función de la libertad de expresión, tal como la hemos visto, lo que se busca es que el Estado la reconozca como tal, o sea, que no interfiera para su ejercicio; en esta visión democrática se busca que el Estado pueda servir como un medio para el correcto ejercicio de ella, ya que es muy importante que él intervenga para garantizar los medios de comunicación necesarios para la formación de una opinión pública sólida, en otras palabras, lo que se trata de solventar es que los medios de comunicación que tienen toda la información respecto a los candidatos o a las autoridades lo hagan de la forma más veraz y correcta posible, garantizando que los ciudadanos se puedan informar correctamente y, de esa forma, las elecciones y decisiones se hagan de forma informada y consciente. Todo esto fue plasmado en la Opinión Consultiva 05/85, el cual, en su párrafo 70, dice lo siguiente:

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 libre.

Como se puede observar, esta cita engloba muy bien la importancia de la libertad de expresión para que se pueda establecer el proceso democrático, dentro de la sociedad, vale decir, que el sustento de la democracia radica en la protección de la libertad de expresión. Así mismo, enfatiza en el carácter informativo que ella cumple. La libertad de expresión permite que se pueda comunicar sobre tantos puntos de vista, sobre ideas, sobre pensamientos y pareceres que ayudan a aumentar el desarrollo de la sociedad. De igual manera, es una condición indispensable para que la población pueda desarrollarse y lograr estar más informada, de esta forma, ejercer

su derecho de información y a la vez el derecho a la crítica, la cual es fundamental para poder garantizar la dinámica

La tercera función que le corresponde al derecho a la libertad de expresión es un corolario de la segunda función. O sea, que la libertad de expresión, al tener una función social dentro de la democracia, sirve para que se pueda evitar la vulneración de otros derechos de suma importancia. La exigencia a que se respete los otros derechos individuales tiene a la libertad de expresión a uno de los mecanismos más eficaces contra la vulneración de ellos. La libertad de expresión se encarga de proteger los derechos del hombre, porque ella tiene la facultad de exigir que no se les vulnere, de reclamar ante cualquier abuso e imposición arbitraria. Por esta razón, la libertad de expresión es muy importante. Esta última función es una de las razones por la cual la libertad de expresión es protegida con ahínco dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, o sea, que es la razón para que se le designe una relatoría *ad hoc* para su protección.

### **3.3.3 Contenido del derecho a la libertad de expresión**

Otros de los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el haber establecido el contenido del derecho a la libertad de expresión, cuáles son sus alcances como derecho y qué es lo que realmente protege.

La libertad de expresión tiene múltiples facetas, por lo que su delimitación, como derecho, es imprescindible para saber ante qué situaciones nos encontramos con la vulneración de este derecho.

La primera manifestación de la libertad de expresión es el derecho a hablar lo que se piensa. Este derecho engloba, también, el derecho a utilizar un determinado idioma para poder expresar las ideas y formas de vida que uno tiene respecto a su vida y a como concibe el mundo. Esto último se vio plasmado en el *Caso López Álvarez vs. Honduras* en el cual se había perjudicado al justiciable cuando se le prohibió usar su lengua natural dentro de un centro penitenciario. A lo que la Corte dijo:

El artículo 13.1 consagra expresamente la libertad de difundir oralmente la información. La Corte considera que uno de los pilares de la libertad de expresión es

precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas 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

Entonces, la libertad de hablar se encuentra indisolublemente unida a la libertad de hablar en el idioma que uno desea, lo que hace muy necesaria la protección de los dos derechos, ya que, si no se hace, se genera perjuicio a cualquiera de los dos.

Otro de los derechos que se encuentran comprendidos, en el derecho a la libertad de expresión, es el derecho a manifestar las ideas y formas de vida por medio de la escritura. Es en la escritura donde se puede plasmar de forma más perpetua las ideas y los pareceres que uno tiene respecto a muchas cosas, por lo que su protección es necesaria si se quiere garantizar el ejercicio pleno de la libertad de expresión. Este derecho ha tratado de proteger a quienes se pueden encontrar afectados por las censuras de los libros que desean publicar sobre algún aspecto particular de la vida. Como se había señalado, la CIDH ha distinguido en las dos dimensiones de la libertad de expresión, es decir, que hay una parte individual y una colectiva. Por lo que la libertad de expresión debe preocuparse por que tanto el derecho a manifestar las ideas, por medio de la palabra hablada, como escrita, deben garantizarse. O sea, que existe un derecho a que la persona manifieste por escrito o por lengua oral lo que piensa y desea, lo que es parte de su forma de entender la vida o el mundo, en sus diversas manifestaciones, es decir, en canciones, en poemas, en libros literarios: novelas, ensayos, estudios históricos, etc. Para esto la Corte ha establecido que además las personas tienen el derecho a elegir los medios que desean para la difusión de las ideas y los pensamientos que poseen. No se les puede privar, bajo ningún argumento, salvo lo que se encuentra establecido en el artículo 13 de la Convención; la difusión de las ideas de forma directa o indirecta. Tal como se ha establecido en el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*:

Para que el Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho de pensamiento y de expresión del señor Palamara Iribarne no bastaba con que se permitiera escribir sus ideas u opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no

restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir información

Por lo tanto, el Estado se encuentra en la obligación que no se prohíba la difusión de ideas de forma directa, o sea, por medio de imposiciones reglamentarias (como el caso de la obligación de colegiatura a los periodistas en Costa Rica, conforme a lo que se dijo en la Opinión Consultiva 05/85) o, de forma indirecta, dejando que se establezcan monopolios en las empresas editoras, las cuales controlan la edición de los libros que a ellos no más le interesan, o los medios por donde las personas manifestarían sus ideas y pensamientos, sin la existencia de un pluralismos. Entonces los medios de comunicación cumplen una función muy importante en la difusión de las ideas, en la concreción de que es necesario que se establezcan garantías para que las ideas, que se encuentran plasmadas de forma escrita, encuentren los medios adecuados para poder ser expuestas y conocidas por los demás.

Ahora, como uno de las más importantes funciones de la libertad de expresión, y que se encuentra regulado en el artículo 13 de la Convención, se tiene a la libertad de información como una de las funciones que se derivan de la libertad de expresión, o sea, que las personas poseen el derecho a informarse de forma veraz y plural. De esa forma, se permite que la dinámica de la democracia sea más factible porque es necesario que se obtenga una información veraz e imparcial para que el ciudadano pueda tener una verdadera visión del mundo, es decir, sepa lo que está pasando en su país, con sus autoridades, y en el mundo.

### **3.3.4 Discursos de la libertad de expresión que se encuentran protegidos por la CIDH**

Uno de los aportes más importantes que ha dado la CIDH tiene que ver con la protección de ciertos discursos. Uno de los más importantes se relaciona con los discursos políticos. Esto se encuentra muy vinculado a la visión democrática de la libertad de expresión, vale decir, que es necesario que se proteja de forma más amplia este derecho porque él sirve para que el funcionamiento de la democracia sea efectivo y real. El debate político exige que se escuche las propuestas y, además, que se informe, de forma eficiente, a las personas que desean saber sobre los funcionarios

o sobre cómo se están tratando los problemas sociales. Cuando se realiza de esa forma, lo que se logra es tener una opinión pública formada y con aspecto crítico.

Otro aspecto derivado de esta visión de la libertad de expresión se relaciona con los discursos referentes a los funcionarios. Como se sabe, ellos se encuentran considerados en un umbral diferente a las personas particulares, porque sus comportamientos y decisiones repercuten en la sociedad, ya que fueron elegidos por ella. Entonces, se les reconoce más expuestos a las críticas, al escrutinio de la opinión pública, habida cuenta de que su función tiene mucho impacto para la sociedad; su función tiene que ver con el interés público. No se les puede permitir la misma protección que se concede a una persona privada, como es el caso de los civiles, sino que el hecho de que cuenten con esa investidura hace que sean pasibles de críticas y de censuras por parte de la población. Así como poseen prerrogativas (los congresistas poseen varias); los civiles poseen el derecho de criticar con mayor fundamento las actividades de los funcionarios. Todo esto ha quedado plasmado en diferentes sentencias expedidas por la Corte. Por ejemplo, en el *Caso Kimel vs. Argentina* se dijo lo siguiente:

Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

La responsabilidad de los funcionarios es mayor, porque tienen a su cargo las funciones que le han sido delegadas por los ciudadanos, por lo tanto, deben ser sometidos a un proceso de crítica mayor. Cuando son criticados, tanto por los civiles como los medios de comunicación, se garantiza que sus actividades sean transparentes y legítimas, porque si se trata de silenciar por medio de leyes que protegen, como antaño, de forma represiva, el honor de los funcionarios, se cae en

una serie de perjuicios a la sociedad civil, ya que ésta no podrá concretar la verificación de que las actividades sean adecuadas y legales, es decir, si se silencia a los medios de comunicación o la población civil del derechos a la crítica entonces se vulnera la garantía de que los funcionarios están ejerciendo sus actividades legítimamente, y sean verificados por la población. Por esta razón, la libertad de información, o sea, la exigencia que tiene cualquier ciudadano de solicitar información a las entidades públicas o cualquiera que realice actividades importantes, debe ser amplia, ya que con la información obtenida se logra saber que la actividad que están realizando los funcionarios estén conforme a lo que las leyes les han conferido, puesto que es de interés público.

Los últimos discursos que son protegidos por un criterio más amplio tienen que ver con los relacionados al derecho a la identidad y la dignidad personales. Como lo dijimos, la libertad de expresión se manifiesta en diversas categorías. Una de ellas es la libertad de expresar lo pensado por medio de palabras que pertenecen a un determinado idioma. La persona tiene el derecho a que se le respete o se le reconozca el idioma que desea usar para comunicarse, ya que el hecho que se deje a una persona que hable un determinado idioma es a la vez un reconocimiento de su identidad, al grupo con el cual se siente identificado. Por lo tanto, una restricción a la utilización del idioma implica un perjuicio a la libertad de expresión y su derecho a la identidad cultural.

De igual forma que el derecho a las personas a que utilicen una determinada lengua, porque es manifestación propia de su identidad, se encuentra los discursos referentes a la orientación sexual, la ideología de género, la libertad de conciencia y religión. Todos estos discursos se encuentran muy relacionados con el derecho a la identidad y a la dignidad humana.

Ahora, después de haber visto lo referente a la libertad de expresión y los discursos que se encuentran protegidos, es necesario mencionar que existen discursos que no se encuentran protegidos, según la jurisprudencia de la Corte. Una de ella se encuentra señalada en el mismo artículo 13.5 de la Convención, la cual señala que no se encuentran protegidos los discursos que se encuentren relacionados con incitación a la guerra o a la violencia, o la apología al odio por razones de raza, etnia,

cultura o cualquier otra que afecte la identidad de la persona. En este aspecto, la Corte ha establecido que la violencia que se trata de incitar debe ser actual y objetiva, es decir, que la incitación debe acarrear a una violencia inminente, una violencia que se debe concretar de forma perjudicial para el orden establecido (orden constitucionalmente establecido), sino se hace esto lo que se genera es un Estado de intolerancia, ya que hay muchas personas que cuestionan de forma continua el funcionamiento del sistema democrático en lo referente a sus instituciones por no tener muy cualificadas sus funciones o ser corruptas. Todos esos cuestionamientos son de carácter subjetivo y por más que sean violentistas no pueden ser considerados como perjudiciales, porque no existen una violencia actual ni objetiva que derive del ejercicio de la libertad de expresión. Así mismo, la Corte ha señalado de que estos discursos no se encuentran prohibidos si no son dirigidos contra un orden no democrático, es decir, que para que se declare la imposición de la prohibición a un discurso que se refiere a la violencia se debe establecer que dicho discurso está dirigido a atacar a un sistema democrático, por ende, si no es un sistema democrático, sí se permite que se incite a la violencia porque sería en ejercicio del derecho de insurrección, por ejemplo, cuando se levantan en armas contra un orden que no se encuentra legitimado por la sociedad, o sea, que no ha sido aprobado por un sufragio universal.

Dentro del sistema democrático es posible permitir a personas que cuestionen hasta el propio sistema como es el caso de los anarquistas para quienes no debería existir Estado ni ninguna autoridad que se encuentre encima del ciudadano. Al permitir que estas personas se expresen o muestren su desacuerdo contra el sistema democrático, lo que se crea es una atmosfera de tolerancia de las ideas expuestas que serán tomadas en cuenta para poder decretar su inconveniencia, no por el mero hecho de cuestionar el sistema, sino porque el sistema se legitima cuando la cuestionan y demuestra que su mantenimiento es mejor a que su supresión.

Otro de los discursos que no se encuentran avalados por la libertad de expresión se refiere a la incitación al genocidio de forma directa o indirecta. Bajo el mismo argumento, por el cual se prohíbe la incitación a la rebelión contra el sistema democrático o contra el orden constitucionalmente establecido, el criterio de

protección de la libertad de expresión no avala la incitación al genocidio, el cual es uno de los delitos más perjudiciales, ya que es un delito de *lesa* humanidad.

Por su parte, la pornografía infantil se encuentra proscrita por toda la jurisprudencia de la Corte, además, esta prohibición se encuentra aprobada por la Convención sobre los derechos del niño, la cual en su art. 34 señala que los Estados-parte se comprometen a evitar cualquier tipo de abuso o de explotación sexual de los niños como:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Todos estos supuestos se encuentran prohibidos por la Corte y las distintas normas internacionales que velan por los derechos de los niños.

### **3.3.5 Limitaciones a la libertad de expresión**

Hemos mencionado que existen discursos que se encuentran tutelados y aquellos que no se encuentran protegido, bajo ninguna circunstancia. Ahora nos toca desarrollar las limitaciones a las cuales la libertad de expresión se encuentra sometida, señalados por la propia Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Como bien se sabe, los derechos tienen carácter relativo, es decir, que su ejercicio no es absoluto, sino que para su ejercicio debe cumplir ciertos requisitos. Generalmente los límites a su ejercicio están delimitados por los derechos de las demás personas (*alterum non laedere*). Estos requisitos son los límites que determinan la forma de su ejercicio. El art. 13 de la Convención, que regula la libertad de expresión, ha establecido como límites al ejercicio de libertad de expresión a la afectación de la moral de los niños y adolescentes; y la afectación al orden constitucionalmente elegido. Si bien es cierto que la censura previa, como tal, se encuentra prohibida, no es menos cierto que sí se puede recurrir a ella cuando lo que

se trata de suprimir en el caso de eventos públicos son perjudiciales para la moral de los niños y adolescentes. En ese caso, sí se puede suprimir la emisión de cualquier evento. Para que esto pueda ser concreto y eficiente, o sea, para que la norma que intenta restringir la libertad de expresión sea legítima, la Corte ha establecido unos criterios a los cuales lo han denominado como el *test tripartito*. Según la Corte, este *test tripartito* debe comprobar los siguientes requisitos, a saber: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. La primera exigencia obedece al carácter consensuado de la medida, es decir, que al ser aprobado por el congreso lo que se hace es que haya pasado por un proceso de debate respecto a la restricción que se va hacer de la libertad de expresión, de esta forma se cumple con la exigencia de la legitimidad de la medida. Así mismo, es necesario que se cumpla esta exigencia para que se conozca, exactamente, cuál es la conducta que se encuentra prohibida, es decir, que se debe cumplir con el principio de legalidad a la hora de restringir el ejercicio de tal derecho. O, en todo caso, establecer de forma clara y precisa la responsabilidad ulterior que genera el ejercicio de la libertad de expresión. Más aún: cuando la limitación tiene que ver con el Derecho penal. Cuando la limitación está hecha por una norma penal, se exige que se cumpla con el principio de *stricta legalidad* en virtud de la cual la conducta debe ser delimitada de forma unívoca que no permita una margen de discrecionalidad a la autoridad cuando imponga la sanción. Entonces la libertad de expresión solamente puede ser suprimida por una ley tanto en el sentido formal como material, o sea, que sea aprobada por el congreso.

La segunda exigencia se relaciona con que las medidas adoptadas por el Estado que quiere prohibir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión debe hacerlo dentro de los límites que la Convención impone, es decir, que debe estar acorde a las finalidades perseguidas por ella, tanto a nivel de derechos humanos como de finalidades gubernamentales, democráticas. O sea, que se debe restringir o establecer los límites de la libertad de expresión en nombre de la armonización de los otros derechos fundamentales de las personas. Como se sabe, el derecho que más

coaliciona con la libertad de expresión es el derecho a la honra, a la buena reputación. Muchas de las legislaciones actuales han establecido la regulación de la libertad de expresión respecto a este derecho, por lo que se ha establecido parámetros legales de carácter penal. De esta forma se garantiza que quien emite una información que se reputa falsa, entonces, tiene la obligación legal de indemnizar por los daños causados a la víctima. En todo caso, la responsabilidad debe ser ulterior.

De igual manera, la Corte ha dicho que en caso de que establezca como argumento, para la limitación de la libertad de expresión, al orden público. Éste debe cumplir con una exigencia concreta y principal. O sea, que el orden público tiene como objetivo principal proteger, con dicha restricción, las condiciones necesarias para que los derechos se encuentren en armonía y no haya coaliciones entre ellos, es decir, que el orden público lo que hace es que haya un funcionamiento adecuado de la información, de los medios para obtenerla y de la libertad de expresión a la que tienen derecho las demás personas tanto para informarse como para divulgar sus ideas, pensamiento o concepciones del mundo. Si este orden público se ve alterado por el ejercicio de la libertad de expresión, entonces, se le perjudica, por consiguiente, debe ser limitado su ejercicio como derecho. Las alteraciones al orden público siempre deben ser objetiva, concretas y reales, que pongan en peligro el funcionamiento adecuado del sistema democrático y de las instituciones que lo integran. Así mismo, para que la medida sea impuesta debe hacerse conforme al principio de proporcionalidad, o sea, que debe ser una medida que persiga un fin legítimo, como los que hemos mencionado, y que, además, debe ser idóneo, necesario y proporcional, esto es, que se vea el grado de afectación del derecho (grave, media, baja), la importancia de satisfacer el derecho contrario, si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión.

### **3.3.6 Prohibición de la censura previa de la libertad de expresión y prohibición de los medios indirectos que la restringen**

La libertad de expresión es una de las libertades más importantes que el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos protege, ya que es necesario recordar que ella cumple una función de garante de los otros derechos fundamentales, esto es, que sirve como medio para el reclamo ante una situación de arbitrariedad que afecta a

otros derechos fundamentales. Como ya dijimos, ésto ha hecho que dentro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) se establezca una relatoría especializada a la libertad de expresión.

Ahora, yendo al tema de fondo, diremos que la censura previa se encuentra proscrita por la Convención. La finalidad es no se prohíba ninguna de las manifestaciones ni discursos, puesto que éstos se encargan de consolidar el sistema democrático y, por ende, ayudan a que pueda existir mayor funcionamiento y dinámica dentro de la sociedad.

Dentro de su jurisprudencia, la Corte ha determinado que la censura previa es de una de las afectaciones más graves de la libertad de expresión, porque perjudica no solamente el derecho del emisor, esto es, el derecho de la persona a expresar como mejor le parezca (hablando o por escrito o por cualquier medio que encuentre a su disposición), sino que afecta también el derecho de los receptores de la información, es decir, el derecho de las demás personas a que se informen sobre lo que se iba a expresar, pero que fue censurado previamente. O sea, disminuye o perjudica la función tanto individual como colectiva de la libertad de expresión.

Uno de los casos que más impacto han tenido referente a la libertad de expresión y de la censura previa se encuentra referido al caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)* en el cual se estableció la responsabilidad internacional del Estado de Chile, ya que éste había prohibido la difusión de una película con la que, según la opinión del Estado chileno y de la sociedad católica, perjudicaría las creencias religiosas y católicas, por lo que era válido que se vete su puesta en escena. La Corte, por su lado, llegó a la conclusión de que esta medida, fundada en los supuestos perjuicios religiosos y católicos, era totalmente incompatible con las disposiciones contenidas en la Convención, por lo que, hubo censura previa, sin ningún fundamento, y se perjudicaba la libertad de expresión de forma contundente.

Otro caso, donde se evaluó la censura previa, tiene que ver con la prohibición de la publicación de un libro muy importante en Chile, es decir, con la publicación del texto *Ética y servicios de inteligencia*, de Palamara Iribarne; el cual fue censurado cuando

ya se había impreso y se encontraba en proceso de ser publicado, porque afectaba, según los censores, la imagen institucional de la inteligencia castrense, por lo que se le prohibió a que difundiera el libro; a que retirara todos los antecedentes de la publicación; a que borrara la versión digital del libro; a que no se quejara de los procesos judiciales que se le había incoado. Todas estas prohibiciones fueron determinantes para que la Corte se pronuncie y diga que se vulneraba la libertad de expresión, por lo tanto, hubo censura previa, sin ningún fundamento. Entonces, en estos dos casos, hubo una vulneración de la libertad de expresión.

Por otro lado, entre los perjuicios a la libertad de expresión se encuentra la vinculada a las vulneraciones indirectas que, según la Corte, son “las más sutiles”, las más camufladas, pero que tienen el mismo impacto que las censuras previas, que son establecidas de la forma más claras, es decir, por medio de poderes estatales o de leyes. Estos mecanismos pueden ser implantados por agentes estatales o privados. Cuando la intervención no se hace de forma precisa, que medie una norma que se dirija a restringir la libertad de expresión, pero que genera un perjuicio a su ejercicio, entonces, hay una afectación indirecta de la libertad de expresión. En la Opinión Consultiva 05/85 se consultó a la Comisión sobre si las normas que exigían la colegiatura de los periodistas para que puedan ejercer adecuadamente el periodismo se consideraba como una vulneración de la libertad de expresión. La Comisión dijo que sí se había perjudicado a la libertad de expresión al haber exigido, como requisito para su ejercicio, que es necesario que se colegien los periodistas que desean ejercer su profesión. Fue una vulneración indirecta, puesto que, bajo una visión regular, es decir, que trataba de garantizar la mejor información de la población, de forma imparcial, se prohibía y sancionaba a los periodistas que ejercían la profesión sin cumplir con ese requisito que se exigía la ley, lo cual era contraproducente, pues, perjudicaba a los ciudadanos. Este es uno de los ejemplos que se puede dar sobre la imposición de medidas indirectas que perjudican a la libertad de expresión.

Otro ejemplo que se encuentra relacionado a este fenómeno se encuentra con las barreras creadas para el ejercicio de la libertad de expresión. Este impedimento es generado por los particulares, o sea, por los otros ciudadanos. En estos casos, los Estados tienen la obligación de impedir y evitar que se afecten a las personas que manifiestan su libertad de expresión. O sea, si el Estado no cumple con su función de

garante que se encuentra regulada en el art. 1 de la Convención, o cuando no adecúan la legislación vigente a las exigencias que se encuentran plasmadas en la Convención, es decir, que alguno de sus dispositivos legales la contradice y por lo tanto no garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 2 de la Convención), incurre en responsabilidad internacional al no impedir que se perjudique a quienes desean manifestación su libertad de expresión.

Estos son los aspectos más importantes que se pueden extraer de la doctrina desarrollada por la Corte, la cual ha tratado de ser completa y adecuada con la libertad de expresión. Aunque no hemos ahondado más en algunos aspectos, los expuestos nos parece suficiente para poder entender el fenómeno de la libertad de expresión y su relación con la concentración de medios. Es lo que necesitábamos para pasar al siguiente capítulo que versa sobre la concentración de medios escritos.

# CAPÍTULO IV

## LA CONCENTRACIÓN DE MEDIOS

### 4. Los medios de comunicación

Se ha dicho –y con razón- que los medios de comunicación constituyen uno de los poderes más importantes que hay en el mundo. Su lugar en la jerarquía de poderes es, si no el mayor, uno de los más altos. No se puede negar que hoy, gracias al avance tecnológico y el desarrollo ostensible e irreversible de estos medios, las distancias entre las personas se han disminuido de tal forma que nos hemos constituido en lo que Marshall McLuhan denominó como “la aldea global”. Los medios de comunicación han destruido todas las barreras que no permitían o privaban a la mayoría del acceso a la información y el conocimiento de los hechos tanto a nivel local como internacional. Así mismo, han consolidado la democratización de la información y de su obtención, la cual puede ser lograda por cualquiera.

Ahora, con el ingreso de *la internet*, en la sociedad, se ha modificado la forma de cómo entendemos el mundo y cómo lo percibimos. Nuestras formas de comunicación han sido modificadas para nunca más cambiar, ya que el progreso es irreversible y tiende siempre hacia adelante, aunque no siempre los resultados sean beneficiosos, como es posible verificar en los problemas detectados en el aprendizaje de los más jóvenes. Pero en el caso de *la internet*, como lo vemos, existe una modificación amplia de la sociedad y de su función en el progreso de la información y de la

comunicación, especialmente. Es decir, que de ahora en adelante se ha logrado que los contactos interindividuales sean más rápidos e inmediatos, pero también más impersonales y virtuales, casi irreales, o sea, una realidad que se cree tal pero que no tiene ninguna relación, plena, con lo social y circunstancial, sino que tiene reglas propias y que a veces resulta un fin en sí misma, en conclusión, una realidad virtual, irreal.

Los medios de comunicación no solamente constituyen una forma de cómo vemos el mundo, sino que influye en la forma misma, o sea, que es parte de nuestras capacidades de cómo podemos percibir el mundo, la realidad. “El medio es el mensaje”, sentenció McLuhan. Lo que quiere decir que el medio es determinante para que se establezca una comprensión del mundo y las relaciones humanas. El medio modifica nuestras capacidades para interpretar el mundo. Entonces, el medio no es solamente eso: un medio. Sino que es la manera de cómo nuestras capacidades se moldean, conforme al medio, para poder acercarnos a la realidad.

McLuhan ya había hablado de “las extensiones”, lo cual quería decir que cualquier objeto, que circunda al hombre, vienen a ser extensiones de él. La silla sería una extensión del trasero; el teléfono, del oído; los binoculares, de los ojos; el libro, como lo dijo Borges, de la mente. Es decir, todos los objetos culturales vienen a ser en buena cuenta extensiones del hombre. De igual forma, los medios de comunicación son extensiones del hombre, que se encuentran muy vinculados a él, por eso es que modifica su visión del mundo y la forma como se le percibe y comprende.

Volviendo al tema, diremos que durante la evolución de estos medios de comunicación han mejorado más las condiciones de una las profesiones más importantes de la vida en sociedad: el periodismo; habida cuenta que las fuentes a las cuales ahora recurren los periodistas son más accesibles y se pueden conseguir sin mayor esfuerzo que el que se debía de tener antes. Ya no se necesita ir tan lejos o buscar en informaciones, muchas veces, inhallables para conseguir las fuentes para elaborar una información confiable, aunque hay la necesidad de contrastar dicha información para poder sacar conclusiones más completas y no parcializadas. De esa manera, se viabiliza la información en el periodismo de prensa audiovisual o escrita. Los límites para su difusión ya no existen ni se encuentran circunscritos a ningún

criterio. La información es más accesible a todos y los ciudadanos pueden adquirir cualquier tipo de información desde los aposentos de su casa.

Esto en cuanto a los medios de comunicación, en general; pero la prensa escrita, en particular, se fue acrecentando desde la creación de la imprenta con Gutenberg y con el triunfo de las libertades civiles como la de expresión, la cual fue determinante para el nacimiento del periodismo y de la fiscalización del poder, por parte de la población. La libertad de expresión, como lo dijimos en el capítulo anterior, es uno de los derechos más importantes en cuanto a libertades civiles se refiere, que ha permitido la consolidación de la información, de la difusión del pensamiento y del derecho a la crítica que ha permitido el progreso de la sociedad.

Por eso con el invento de la imprenta se aumentó la producción de libros y documentos que anteriormente sólo eran leídos por gentes cultas y de alto copete. Ahora, con la fabricación del papel y de la impresión de estos diferentes textos, es más accesible y se puede acceder a la información más variopinta de una sociedad. Esto, a la vez de traer beneficios, lleva consigo perjuicios evidentes que son muy difíciles de soslayar. Pues, además, de los ya conocidos medios audiovisuales, contamos con medios como: la internet, los celulares, etc., medios que han permitido unificar la información de tal manera que una persona, desde su casa, puede acceder a numerosas informaciones y noticias sobre lo que está ocurriendo en el resto del mundo. Empero, como todo hecho humano, siempre es pasible de ser perjudicial. Lo perjudicial en los medios es que son regulados por intereses ajenos a los de la mayoría. Esto que se ha vuelto una especie de cliché no deja de ser una verdad de perogrullo que inquieta, ya que son intereses que velan por el mantenimiento del *establishment*, del *status quo* o el estado de cosas que se manifiesta en el poder. O sea, que detrás de toda la información que se vierte en los medios, para “beneficio de los televidentes y de la población en general”, existe un afán manipulador, puesto que distrae o desinforma -que es lo mismo- a las masas con la finalidad de evitar el espíritu crítico o rebeliones o reclamos por parte de la población, como antaño.

La manipulación genera un proceso de estupidización del hombre, el cual va en aumento. La agenda sobre lo que es realmente importante lo ponen los medios. Tal agenda está dirigida a salvaguardar lo que desean los grupos de poder. Ningún

medio, sea escrito o audiovisual, es imparcial a la hora de informar. Existe una tendencia a direccionar los contenidos de los programas informativos, los diálogos en las radios, los titulares y las columnas de los periódicos y tabloides, los cuales son ordenados por el dueño de la empresa. Y éste obedece a lo que los de su gremio le exigen, es decir, el empresario obedece a los intereses al grupo al cual pertenece. Entonces, los medios de comunicación -hoy en día- son muy importantes por el impacto que poseen, por el carácter inmediato de la información, por su visión integradora entre los individuos divididos por las fronteras geográficas, pero al mismo tiempo es un poder que cada día carece más de independencia y espíritu crítico, de protección de los intereses colectivos.

Es muy cierto que uno no siempre puede ser imparcial. Recuerdo que el gran Mariátegui decía –en la advertencia de su gran libro *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*- que: “...no soy un crítico imparcial y objetivo. Mis juicios se nutren de mis ideales, de mis sentimientos, de mis pasiones” (Mariátegui, 1981, pág. 13). Esto dicho por alguien quien está considerado como uno de los más grandes periodistas del mundo, asimismo, como teórico del periodismo, como lo aseveró el periodista César Lévano en su libro *Últimas noticias*. Lo dicho por el Amauta se puede traducir así: que uno, como periodista, dentro de un medio, puede defender sus ideales y sus posiciones políticas y éticas; eso es totalmente lícito. Lo que no quita que el ejercicio, de tales derechos, tenga que ser con un análisis o una visión social de ellos. Uno puede tener una visión parcial sobre un hecho, pero no necesariamente esta visión tiene que ser sesgada y totalmente prejuiciosa o arbitraria y que trate de proteger intereses meramente propios, en otras palabras, una visión injusta, cargada de prejuicio determinantes de una opinión, tomada caprichosamente sin una evaluación crítica y objetiva sobre lo que se está informando. Por lo que, es necesario estudiar minuciosamente y llegar a una conclusión y, sobre la base de lo concluido, se optará por una posición totalmente sustentada, justificada e independiente de la postura ideológica que uno ostente. Éso exigía Mariátegui. El problema con el periodismo de hoy es que ya no distingue entre la independencia y los intereses de la empresa. Sin embargo, no agotaremos estos argumentos que son del próximo capítulo, y para el cual se agregará otras consideraciones. Por lo que seguiremos desarrollando la cualidad importantísima de los medios de comunicación como fenómeno social.

Vargas Llosa, por su parte, cree que es indesligable la libertad de empresa con la de prensa (Llosa, ¿Un castillo de naipes?, 2014). Con lo que se podría deducir que la empresa no puede existir sin la libertad de prensa, y viceversa. Lo que traería grandes problemas, habida cuenta de que existe una mayor influencia de los empresarios en las actividades políticas y sociales. Los empresarios ya no se dedican a una actividad meramente social: la de prestar un determinado servicio, sino que se inmiscuyen dentro de las actividades políticas, por lo que su actividad, meramente privada, se vuelca pública y por ende determina la aprobación de medidas políticas o el desacuerdo con alguna que se ha adoptado.

Diremos que los medios de comunicación tienen un papel demasiado importante dentro de la democracia. Son los canales por donde se garantiza el ejercicio de la libertad de expresión y, además, son los medios que permiten que haya información adecuada y veraz, aunque muchas veces no es así. Por eso que su protección y regulación resulta de suma importancia porque, para evitar que haya una manipulación de ellos, se necesita que sean privados, de esa forma, se evita que el poder oficial, el poder gubernamental se haga de ellos y sirva para sus intereses. La garantía que siempre se les han adjudicado a los medios de comunicación es que sean manejados por empresas privadas, para evitar la concentración de medio por parte del poder estatal. Sin embargo, como lo hemos dicho, esto no libra de que los medios puedan ser usados para fines particulares y políticos.

#### **4.1 La prensa escrita: la función social**

Uno de los mayores descubrimientos de la humanidad fue la imprenta. Gracias a ella se pudo consolidar una serie de derechos que antes se encontraban reconocidos únicamente para una determinada clase social. Así mismo, dio el puntapié para que se afiance la información a la población y el acceso a ella. Por esta razón, es que la prensa escrita fue una de las más antiguas conquistas de la humanidad, puesto que permitió a la gente tener acceso a la información y en consecuencia a mejorar su instrucción y formación moral.

La función que cumplen los medios de comunicación en general y la prensa escrita en particular tiene un carácter social. La vida, dentro de una democracia, exige que la

prensa presente la información veraz y pública sobre el acontecer político nacional e internacional. Al ser la prensa el baluarte de la libertad de expresión, su función en la sociedad es demasiado importante e imprescindible, ya que por este servicio que prestan, los medios de comunicación, permiten que la población se encuentre informada sobre diversos temas que versan sobre la vida política y estatal de su país. Se garantiza que puedan criticar y censurar cualquier medida que afecte intereses sociales o colectivos, o supervisar y fiscalizar, como una democracia participativa, los intereses de la comunidad. Las democracias son las que se benefician con la pluralidad de los medios de comunicación, que no es lo mismo que la pluralidad informativa, porque hace que se pueda tener más acceso a diferentes medios de información para obtener las investigaciones sobre distintos temas sociales y políticos. Los medios de comunicación cumplen una función muy principal, porque son, si se quiere decirles de alguna forma, los administradores directos de la libertad de expresión. Y, como lo dijimos, la libertad de expresión es un elemento importante, constitutivo, de la democracia. No se puede garantizar ningún derecho de los ciudadanos sin la interferencia de los medios de comunicación que sirven de canales para informar y denunciar cualquier injusticia.

Esta visión de la prensa, como elemento democrático, es muy reciente. Se fue consolidando a medida que iban evolucionando tecnológicamente los medios de comunicación y así mismo porque servían a la libertad de expresión para se canalice en dichos medios, a fin de que se escuchen los reclamos o quejas que puedan tener los ciudadanos de una misma sociedad. La participación ciudadana tiene en ellos a los más importantes elementos para poder ejercer lo que Orlando Patterson denominó como “la libertad cívica”, es decir, aquella libertad racional que tiene la función de conectar a los súbditos en la vida social y legalmente constituida, o sea, en el gobierno. Por eso se exige una tutela, ya que la participación de la ciudadanía en las actividades públicas sólo es posible a través de una masa informada verazmente, que conozca sus derechos y las garantías que le asisten legal como constitucionalmente. Así mismo, que se tenga los medios -de comunicación- necesarios donde enterarse e informarse y por donde, además, pueden direccionar sus demandas, sus intereses y apoyar sus proyectos.

Por consiguiente, la responsabilidad de los medios de comunicación es medular dentro de una sociedad democrática, donde la población requiera de información sobre las autoridades que las gobiernan y de los problemas que la amenazan y aquejan, puesto que los medios prestan un servicio privado de un bien de interés público, es decir, que concierne a la mayoría de la población.

#### **4.2 La concentración de medios escritos: definición**

La concentración de medios es definida como una práctica, dentro del mercado de libre competencia, donde una empresa o un grupo empresarial adquiere la propiedad de los medios de comunicación por medio de fusiones, compras (absorciones), o alianzas entre las empresas que se dedican a la industria informativa (Acevedo, 2016). La industria informativa es una de las tantas que dentro de un mercado se dedica a prestar un servicio. Ella es definida por Fernández Baca (2014) de la siguiente forma:

Se entiende por industria periodística el proceso de producción y difusión de noticias. Dicho proceso se inicia con la recopilación de información relativa a ciertos hechos, a través de periodistas y reporteros, luego continúa con la evaluación y procesamiento de la información de los editores periodísticos, y termina con su divulgación en uno o varios medios de comunicación de masas. (p. 4)

Sabido es que la industria informativa se encarga de canalizar la información que es obtenida por diversas fuentes para que las personas puedan enterarse sobre lo que sucede en su país o en el extranjero. Este tipo de industria se ha ido consolidando con el avance de los medios de comunicación y de la tecnología y así mismo se ha convertido en una de las más importantes, si tenemos en cuenta que ayuda a que se canalice la libertad de expresión y, dentro de ella, el derecho a la información. La tecnología ha beneficiado rotundamente la comunicación que ha permitido que dichos medios puedan facilitar las comunicaciones entre los individuos de todo el mundo. Por otro lado, la responsabilidad con la que trabajan en la industria informativa es alta porque se debe hacer respetando los derechos de los demás, es decir, de los implicados en dichas informaciones. La prensa, que se encarga de informar a la población, tiene todo un compromiso serio con la población, o al menos eso es lo que se espera, puesto que su función es determinante para que se garantice el ejercicio

consciente de la opinión pública. O sea, que la opinión pública será mayor y mejor preparada si la calidad de la información, que se vierten en los medios de comunicación, cumple con los estándares informativos. Por esta razón es muy importante que la información que se viertan en los medios cumplan con ciertas exigencias éticas, porque la actividad informativa es determinante para que exista mejor desenvolvimiento de la opinión pública dentro de la sociedad. La democracia lo exige así. Los estándares de información veraz la establecen generalmente los institutos que hacen de jueces de la información o por las mismas políticas institucionales de los medios que tratan de concretar los compromisos de los periodistas con la sociedad, con los ciudadanos.

Entonces, volviendo al tema de la concentración de medios, ella estará definida, de forma concreta, como la reducción de los medios de comunicación que se dedican, especialmente, a la industria informativa, para poder concretar proyectos comunes en una empresa o conjunto de ellas, dentro del mercado informativo.

Como podemos observar, la concentración de medios puede tener una finalidad totalmente lícita, es decir, que no se infringe la ley que regula el funcionamiento del mercado; sin embargo, esto no quiere decir que toda concentración de medios esté permitido, ya que por más que la finalidad con la que muchas veces sus agentes se unen, eso no quiere que se encuentre permitido a cualquier costo, sino que muchas veces esas concentración per se ya generan un perjuicio o ponen en posible peligro a la libertad de expresión, la cual es el derecho más importante que las empresas que se unen se encargan de administrar.

Por otro lado, la concentración puede ser de cualquier tipo de medios tanto audiovisuales como escritos o por web, como es el caso de la internet. Lo que se hace es que un solo grupo empresarial se haga con esto medio y por medio de ellos organicen la información que se exteriorizará en los medios.

Todo este proceso es el que se lleva a cabo para que se obtenga el producto de los periódicos. Entonces, todas las empresas que se dedican a esta industria, a la hora de concentrarse, son poseídas por un grupo periodístico o por una empresa que se

dedica a la misma actividad o alguna distinta para lograr mayor influencia en el mercado de la información.

### **4.3 Concentración de la propiedad de medios escritos**

La concentración de bienes y servicios es uno de los fenómenos más comunes dentro de una sociedad de economía libre de mercado, es decir, donde las empresas compiten a través de un marco de competencia perfecta, donde se les garantice los mismos medios para que presten los servicios o vendan los bienes que la sociedad requiera sin el poder de mercado que imponga beneficios para un determinado productor o afecte la libertad de factores. Por eso las empresas, para poder lograr mayores beneficios, pueden fusionarse y, de esa forma, lograr los objetivos que tiene trazados o, así mismo, porque desean lograr mayores utilidades y puedan competir con mayor eficiencia dentro del mercado. Este fenómeno se encuentra permitido pues corresponde a criterios legales establecidos por las normas que regulan el propio mercado, esto es, la normas que rigen la libre competencia. Obviamente, este no es el único fenómeno que se presenta, sino que existen otros que se pueden manifestar o que se pueden denominar como concentración, pero sin referir, exclusivamente, a la acumulación de propiedades o servicios. Entonces, en el caso que mencionamos, se manifiesta el primer ejemplo de una concentración, dentro del mercado, por medio de la fusión de las empresas, que se encuentran interesadas en mejorar sus utilidades y beneficios. Los otros mecanismos de concentración se pueden dar de otras formas, como lo señala Llorenz, citado por Vivanco (2007):

Como primer fenómeno podemos distinguir, por ejemplo, las operaciones de concentración o integración empresarial, es decir, las compras o fusiones de empresas. En segundo lugar, cuando se habla de concentración muchas veces se quiere hacer referencia a la concentración de la propiedad; en tercer lugar, a veces se hace mención de una concentración de audiencia. La quinta acepción de concentración, quizá más usual, tiene raíz política: se entiende como la centralización o acumulación de poder en pocas entidades a partir del dominio de ciertos medios de comunicación. (p. 3)

Tal como podemos ver, este análisis se relaciona más con la concentración de medios de comunicación, el cual es lo que nos importa como base de la investigación que queremos hacer.

Ahora, si seguimos lo que dice el autor, llegaremos a la conclusión de que existen diversos tipos de concentración, pero la propuesta resaltada por él tiene que ver más con las funciones o los efectos que se obtiene con la concentración que, en este caso, se refiere a la de medios de comunicación. Por ejemplo, el cuarto tipo de concentración se refiere más que nada a la influencia política que originan con los acuerdos entre las empresas que se dedican a la industria de la información. La política y la actividad que realizan los medios para poder ayudar a ciertos grupos políticos es algo sumamente innegable. El tercero, a la concentración de audiencia que tiene que ver poco con la obtención de la propiedad, ya que puede haber empresas que a pesar de que se encuentren solas en el mercado tienen un grupo de personas que la respaldan: la audiencia. En cambio, el segundo tipo de concentración sí se relaciona mejor con el análisis que queremos hacer de ella, es decir, con la concentración de la propiedad, puesto la concentración de la propiedad implica la compra de algún competidor, o sea, de otra empresa. O, también, puede ser la fusión, que se encuentra permitida por la ley (Ley General de Sociedades). De estas dos formas, con la compra y la fusión, se crea el fenómeno de la concentración de medios por medio de la adquisición de la propiedad de las empresas competidoras.

La concentración de medios de comunicación se efectúa, como dijimos, con la compra de las propiedades de otros competidores. O sea, con la adquisición de tanto los activos como pasivos de la empresa que decide venderlas. Sin embargo, también se puede dar el caso de que no necesariamente se quiera vender, sino que por un tema de estrategia se recurra a la fusión para que, de esta forma, se ayude a concretizar mayores proyectos o se compita dentro del mercado. Esta estrategia se encuentra permitida por la ley, puesto que obedece a la libertad que tienen los empresarios para mejorar sus servicios en el mercado, fusionándose con otras empresas que prestan el mismo servicio.

Por otro lado, el fenómeno de la concentración de medios no ha sido una creación reciente, sino que uno se puede remontar al pasado, sobre todo, en las sociedades avanzadas y modernas, es decir, en las sociedades donde el desarrollo del mercado ha sido fundamental para el progreso de la sociedad, como es el caso de los Estados Unidos y de Inglaterra u otros países desarrollados, donde se han unido diferentes empresas; empresas que se dedican a la difusión de comunicación e información, por

motivos de mercado, o sea, económicos y de competencia. Tal como se señala en su investigación Fernández Baca (2014), quien señala lo siguiente:

En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, Damer (2001, p. 5) señala que el número de periódicos ha disminuido de 2,002 en 1910 a cerca de 1,400 en 2000. Tal como se puede apreciar en la figura 2, la caída ha sido más pronunciada desde comienzos de la década de 1980. Esta disminución en el número de periódicos ha venido acompañada de un aumento en la concentración. En efecto, el número de entidades que son propietarias de periódicos se ha reducido de 2,153 a alrededor de 430 en el mismo periodo, de tal manera que el número de periódicos que pertenecen a un grupo ha pasado de 1,4% a más de 80%, con 124 cadenas que controlan un promedio de nueve periódicos cada una. (p. 11)

La disminución ostensible de las empresas encargadas de la información se debe a su carácter competitivo y de demanda de los consumidores de la información. También puede tener otras explicaciones que tiene que ver con la propia naturaleza del mercado que consiste en que los competidores son desplazados por otros por la falta de calidad del producto que ofertan o por la carencia de consumidores que sustenten las actividades de la empresa y el salario de sus trabajadores.

Ahora, podemos observar que la concentración es un fenómeno muy desarrollado en los países industrializados y de primer mundo. La razón tiene que ver con una característica del propio mercado, esto es, la competencia. Para lograr mayor competencia, o ser más competitivas y poder lograr mayores resultados, dentro del mercado, las empresas se unen y, de esta forma, garantizan su mayor participación en él, obteniendo ganancias y utilidades altas. Decíamos que este fenómeno se genera por la competencia y, como se sabe, la competencia siempre genera ganadores y perdedores, eso es así; por lo que las empresas que ya no se encuentran con la capacidad para poder seguir en el mercado recurren a las “empresas más exitosas” para que les puedan ofertar sus acciones y los bienes que componen su empresa. Cuando todo esto ocurre, el poder informativo de las empresas que las absorben o aumentan parejamente con las que se fusionan. Su poder se amplía y pueden lograr mayores ganancias y menores gastos, puesto que los periódicos no solamente venden información coyuntural o, en algunos casos, cultural, sino que también, y con mayor incidencia, publicidad. La publicidad es la que les permite

circular con mayor facilidad y eficiencia, disminuyendo el gasto para la edición del diario (Fernández, 2014).

Este hecho se manifiesta más en los países industrializados. Ya hemos visto el caso de Los Estado Unidos, ahora nos toca ver el delos países de Europa donde no existe mayores diferencias, pero sí se puede encontrar algunas que hacen necesarias mencionarlás. Al respecto Fernández Baca (2014) dice lo siguiente:

En el caso europeo parece ser diferente puesto que los periódicos de dicha región son menos dependientes de la publicidad que sus similares estadounidenses. Esto ha permitido que, pese a que la circulación diaria promedio de periódicos ha disminuido de 85 millones en 2005 a 74 millones en 2004, los efectos han sido menos dramáticos. En un artículo de Pfaner (2009) se señala que, si bien es cierto que un gran número periódicos europeos vienen luchando para sobrevivir, existen periódicos exitosos como los pertenecientes al Grupo Axel Springer en Alemania, y el grupo Shibsted en Suecia, los cuales están alrededor del 25% de sus ingresos de actividades por internet. (p.22)

En el caso de Europa el caso es diferente porque existen otros factores que permiten que haya una concentración de medios. No tiene que ver con la publicidad, como en el caso estadounidense. Pero lo importante de la cita es dejar constancia que, dentro de los países más desarrollados, tanto a nivel institucional como de mercado, poseen este tipo de fenómenos que son manifestaciones evidentes de los libres acuerdos entre los accionistas de las empresas o los resultados de la competencia entre ellos. Sin embargo, este mecanismo no es ilimitado, sino que obedece a criterios de lo que los economistas y abogado especializados en derecho competencias conocen como la libre competencia. La libre competencia determina que todos se hallen en las condiciones de igualdad para poder lograr sus objetivos como empresas. Lo que quiere decir que, si no se respeta las reglas establecidas en ella, se vulnera la libre competencia y existe un abuso de posición de dominio que termina corrompiendo el correcto funcionamiento del mercado. Es decir, que todos estos acuerdos y fusiones que se realizan en el mercado serán legales sólo cuando no vulnere los derechos de los demás competidores como lo es el caso del ejercicio abusivo de la posición de dominio o lo monopolios, los cuales son *per se* perjudiciales para el libre mercado y la libre competencia. Por este motivo, se encuentran prohibidos y vedados, los monopolios, puesto que perjudican los derechos de los consumidores, habida cuenta

que pueden tomar medidas abusivas respecto al precio y la calidad de los productos y servicios que prestan a la sociedad.

#### **4.4 La concentración de la audiencia**

La concentración de medios, como dijimos, puede hacer de varias formas. La primera de ellas es comprando (absorbiendo) o fusionándose a las empresas competidoras que se dedican a la industria de la información; la segunda, consiste con la concentración de la audiencia, es decir, con los consumidores que se encargan de elegir los medios de comunicación. Al concentrar la audiencia, estamos ante una situación donde el consumidor se siente atraído por una sola proveedora de información. Generalmente esto sucede cuando la empresa tiene mayor impacto con los productos que oferta en el mercado, éstos les permiten poder financiar con mayor facilidad la producción de los periódicos, ya que, tal como lo dijimos, existe una relación entre la publicidad y la información que contienen los diarios.

La audiencia lo conforman las personas que tienen como finalidad la adquisición de la información por medio de los diarios, o sea, las personas que comprar los productos de una determinada empresa o productora de información. Por lo que la audiencia se encontrará concentrada en la medida que se relacione con una sola empresa adscrita a la industria de la información. Sin embargo, en las distintas causas que puede haber para que se consolide la concentración de la audiencia (gusto, calidad, bajo costo, etc.), hay una causa especial que la pueda hacer posible que es la oferta atractiva con la que la empresa logra atraer a los consumidores de información. De igual manera, no debemos olvidar, que mucho se habla de la capacidad que tienen los medios de la manipulación de la gente que conforma la audiencia. Ésta es otra forma de la concentración de la audiencia.

Una de las defensas importantes que se ha hecho en favor de las empresas que adquieren más consumidores de su producto se debe a la capacidad para unir tanto la publicidad como la información. La relación que existe entre los dos es fundamental para determinar el éxito en el mercado. Es más: se puede afirmar que muchas veces la circulación de cualquier diario se garantiza con la publicidad que ayuda concretamente a financiar el costo de las impresiones y el pago a los difusores: canillitas, vendedores de kioscos, etc.

La audiencia se siente atraída o comprometida con una determinada industria informativa que más le agrada y por esta razón hace que prefiera o, incluso, recomiende a otros consumidores la adquisición de tal o cual periódico. Esto poco tiene que ver con la calidad del producto, sino que obedece al “gusto” del consumidor y a su preferencia. Es subjetivo. Pero esto tampoco quiere decir que producto de calidad no sean preferidos por los consumidores. Durante mucho tiempo la gente prefería la calidad a la cantidad. Sin embargo, actualmente se ve que no es así.

Entonces, la preferencia del consumidor es lo que hace que se apegue a un determinado producto de la industria informativa. Por lo tanto, no hay un criterio objetivo para establecer el éxito de un producto. Y esto obedece a un principio que pertenece al libre mercado que se denomina “la soberanía del consumidor”, es decir, es él quien determina que un producto tenga o no éxito en el mercado, independiente de la calidad o no del producto.

Esto ha quedado demostrado con la compra masiva, en el caso de los medios de prensa escrita, de los tabloides de la prensa amarilla, o sea: El Trome u Ojo, los cuales son los más vendidos, periódicos donde se vierten información inane y sin importancia social y política, sino que tienen contenidos “sociales”.

Bueno, volviendo al tema, se dirá que la audiencia lo conforman todas las personas que se encuentran afiliadas a una determinada industria informativa. Y la concentración de ella se hará en mayor medida cuando un solo producto informativo sea el que mayor audiencia tenga.

En el caso peruano, por ejemplo, El Comercio resulta muy modélico, ya que no es una concentración de la propiedad lo que se ha producido, puesto que existen alrededor de 60 periódicos, sino que la fusión entre la empresa Erensa y El Comercio generó que la audiencia de los dos se uniera e hiciera que llegaran a más del 70% de la lectoría a nivel nacional; por esta razón, existe una concentración de audiencia y no de propiedad, aunque han aumentado, evidentemente, la propiedad de ambos. Es una concentración de audiencia en la medida que la mayoría de gente siente impulsada a comprar los periódicos que conforman esas empresas.

El argumento que generalmente usan en favor de esta unión es que los periódicos que se distribuyen en toda la sociedad son alrededor de cincuenta, por lo no habría una concentración porque los diarios que se han fusionados no pasan de diez, por lo tanto, no existiría una concentración de medios escritos ni, mucho menos, un acaparamiento o monopolio. No obstante, a pesar de que esto, no deja de ser menos cierto que habría que separar aquellos diarios que se dedican a la información en sí, es decir, a la que se relaciona con la política y los problemas sociales de los periódicos de prensa amarilla o que se dedica a temas “sociales”, de interés farandulero. Porque la industria informativa se ha diversificado y se han establecido diferentes campos de información, o sea, que antes del advenimiento de la sociedad postmoderna la información se circunscribía a la vida política y a los problemas de la ciudadanía, porque estaba muy arraigada la idea de que la prensa tenía la función especial de tutelar los derechos de los ciudadanos controlando y fiscalizando las actividades gubernamentales, pero ahora a la información política y social se le ha agregado otra que tiene carácter superficial, puesto que se relaciona a la vida de los “artistas” y “personas vinculadas a la vida pública”. Tomando en cuenta este aspecto nos es posible separar los diferentes diarios que tienen un interés totalmente “farandulero” (Ojo, Trome, Aja, etc.) de los diarios que tienen un objetivo más informativo, en el sentido de que desean contribuir a la información sobre los problemas sociales y, concretamente, intereses públicos y políticos.

Esta idea, que ha sido defendido por varios de los periodistas, es una evidente obnubilación respecto a lo que realmente sucede. Porque no se puede equiparar los otros periódicos, que muchos de ellos no llegan ni a los 10 mil lectores, puedan ser competencia de empresas como El Comercio o Epena. Los periódicos que pertenecen a estas dos empresas son demasiado poderosas y tienen mayor impacto en la sociedad, porque su lectoría es abundante.

Además, mucho de los otros periódicos no son dedicados a la información “seria”, sino que se dedican a noticias amarillistas; en cambio, los diarios que conforman las empresas citadas tienen mayor incidencia en noticias de actualidad y que tienen que ver con la vida política, por lo que su impacto es mayor en la sociedad porque puede determinar la agenda política.

#### **4.5 Monopolio, acaparamiento y abusos de posición de dominio**

Tal como lo habíamos dicho, el artículo 61, en su segundo párrafo, de nuestra Constitución dice: “La presan, 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.” Dentro de este artículo, se encuentran los conceptos como monopolio, acaparamiento y abuso de posición de dominio, los cuales vienen a constituir como anomalías del funcionamiento correcto del mercado, es decir, es una consecuencia de la ausencia de conductas de buena fe (o sea, de honestidad cuando se actúa) en el interior del mercado. Estas anomalías surgen, generalmente, por la rapacidad con la que proceden los sujetos del mercado, o sea, las empresas, para poder suprimir la competencia con los otros integrantes de un mercado. O, también, por la ausencia de normas claras de competencia que no están específicamente establecidas las prohibiciones o aún teniéndolas no disuaden a los competidores quienes perjudican a los demás dentro una actividad económica determinada o de la producción de un bien en el mercado.

Es muy importante señalar que las leyes que protegen el funcionamiento del mercado vedan esas patologías dentro del mercado cuando ellas son ejercidas abusivamente. Sin embargo, el art. 61 de la Constitución -que hemos citado- hace una excepción a esta regla cuando los monopolios y abusos de posición de dominio se relacionan con la industria informativa, es decir, con la prensa escrita, audiovisual o radial. En estos casos el monopolio y el abuso de posición de dominio *per se* son censurados y no pueden ser avalados bajo ningún argumento. Trataremos las razones de esto último en el capítulo final de la presente tesis.

#### **4.5 El Monopolio**

Pasaremos a definir cada una de estas anomalías que se encuentran dentro de los mercados y que son generados por las ambiciones particulares o la falta de controles ejercidos por el ordenamiento jurídico.

El monopolio, por ejemplo, se refiere a que un solo grupo empresarial o una empresa adquiere la propiedad de la producción de un servicio o un bien dentro de un mercado. Es una práctica que, de plano, prima facie, se encuentra prohibido por cualquier sistema de intercambio porque implica la eliminación de lo demás competidores y la apropiación exclusiva de la producción de un producto o servicio en el mercado. En el caso del Perú, existe una ley especial que declara su inconveniencia e ilegalidad (el decreto legislativo 1034). La ley define al monopolio como una práctica impositiva que realiza una empresa o un grupo empresarial para apoderarse de la producción exclusiva de un producto o servicio, como lo dijimos.

Se ha dicho que este fenómeno es generado por la actividad abusiva con la que proceden ciertos productores dentro de un determinado mercado. Las causas no pueden ser encontradas o tomadas solamente como que el producto que oferta un determinado bien es adecuado o la calidad de él es el mejor. En este caso lo que se genera es una anomalía en el mercado porque es una perturbación de los competidores, eliminándolos completamente de la competencia para que una sola empresa se haga cargo de un producto o servicio dentro de él. El acaparamiento, el cual se encuentra sancionado en nuestro Código Penal, consiste en la retención de bienes para que éstos no ingresen en circulación en el mercado y, de esta forma, establecer las reglas de juego dentro de él, respecto a ese producto que no se encuentra en circulación. Generalmente este término se utiliza dentro del marco de los bienes de primera necesidad, en otras palabras, los bienes que se consideran principales para la subsistencia de la sociedad. Ahora, en cuanto al abuso de posición de dominio, se entiende de que es el ejercicio incontrolado del poder que posee un grupo empresarial para desaparecer a los competidores o impedir que otros ingresen al mercado. Todos estos casos vistos vienen a constituir anomalías que se presentan en el mercado y que son producto de la desregularización de él; de la falta de instituciones que se encarguen de impedirlos en pro de los consumidores. Además, debemos agregar que estos casos se pueden dar en el interior del mercado de información, afectando la pluralidad informativa y la veracidad de la información.

#### **4.6 Dominio político de los medios de comunicación escrita**

La concentración de medios trae consigo que, dentro del mercado de la información, es decir, dentro de los medios que existen en todo el mercado, se pueda establecer

una especie de monopolio que les permita determinar las reglas de juego dentro de él. O sea, que les sea posible evitar que nuevos competidores ingresen a ofrecer sus servicios de forma efectiva e independiente, sino que se les sean impuestas las reglas de juego que ellos poseen, reglas que son concretizadas por las empresas que tenga el mayor número de medio de comunicación escrito. Obviamente, estas prácticas se encuentran totalmente prohibidas por las normas que regulan la libre competencia. Ellas son denominadas como el abuso de posición de dominio, práctica que resulta totalmente contraproducente y contraria a las finalidades del propio mercado. Además, se encuentra vedada por la propia Constitución en su artículo 61, el cual prescribe: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concentración puede autorizar ni establecer monopolios.”

Desde este punto de vista se observa a este fenómeno como un problema de competencia dentro de un mercado, en este caso, el mercado de medios de comunicación escrito. Trata de explicar las implicancias y problemas que se pueden generar dentro del correcto funcionamiento del mercado de medios. Buscas, así mismo, regular su expansión o la intensificación de este fenómeno para así lograr que se vuelva a estabilizar adecuadamente los bienes y servicios comunicacionales.

Desde la perspectiva constitucional, se busca el análisis de cómo esta concentración de medios puede afectar a la libertad de expresión dentro de un sistema democrático, cómo puede evitarse que se siga afectando la libertad de expresión o si es posible la regulación normativa y legal de la adquisición de los bienes y servicios relacionados a la libertad de expresión.

La concentración de los medios de comunicación habilita que los propietarios puedan tomar medidas que no solamente conciernen a la actividad empresarial, sino también las que se encuentran relacionadas con la política. Por eso se dice que, cuando este fenómeno, ocurre lo que se genera es una posible amenaza a la libertad de expresión, porque los empresarios empiezan a establecer medidas que obedezcan a sus intereses políticos que defienden o que les son más afines.

#### **4.7 Ausencia de pluralidad de medios escritos de comunicación**

Algo que define a una sociedad democrática son los medios de comunicación, pero no solamente eso, sino que es necesario que se obtenga otros requisitos como la pluralidad. Por pluralidad se entiende a la condición de que los medios de comunicación no sean monocordes, o sea, de un solo sonido. Esta metáfora quiere decir que los medios no pueden ser de propiedad exclusiva de un solo dueño, ya que hace que el dueño establezca una sola línea de pensamiento o, mejor dicho, de que instituya su ideología dentro del medio, lo cual es perjudicial para la democracia. La pluralidad exige que los medios sean diversos tanto en los dueños como en el contenido, esto es, para todas las posiciones políticas, puesto que la mayoría de las personas, que pertenecen a una sociedad, tienen filiación o deben tener a una determinada posición política, las cuales necesitan que se les dé cabida a sus ideales e intereses, garantizando que los ciudadanos puedan ser oídos.

El desarrollo de la democracia tiene muchas exigencias para su perfeccionamiento. Una de ellas es la pluralidad de los medios de comunicación. Esta pluralidad se encuentra relacionado con los contenidos y, como lo dijimos, con los propietarios de las empresas que se encargan de la difusión de la información, o sea, que se dedican a la industria informativa.

Cuando no se respeta esta pluralidad de los medios es donde empieza a existir la concentración de medios. Hemos definido a la concentración de medios como la compra o fusión de empresas que se dedican a la industria informativa. Entonces, la concentración de medios lo que hace es reducir la pluralidad de medios y de información, afectando a los ciudadanos que desean enterarse sobre diferentes asuntos que sólo pueden ser garantizados con la pluralidad de medios. Por lo tanto, para que la democracia pueda funcionar y proteger los derechos de los ciudadanos se debe avalar la pluralidad de los medios de comunicación.

Sin embargo, no puede existir una correcta pluralidad si es que existe una concentración de medios que lo que hacen es restringirla. La concentración de los medios de comunicación aminora los medios y generan que su impacto se reduzca. Todo esto nos lleva al último capítulo donde queremos responder a las preguntas que originaron la siguiente investigación.

## CAPITULO V

### La vulneración de la libertad de expresión por medio de la concentración de medios escritos

#### 5. Introducción:

En este último capítulo trataremos el tema que fundamenta esta tesis, es decir, la justificación de que la libertad de expresión es incompatible con la concentración de medios y por lo tanto que se le perjudica si se permite que dentro de una sociedad democrática se albergue la concentración de los medios de comunicación escritos.

Para eso empezaremos a responder las preguntas específicas que nos planteamos en el proyecto de investigación. Después de hacer el análisis correspondiente, llegaremos a las conclusiones finales de la tesis.

#### 5.1 La pluralidad informativa se afecta con la concentración de medios

La primera pregunta secundaria que nos formulamos fue: ¿si se afecta el principio de pluralidad de la información con la concentración de la propiedad de los medios escritos en el Perú? Pasamos a presentar los siguientes argumentos:

- a) Dijimos que uno de los pilares fundamentales de cualquier democracia es la pluralidad informativa, es decir, que los medios de comunicación sean diversos y que las empresas o los encargados de difundir la información no sean de las mismas corporaciones. La razón para esto es muy simple: en una democracia ningún poder puede ser concentrado. Esto es, que si el poder oficial, el que lo ejercen las

autoridades, se encuentra diseminado y separado (principio de separación de poderes); el contrapoder, el que lo ejercen los medios de comunicación que fiscalizan, tampoco puede estar concentrado. Porque de lo que se trata es que la sociedad se encuentre avalada tanto por el poder gubernamental como por el poder de los medios. Debe haber un contrapeso entre estos dos poderes que se ejercer de forma separada pero que se necesitan para sustentar el sistema democrático.

- b) La pluralidad informativa garantiza que la información que se viertan en los medios sea diversa tanto en su contenido como en los medios mismos que la producen. Es decir, que los medios de comunicación no deben tener los mismo dueños o empresarios que se encargan de prestar tal servicio. De esta forma se evita que la información sea monocorde y obedezca a un solo interés. Cuando existe pluralidad de los medios, como de los contenidos, garantizamos el funcionamiento democrático adecuado de la sociedad, hacemos que ella no se encuentre vulnerada por las posiciones reduccionistas que existen sobre los diferentes problemas que se presentan en la esfera pública. Por lo tanto, la pluralidad de información no es compatible con la concentración de los medios de comunicación escrita, como es el caso de El Comercio y Erensa.
- c) Por su parte, la concentración de la propiedad de medios escritos se caracteriza por la unión de diferentes empresas que se dedican a la industria informativa. Las empresas que se dedican a esta actividad se unen para dedicarse exclusivamente a la venta de periódicos o para que organicen proyectos en común. Entonces, las empresas que se dedican a la industria informativa amplían su influencia, dentro del mercado informativo, al unirse con otras empresas que se dedican a dicha actividad. Uniendo sus activos y pasivos de cada una de ellas, hacen que su influencia dentro de la sociedad sea mayor y efectivo.
- d) Ahora, el artículo 61 de nuestra Carta Magna establece que los bienes y servicios que se relacionan a la libertad de expresión no pueden ser pasibles de monopolio, acaparamiento ni exclusividad de una empresa sea privada o pública. Por consiguiente, las empresas privadas no

pueden hacerse de los medios de comunicación, porque afecta la pluralidad informativa. De igual forma, el Pacto de San José establece en su artículo 13 que no se puede afectar la libertad de expresión por medios o vías indirectos entre los que se encuentran la concentración de medios o el ejercicio abusivo de la posición de dominio.

- e) En el caso de la jurisprudencia, la CIDH ha señalado en reiteradas sentencias la importancia de la pluralidad informativa y, sobre todo, la proscripción de afectaciones indirectas a la libertad de expresión como es el caso de la concentración de medios. Los casos más importantes
- f) Haciendo una interpretación constitucional del artículo 61 de la Constitución y, sobre todo, una interpretación convencional, ya que nosotros estamos adscritos a la normatividad interamericana y a los pronunciamientos de la CIDH, conforme a lo que establece la cuarta disposición transitoria de nuestra Constitución; debemos entender que nuestra norma fundamental regula la protección de la libertad de expresión y así mismo proscribiera cualquier mecanismo indirecto que la perjudique, es decir, que prohíba que el Estado promueva la vulneración de la libertad de expresión, pero a la vez pide que haya una posición de garante, por lo que el Estado tendría la obligación de proscribir cualquier actividad que perjudica la libertad de expresión como ocurre con el caso de la concentración de medios. El principio de la pluralidad de la información se ha desarrollado cumplidamente en la jurisprudencia interamericana, por lo que es obligatoria, que cuando se interpreta algún precepto constitucional de un Estado-parte, es necesario que se haga conforme a dicho principio. Por esa razón, cuando se proscriben los monopolios o el abuso de posición de dominio se está señalando que la diversidad de los medios, en este caso escritos, no debe ser propiedad exclusiva de un solo proveedor de información, sino que es necesario conservarla para garantizar los derechos de ciertos grupos sociales que podrían verse afectados por la concentración de medios. Por consiguiente, la libertad de expresión se garantiza cuando existe pluralidad informativa algo que no se encuentra garantizado con la concentración de medios escritos en el Perú.

## 5.2 La Concentración de la audiencia perjudica a la pluralidad informativa

La segunda pregunta que nos hemos formulado en la presente tesis fue: ¿si afecta el principio de pluralidad de la información con la concentración de la audiencia de los medios escritos en el Perú? Para lo cual pasamos a analizar la pregunta y a responderla sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) Por concentración de la audiencia habíamos entendido al fenómeno, dentro del mercado, por el cual una determinada empresa concentra el interés de los miembros de la sociedad, es decir, que concentra a los consumidores, como agentes de consumo del periódico o diario que goza de esa condición. Entonces, no es una concentración de la propiedad, sino de la audiencia que lo conforman las personas que adquieren los diarios que una determinada empresa imprime.
- b) La pluralidad de la información requiere que existan diversos canales de difusión de información en pro de la sociedad. Cuando se garantiza la pluralidad informativa, se protege a la libertad de expresión.
- c) El artículo 61 de la Carta Magna establece, claramente, que los bienes y servicios que se relacionan a la libertad de expresión, o sea, aquellos que se encargan de la difusión de información y de la propalación de la libertad de expresión de los ciudadanos, no deben estar sujetos a monopolio, acaparamiento o exclusividad de ningún particular o agente del Estado. De igual forma, el artículo 13 del Pacto de San José ha determinado que no se puede afectar a la libertad de expresión por medio de mecanismos indirectos como el caso de la concentración de medios.
- d) El Tribunal Constitucional en la sentencia N°0008-2003-AI dijo: “Ni los medios de comunicación ni, en general, los bienes y servicios relacionados con ellos, pueden ser objeto de concentración por el Estado o particular...” Como se puede ver, el Tribunal menciona “concentración” como uno de los fenómenos vedados por la propia constitución. No solamente se alude a monopolios y acaparamiento, sino que también se incluye a la concentración de medios como un

fenómeno contrario a la pluralidad de la información. Y dentro de la concentración se encuentra la concentración de la audiencia que es fundamental para entender el caso de El Comercio y Epena.

e) La libertad de expresión es uno de los derechos más importantes que se puedan tener dentro de una democracia. La importancia radica en que sirve de fundamento para el ejercicio de los derechos civiles como los de participación ciudadana. Entonces, cuando existe una concentración de la audiencia, estamos ante una vulneración de la pluralidad de ideas. No es que exista una uniformidad de caracteres entre las personas que desean un determinado periódico, sino que cuando un solo grupo empresarial provee la información a las personas, estamos ante una concentración que perjudica a la sociedad y, por ende, a la democracia. Puesto que la democracia necesita de diferentes canales y proveedores de información para que se pueda garantizar el debate político y la protección de los diversos intereses existentes en la sociedad.

### **5.3 La concentración de la propiedad de medios afecta el principio de autonomía de la información**

La tercera pregunta secundaria que nos formulamos fue: ¿se afecta el principio de autonomía con la concentración de la propiedad de los medios escritos en el Estado peruano?

a) El principio de autonomía de la información se caracteriza por la no interferencia de ningún agente externo para que se determine tal o cual noticia u opinión. Implica que las personas que trabajan en un determinado medio de comunicación tengan la garantía que su actividad no se verá mella por otras personas o intereses alternos. Así mismo, este principio exige que no haya interferencia dentro de la producción de las noticias, o sea, que las noticias sean producidas de forma independiente y sin alteraciones de contenido. Es importante saber que la producción de las noticias deba ser autónomas e independientes. Si alguna interferencia se encuentra en dicha

producción, entonces, estaremos ante la vulneración de este principio que afecta la correcta función de los medios de comunicación. Cuando esto ocurre, nos encontramos ante medios intervenidos y dependientes de lo que otros establecen.

b) La concentración de la propiedad de medios escritos se caracteriza por la adquisición de un solo grupo empresarial de la propiedad de una empresa que se dedica a la industria informativa. También se puede dar por la fusión de las empresas que se dedican a dicha actividad para tener mayor ventaja dentro del mercado.

c) La regulación constitucional es clara cuando menciona que no se puede permitir que algún proveedor de información, o sea, empresa pueda tener el uso exclusivo de la difusión de información. Cuando se da la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, se genera un perjuicio muy directo a la libertad de expresión, sobre todo, al principio de independencia de la producción informativa.

d) En cuanto a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en un proceso de inconstitucionalidad donde se trataba de declarar la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley de Radio y Televisión, el cual prescribía que los propietarios de una empresa que se dedica a la información no puedan concentrar más del 30% del espectro radioeléctrico para el caso de la radio y más del 20% para la televisión. Esta norma impugnada por medio de un proceso de inconstitucionalidad, pero el Tribunal falló que no se podía declarar la invalidez de esa norma porque se encontraba sustentada con los principios que rigen el sistema democrático. Es decir, que no contradice la libre competencia, sino que la concreta y logra que se cumpla con la visión de una economía social de mercado, o sea, una economía que no se base en criterios neoliberales, sino que respete los derechos individuales de los consumidores y busque que se concreten los fines del Estado.

e) La autonomía de la información, como principio que rige los medios de comunicación, es de suma importancia para que se garantice el ejercicio democrático y, sobre todo, el derecho a la libertad de

expresión. Cuando existe autonomía, se puede permitir que las personas que conforman los medios escritos expresen lo que les interesa sin interferencia ni algo que coarte su libertad de expresión. La autonomía permite que se amplíe un mayor debate político dentro de la sociedad. Por su parte, la concentración de la propiedad de los medios escritos no garantiza la imparcialidad ni la autonomía, porque los periodistas se encuentran supeditados a la línea editorial de la empresa que se ha hecho con los activos de la empresa vendida, lo cual perjudica gravemente a la sociedad, porque los periodistas no pueden velar por los intereses que no le concierne al dueño, sino, solamente, a los que él dispone como lo más importante.

#### **5.4 La concentración de la audiencia afecta a la autonomía de la información**

Como cuarta pregunta secundaria, nos planteamos la siguiente interrogante: ¿se afecta el principio de autonomía de la información con la concentración de la audiencia? Pasamos a responder la pregunta:

- a) Definimos a la autonomía de la información como la capacidad que tienen los periodistas de poder informar de la forma como ellos desean, es decir, sin que se encuentren afectados por agentes externos que les obligan a informar de determinada manera; permite que no se coarte la libertad de expresión de los periodistas.
- b) Dijimos que la concentración de la audiencia consistía en la atracción del mayor número de ciudadanos a un determinado proveedor de la información, es decir, a una sola empresa que se encarga de la industria informativa.
- c) El artículo 61 de la Constitución señala que los bienes y servicios que se encuentran relacionados a la libertad de expresión no pueden ser concentrados para uso exclusivo de un proveedor o grupo empresarial, porque se afecta la pluralidad informativa. El artículo 61 de la Constitución, que ya hemos analizado, prescribe que cualquier mecanismo que trate de coartar la libertad de expresión debe ser proscrito porque afecta el correcto funcionamiento de la democracia.

La democracia no puede funcionar con un contrapoder concentrado, sino que se necesita que haya desconcentración y diversidad los medios de difusión de información.

d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara a este respecto, puesto que señala que la libertad de expresión se garantiza cuando existe autonomía en la difusión de ideas y cuando, para la formación de criterios, el principio de la pluralidad de la información no se vea disminuida. Estos dos principios consolidan el funcionamiento de la democracia y de la participación ciudadana, ya que la democracia sólo puede funcionar cuando existe una opinión pública desarrollada y sólida. Para que todo esto pueda estructurarse, es necesario que haya más participación ciudadana y esto se logra con la educación que los medios vierten.

e) La concentración de la audiencia trae consigo que el único proveedor de la información aumente su influencia y poderío dentro del mercado y de esa forma puedan establecer las pautas y normas para el funcionamiento de éste. Es decir, que la concentración de la audiencia, al dar poder a un grupo empresarial o proveedor, hace que le sea más fácil influir en las reglas del propio mercado. Por lo tanto, dicha concentración perjudica y afecta directamente a la autonomía de la información, porque la persona encargada de la difusión de la información recurrirá solamente a lo que el público desea y a lo que se establece como lo “necesario” para la información. Además, los dueños de la empresa encargada de la información escrita pueden establecer criterios que se asemejen a una sola forma de visión del mundo, esto es, que se encargue que solamente una determinada noticia u opinión se puede verter en el periódico o diario, lo cual genera una serie de perjuicios

f) Hemos advertido que la respuesta que se han dado para que no se regule o declare la nulidad de la adquisición de El Comercio de la empresa Erensa, se basa en la idea que tal concentración no existe, puesto que el número de periódicos fusionados (o sea, El Comercio y Erensa) llegan a las justas a seis; mientras que los periódicos son más de cincuenta, por ende, no habría concentración. Esto, como lo dijimos,

es un error porque no se puede meter en el mismo saco a los periódicos informativos en sentido estricto de los periódicos de entretenimiento. Si tenemos en cuenta los periódicos que se dedican a la información seria, advertiremos que son pocos los que se preocupan de la información estatal y pública; en cambio, los que vierten información que es considerada irrelevante para el desenvolvimiento de la sociedad, son los más. Esto es, que lo periódico de prensa amarilla abundan.

g) Como bien lo vimos, en el capítulo anterior, los defensores de que no se ha vulnerado el principio de la pluralidad informativa alegan que la concentración de medios escritos no se puede dar en una sociedad donde existen más de 50 periódicos a nivel nacional y que solamente los que se han unido -para formar una sola empresa (El Comercio y Erensa)- constituyen 6 periódicos, por ende, no puede haber una concentración de medios. Sin embargo, este argumento adolece de falta de análisis, ya que la mayoría de periódicos que constituyen todos los medios escritos del país no se dedican a la información “seria”, sino que su interés se centra en la información amarillista, lo que se conoce con el nombre de prensa amarilla. Entonces, es necesario separar la paja del trigo, porque una cosa es la prensa que se dedica a la fiscalización de las autoridades y el ejercicio del poder; y otra la prensa que se dedica a la información de espectáculos e información superficial, que no tiene ninguna repercusión en lo social ni lo estatal. Sobre la base de esto es que se hace el análisis de la actividad informativa.

h) No se puede negar, para nada, el hecho fundamental que los medios tienen la capacidad de manipular a la gente y de influir en ellas. Es una verdad que con el paso del tiempo se ha ido acrecentando dentro de las sociedades modernas. Las sociedades dependen mucho de los medios para poder informarse; los medios dependen, a la vez, de la sociedad para que la información que ellos vierten sea aprovechada. La dependencia es mutua. Por eso cuando uno de los dos empieza a fallar, la otra sufre las consecuencias inevitables.

i) En las democracias modernas, una de las funciones más importantes que cumplen los medios de comunicación es servir como fiscalizador del poder ejercido por las autoridades que fueron elegidas popularmente. Sin embargo, su función no se puede agotar ahí, porque se puede malinterpretar y entender que para lo único que ellos fueron creados es para dar cuenta de los que administran la cosa pública; por esa razón, los medios cumplen una función subsidiaria que es más fundamental que la primera: la función de educar. Empero a la par de esta función es necesario que para que se pueda consolidar.

j) Los medios son importantes para que se pueda consolidar la información en la sociedad, así mismo, para que se pueda regular el poder ejercido por el gobierno, pero de igual forma tiene la función educadora que no se les puede negar, de ninguna forma. El artículo 16 de nuestra Constitución consagra que ellos tienen el deber para educar. O sea que, a pesar de ser un servicio privado, la condición que el Estado establece es que se les permitirá la concesión del espectro radioeléctrico a fin de que puedan dedicar, dentro de su programación, unas horas a la cultura y la educación.

### **Conclusiones:**

- La concentración de medios es incompatible con la libertad de expresión, porque disminuye la pluralidad informativa, además, de afecta la veracidad y objetividad en las noticias.
- La concentración de la propiedad de los medios de comunicación escritos hace que no se garantice la pluralidad informativa, o sea, lo medios escritos por los cuales se difunde las noticias y los hechos de intereses sociales sean direccionados en favor de una agenda política que es dirigida por el medio de comunicación que más influencia y poder adquiere.
- La concentración de la audiencia no es solamente la acumulación de consumidores, dentro de un mercado, sino que es una forma de disminuir el debate político, es decir, la esencia de la democracia, ya

que ella se fundamenta en la protección de los derechos de las minorías y en el debate político donde se discute las condiciones de esas minorías que no se encuentran avalados o, tal vez, no se encuentra reconocidos a nivel estatal.

- La concentración de medio no respeta el principio según el cual ningún poder o contrapoder puede estar concentrado, es decir, que la concentración, dentro de una democracia, es contraproducente venga del poder oficial (el Estado) o venga de los contrapoderes que -en este caso- es la libertad de expresión, manifestada en los medios de comunicación escritos de donde se valen los grupos sociales que desean que la dinámica de la democracia funcione. Porque una democracia solamente es tal cuando existe una confrontación completa entre los distintos grupos sociales que se desarrollan dentro de la sociedad.
- La concentración de medios no asegura la independencia de los administradores de la libertad de expresión (los periodistas); ya que existe la posibilidad de que se interfiera en la libre determinación de las opiniones y de la información que ellos desean difundir, puesto que en muchos casos ellos no seguirán la línea editorial de los medios en los que escriben.

### **Recomendaciones:**

- Se debe regular las fusiones y comprar de los medios y bienes y servicios que se relacionan con la libertad de expresión. Estos bienes deben estar sometidos a un control previo a que los empresarios o propietarios de tales medios puedan, puesto que no debemos esperar que el perjuicio se ocasione para recién establecer las sanciones, sino que es muy importante evitar las fusiones de tales bienes y servicios.
- Se debe crear centros de apoyo para aquellos periodistas que se encuentran amenazado en su autonomía al ser presionado por algunos de los propietarios. Es muy necesario evitar que haya vulneraciones a los periodistas.

- El Ministerio de Trabajo debe intervenir en los casos de cese injustificado de contratos de periodistas que se encargan de difundir noticias, puesto que este es una forma de despido indirecto que afecta a la libertad de expresión.
- Que se realicen anualmente conversatorio en los claustros universitarios y en las instituciones para comentar los informes anuales emitidos por la Comisión Interamericana de Derecho Humanos sobre el estado actual de la libertad de expresión, ya que esta institución hace esos informes para evitar que los grupos vulnerables sean perjudicados o sus derechos se encuentren en mayores amenazas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo, J. (2016). Concentración mediática, elecciones y calidad de la democracia en el Perú. En B. Kresalja, & D. Lovatón, *¿Puede acapararse la libertad?* (pág. 614). Lima: Fundación para el Debido Proceso y Fondo Editorial de la PUCP.
- Aragón, M., Balaguer Callejón, F., Cabo, C., Carbonell, M., Carpizo, J., Comanducci, P., . . . Zagrebelsky, G. (2000). *Teoría de la Constitución (ensayos escogidos)* (Primera ed.). (M. Carbonell, Ed.) Mexico, Mexico, D. F. , México: Porrúa.
- Beccaria, C. (2002). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Losada.
- Bodenheimer, E. (1964) *Teoría del Derecho*. Mexico: FCE.
- Coulanges, F. d. (2001). *La Ciudad Antigua* (7 edición abril del 2001 ed.). (A. Fano, Trad.) Madrid: Edaf.
- El Comercio. (cinco de enero de 2014). Aquí le dejamos la respuesta, señor presidente. *El Comercio*, pág. 22.
- Fernández Sessarego, C. (2011). *El derecho a imaginar el derecho*. Lima: Idemsa.
- Fernández, J. (2014). *Estudio de la estructura del mercado de la prensa escrita en el Perú*. Lima: Universidad Pacífico.
- Fiss, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa.
- García, F. (1981). *El Perú contemporáneo*. Lima: Editorial Científica.
- Gargarella, R. (2011). Constitución y la libertad de expresión. En M. P. Ávila Ordóñez, R. Ávila Santamaría, & G. Gómez Germano, *Libertad de expresión debates, alcances y nueva agenda*. Quito, Quito, Ecuador: Naciones Unidas Derechos Humanos.
- Huerta, A. (2010). Libertad de expresión: fundamento y límites a su ejercicio. En J. M. Sacio, *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho* (pág. 622). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

- Llosa, M. V. (12 de enero de 2014). ¿Un castillo de naipes? *La República* (suplemento Domingo), pág. 7.
- Locke, J. (1970). *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*. (A. J. Álvarez, Trad.) Mexico: Editorial Grijalbo, S. A.
- Mariategui, J. C. (1981). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana* (44 ed.). (J. Mariátegui Chiappe, S. Mariátegui Chiappe, & J. Mariátegui Chiappe, Edits.) Lima, Lima, Perú: Amauta.
- Mill, J. S. (1984). *Sobre la libertad*. Altamira: Sarpe.
- Ramos, A. (2014). Tremendo Juez. *Hildebrandt en sus trece*, 4-7.
- Regla, J. A. (2010). La Constitución del Estado Constitucional. En P. R. Ramírez (Ed.), *El Derecho en acción: ensayos de interpretación y aplicación del Derecho* (1ra ed., págs. 83-116). Lima, Lima, Perú: ARA editores.
- Rousseau, J. J. (1985). *El Contrato Social* (Sarpe, 1985 ed.). (E. Azcoaga, Trad.) Altamira, Altamira, España: Sarpe.
- Savater, F. (2007). *Diccionario Filosófico* (Primera ed.). Barcelona, España: Editorial Ariel, S. A.
- U.S v. Abrams, 250 U.S. 616 (Corte Suprema de los Estados Unidos 1919).
- Uceda, R. (2013). La Parábola del Chihuahua y el Rottweiler. *Poder*, 24-32.
- Vargas, M. (1983). *Contra viento y marea (1962-1982)*. Barcelona: Seix-Barral.
- Vivanco, A. (Setiembre de 2007). [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_12400-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_12400-544-4-30.pdf).