



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 4371-2012-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS
S.R.L. LAP

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 04 de octubre de 2016.

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. contra la resolución de fojas 2138, su fecha 7 de marzo de 2012, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos y

ATENDIENDO A QUE

Con fecha 16 de noviembre de 2005, LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. [en adelante, la recurrente] interpuso demanda de amparo contra don Raúl Wiener Fresco, solicitando: a) que se ordene la paralización definitiva de la distribución, difusión o circulación gratuita u onerosa de la información total o parcialmente contenida en el libro titulado "Un fraude en tres letras: LAP"; b) que se ordene la recolección y el retiro del mercado de las ediciones del referido libro; c) que se ordene a su autor que se abstenga de reimprimir, reeditar o reproducir el contenido total o parcial, en una obra bajo el mismo título o bajo cualquier otro título; d) que se ordene rectificar a su costo y cuenta, a través de una obra de similares proporciones e igual tiraje, todas aquellas afirmaciones que se hayan emitido y que no hayan respetado el principio de veracidad; y e) que se ordene al demandado no volver a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, aun en el supuesto de que sus derechos se hubieran tornado en irreparables, por considerar que se ha violado su derecho a la buena reputación.

Como es de público conocimiento, don Raúl Wiener Fresco, emplazado en la presente causa, falleció con fecha 5 de septiembre del año 2015, hecho que ha sido corroborado por la entidad demandante mediante escrito presentado ante esta instancia especializada el 13 de octubre del 2015.

Bajo las circunstancias descritas y estando a que la presente demanda fue promovida en específico contra el citado emplazado, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia al haber operado un típico supuesto de sustracción de materia justiciable.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con el voto singular de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez que se agrega,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 4371-2012-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS
S.R.L. LAP

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo interpuesta por sustracción de la materia.

SS

MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ Y DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Emitimos el presente voto porque discrepamos con la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas. Ellos han resuelto que ha operado la sustracción de la materia, lo cual obedecería al deceso del demandado. En consecuencia, se determinó que la demanda debía ser declarada improcedente.

Consideramos que al Tribunal le corresponde: 1) dilucidar si persiste la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo; 2) de ser cierto lo primero, analizar si es que la información contenida en el libro *Un fraude en tres letras: LAP* afecta o no la buena reputación de la entidad demandante. Nuestro análisis se centrará en estos dos puntos.

I. La necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo

1. Por escrito de fecha 13 de octubre de 2015, la parte recurrente informó acerca del deceso del señor Raúl Wiener Fresco, quien fue el autor del libro que es objeto de cuestionamiento en este proceso. Ello, a criterio de la parte demandante, haría imposible continuar con el trámite del proceso.

2. Al respecto, es pertinente indicar que, en su demanda, Lima Airport Partners SRL (en adelante, la recurrente) solicitó: a) que se ordene la paralización definitiva de la distribución, difusión o circulación gratuita u onerosa de la información total o parcialmente contenida en el libro titulado *Un fraude en tres letras: LAP*; b) que se ordene la recolección y el retiro del mercado de las ediciones del referido libro; c) que se ordene a su autor que se abstenga de reimprimir, reeditar o reproducir el contenido total o parcial, en una obra bajo el mismo título o bajo cualquier otro título; d) que se ordene rectificar a su costo y cuenta, a través de una obra de similares proporciones e igual tiraje, todas aquellas afirmaciones que se hayan emitido y que no hayan respetado el principio de veracidad; e) que se ordene al demandado no volver a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda.

3. Del petitorio de la recurrente se puede verificar que el acto lesivo que ha sido reclamado ante el Tribunal radica en la publicación y circulación del libro *Un fraude en tres letras: LAP*. De esta forma, mientras continúe la distribución del referido texto, existiría una posible afectación de los derechos de Lima Airport Partners SRL.

4. Ello es así si consideramos que, de conformidad con el Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, los herederos de Raúl Wiener fresco podrán ejercer los derechos morales sobre la publicación, entre los cuales se encuentran la divulgación, paternidad, integridad, modificación, y retiro de la obra del comercio y acceso. Esto implica que el libro aún sea distribuido comercialmente, y que los familiares tengan la facultad de decidir acerca del destino de la publicación.

5. Si el Tribunal, como proponen nuestros colegas en mayoría, resolviera que el deceso del demandado genera la improcedencia de la demanda, esto supondría la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

posibilidad de que, frente a una demanda futura, se pueda instar a los familiares a una posible modificación del texto de la publicación con el propósito de no afectar los derechos de entidad recurrente. Esta situación, consideramos, puede generar una latente vulneración del derecho a la sociedad de recibir información en caso se compruebe que la difusión del texto no afecta el derecho a la buena reputación de la entidad recurrente. Según estimamos, la decisión que este Tribunal pueda adoptar en torno a la validez de las publicaciones puede orientar la decisión de los herederos en torno al destino que pueda darse a la obra.

6. En ese sentido, consideramos que, de existir razones para que el Tribunal desestime la demanda, el fallo debería ser resuelto por cuestiones de fondo, ya que ello permitiría que los familiares tomen un adecuado conocimiento acerca de la posibilidad de alterar o modificar el libro que ha sido cuestionado en este proceso. Estimo que ello, en virtud del principio de economía procesal, podría ser mencionado en este caso, y no esperar alguna demanda posterior para determinar si es que el libro *Un fraude en tres letras: LAP* afecta o no los derechos de la recurrente.

7. Evidentemente, si el fallo fuese estimatorio, no existiría la posibilidad de emplazar al demandado, debido a su deceso. Sin embargo, consideramos que, en el caso contrario, existirían suficientes razones para emitir un pronunciamiento de fondo, pues ello puede incidir en la decisión que los familiares adopten en torno a la publicación y divulgación del libro. El Tribunal no puede dejar de advertir que el referido texto aún sigue en circulación, por lo que los familiares podrían decidir el retiro de la obra del mercado o la supresión de cierto contenido informativo si es que asumiesen que se están afectados intereses o derechos de terceros. De ahí que la sentencia que expedimos pueda alentar el mantenimiento de la integridad de la obra o incluso su circulación en el mercado.

II. La posible violación de derechos constitucionales a propósito de la publicación del libro *Un fraude en tres letras: LAP*.

8. Una vez establecida la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo, expondremos los motivos por los cuales consideramos que, independientemente del deceso del demandado, el Tribunal debe resolver la controversia.

a) Argumentos de la demandante

9. En opinión de la recurrente, se ha afectado su derecho a la buena reputación porque en diversos pasajes del libro *Un fraude en tres letras: LAP*, mediante información falsa, el demandado ha puesto en tela de juicio la corrección del proceso que culminó con la entrega en concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, así como las actividades desarrolladas en ejecución del contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación de dicho aeropuerto, desprestigiando y dañando su trayectoria. Observa que las irregularidades descritas, que se encuentran en diversos pasajes del citado libro (páginas 5, 6, 7, 11, 12, 16 y 17, 29, 32, 33, 52, 53, 62 y 63), no se ajustan a la verdad, ya que su participación se ajustó a las “Bases para la entrega en concesión al sector privado del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez” (en adelante, las Bases), tanto en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

etapa de precalificación y otorgamiento de la buena pro, por un lado, como en la firma del contrato, cumpliendo rigurosamente con las distintas condiciones y requisitos que allí se preveían.

10. Los pasajes del libro *Un fraude en tres letras: LAP*, que contienen información falsa y que afectan la buena reputación de la recurrente, a su juicio, esencialmente están relacionados con los siguientes ítems:

a) En la página 5 del libro, el demandado afirmó:

El más caro descenso por mangas, el más oneroso aterrizaje y despegue, la más alta tasa de desembarque del país y una de las más elevadas del mundo para vuelos internacionales, la playa de estacionamiento más usurera, los taxis que parecen asaltantes del camino, las tiendas y restaurantes que cobran el triple de lo que sus filiales en otras partes de la ciudad, etc.

A juicio de la recurrente, tales afirmaciones no constituyen un juicio de valor, sino declaraciones que pueden ser comparadas. En el caso de las tarifas que cobra LAP, aduce, estas se encuentran reguladas por el contrato de concesión, el cual permite incrementar tarifas desde el primer año de la concesión. Por ello, opina, es falso que la recurrente establezca unilateralmente los valores de las tarifas, pues, además de ser objeto de supervisión por el organismo estatal de regulación, las tarifas no pueden exceder ciertos montos señalados en el anexo 5 del contrato, los cuales pueden ser fijados por Ositran.

b) En las páginas 5 y 6 del referido libro, el demandado expresa:

Durante meses los entendidos pudieron saber que entre los interesados había postores poderosos, asociaciones con grupos significativos del capital nacional, pugnas y mutuas descalificaciones. Pero recién al final se escucho de una sigla de tres letras LAP: Lima Airport Partners, que se presentaba ni más ni menos que como la representación del Aeropuerto de Frankfurt de Alemania, asociada a la mayor constructora del mundo Bechtel, y a COSAPI, empresa de bandera del grupo Piazza, uno de los apóstoles del poder económico nacional. El día de la apertura de sobres, LAP era el único participante. Toda la intriga había sido despejada con la descalificación de los otros postulantes. LAP ganó en un concurso en el que intervenía solo.

Al respecto, aduce la recurrente que la modalidad aplicable a la concesión del aeropuerto fue una licitación pública especial, en la cual, tras realizarse exposiciones a nivel internacional invitando a los postores, finalmente precalificaron 10 consorcios internacionales y, de estos, solo ocho llegaron a calificar. Indica que, tras realizarse la recepción de los sobres que contenían las propuestas respectivas, solo se recibieron cuatro, de los cuales dos fueron descalificados al momento de presentarlas porque no cumplieron el requisito de entregar toda la información requerida. Precisa que el tercero no calificó por incumplir determinados requisitos exigidos en la propuesta técnica, por lo que su consorcio ganó la licitación al ser el único postor que cumplía los requisitos de la propuesta técnica, lo que “no significa haber obtenido la buena pro sin concursar o sin haber sido calificado conforme a las BASES, como pretende insinuar el demandado”.

c) Por otro lado, en la página 6 del libro el demandado señaló:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

LAP: en el momento de presentarse a la concesión, el lustroso consorcio de alemanes, estadounidenses y peruanos, carecía de representante legal acreditado, de inscripción legal actualizada, de capital significativo (habían declarado 10 mil soles), pero no habían encontrado obstáculos para quedar como postores únicos, sin posibilidad de pierde (...). Si había alguna corrupción todavía incompleta era la de la concesión del aeropuerto. Pero el nuevo ministro de economía, Javier Silva Ruete, se negó a revisarla. No había que mandar ningún mensaje que desaliente la inversión. Eso dijo. Por lo que la licitación con un solo postor, la condición irregular de LAP, los cambios que se habían producido en las bases en los últimos días antes de la concesión, no pudieron ni siquiera ser vueltos a discutir.

Sobre ello, la demandante afirma que la descripción de tales hechos es inexacta. Al licitar, los concursantes debían firmar la versión del contrato de concesión que formaba parte de las bases consolidadas de la licitación pública especial. En virtud de dicho contrato, las empresas que postulaban siendo consorcios “se comprometían a crear personas jurídicas que cumplan con los requerimientos señalados en las Bases, solo en caso que uno de los consorcios termine siendo adjudicado con la buena pro”, conforme lo establece el artículo 6.5.1 de las bases. Por ello, indica, no existía la obligación de que los miembros del consorcio constituyeran una persona jurídica al momento de postular a la licitación y ello explica también por qué al constituirse dicha persona jurídica se autorizó a don Gustavo Morales Valentín a suscribir en representación de LAP el contrato. De modo que, concluye, “las afirmaciones del demandado no solo carecen de sustento, sino que se encuentran frontalmente reñidas con la verdad, siendo perjudiciales a LAP pues se nos muestra como una empresa `informal y tramposa`”.

d) Por otro lado, en la página 7 del libro se expresa:

Ositran ha dado luz verde a los requerimientos del concesionario y se ha prestado a la trampa de las cifras de inversión, que no pueden ser por lo que se tiene ante los ojos pero que los supervisores avalan, antes de pasar por LAP para cobrar por sus servicios.

Al respecto, la demandante sostiene que, según el contrato, corresponde a Ositran administrar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, utilizando criterios técnicos. Indica que los servicios aeroportuarios son prestados conforme a leyes que regulan el libre acceso al mercado, observándose en la prestación de estos las normas que sobre esta materia dictan la Dirección General de Aeronáutica Civil y el Indecopi, además de cumplir puntualmente con el pago de la retribución que le corresponde según el contrato.

e) Asimismo, indica que en la página 11 del libro, el demandado afirmó:

Se firma el contrato de todas maneras, a como dé lugar, le pese a quien le pese (Javier Silva Ruete, Ministro de Economía).

En opinión del actor, el demandado da a entender un supuesto interés del entonces ministro de Economía para que se concesione el aeropuerto sin importar las condiciones.

f) Del mismo modo, en la página 12 del libro, se denuncia que el demandado afirmara:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

¿No hubo relación con Kuczynsky en todo esto?

Es muy curioso el tipo de relación entre varios personajes de esta historia. Alberto Pandolfi como ministro de Transportes origina el proceso de la concesión. Carlos Boloña como ministro de Economía lo impulsa contra viento y marea durante los primeros meses del tercer gobierno de Fujimori que se instala en julio de 2000, y no se detiene a pesar de que se anuncia el recorte de mandato y se produce la fuga al Japón. Silva Ruete, como ministro de Paniagua, inventa lo de la 'gran inversión' que vendrá para el aeropuerto y se empeña en la firma 'pese a quien le pese'. Kuczynsky representa a COSAPI, uno de los tres integrantes del consorcio LAP, en todo el trámite hacia la firma del contrato de concesión. Pero poco después se sabe que será el ministro de economía de Toledo. Cuando PPK se retira del cargo en el 2002 es reemplazado por Silva Ruete. Saque sus conclusiones.

Según la recurrente, "el demandado quiere dar la impresión de que LAP manejó irregularmente su postulación como concesionaria del Aeropuerto, y utiliza bien sus recursos literarios (sic). Pero no puede probar nada, porque nada irregular, ilegal o arbitrario ocurrió ni ocurre. Lo que sí ocurre es que deja —lamentablemente— una sensación de fetidez a su paso, que vulnera nuestro derecho a la buena reputación".

g) A su vez, se reclama que en las páginas 16 y 17 del libro, el demandado expresara:

Sin embargo estos tres no se unieron para mostrar su pretendido punche y para enseñar al mundo como se realizan las inversiones de riesgo. Nada que ver. En el libro de constitución del consorcio que se presenta a la licitación el 15 de noviembre de 2000, se declara un capital social suscrito de apenas 10 mil soles. Este era el nivel de riesgo que asumían los proclamados gigantes de la aviación y construcción civil.

La cláusula 11.1.9 de las bases exigía un capital social suscrito (...) al menos equivalente a los (sic) 30 millones de dólares (...). Al postular, LAP no cumplía con el requisito. Fue recién en febrero de 2001, en vísperas de la firma del contrato, que se hace una modificación de estatutos y se eleva al capital a 105 millones 760 mil nuevos soles, que al cambio de la época eran aproximadamente los 30 millones requeridos, de los que se dieron por pagados 15 millones.

Y que ello se justificara así:

La importancia de este dato es que cuando debió ser calificada, LAP era una pequeña empresa sin valor para asumir un aeropuerto internacional. Pero con la concesión en el bolsillo que le aseguraba enormes ganancias para los (sic) siguientes años, le resulto mucho más fácil conseguir dinero para pagar un capital y ponerlo en depósito. La pregunta es: cómo pudieron ganar con solo 10 mil soles?, ¿quién permitió que eso ocurriera?

Señala la recurrente que, de acuerdo con la cláusula quinta de las Bases, el único requisito para postular a la licitación pública especial internacional, en calidad de postor, era conformar un consorcio de empresas, que, como se sabe, es solo un contrato asociativo, al cual, en tal condición, no se le puede exigir un capital social. Por ello es que solo una vez que se obtiene la buena pro las bases exigen que se forme una persona jurídica. En su opinión, "se nota la intención maliciosa de tergiversar los hechos, pues si el señor Wiener hubiera sido diligente y hubiera revisado las BASES, habría advertido que el requisito



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

respecto del capital mínimo era impuesto a la adjudicataria de la buena pro, y no en cualquier momento, sino solo a la fecha de cierre, que es el momento de suscripción del Contrato”. Igualmente, sostiene que si bien LAP se constituyó con un capital social de 10 mil soles, de acuerdo con la cláusula 11.1.9. del contrato, la obligación de contar con un capital social suscrito de 30 millones de dólares —que debía ser pagado en cuanto menos 15 millones de dólares— era exigible antes de la fecha del cierre, lo que la recurrente cumplió con suscribir y pagar.

h) Por otro lado, se denuncia que en la página 17 del libro en referencia, el demandado afirmó:

El señor Gustavo Enrique Morales Valentín, que es quién firma el contrato de concesión, no tenía mandato legal inscrito para hacerlo. En realidad nadie hubiera podido hacerlo porque el bendito consorcio logra existencia legal el 20 de diciembre, tres semanas después de la licitación.

La recurrente afirma que don Gustavo Morales Valentín sí contaba con facultades para representar al consorcio hacia el mes de agosto de 2000, como consta de la escritura pública de fecha 26 de julio de 1999, inscrita en el Asiento A00001 de la Partida Electrónica 11249682 del Registro de Personas Jurídicas de Lima. Y que con posterioridad, una vez constituida LAP, y antes de la celebración del contrato, también tenía su representación inscrita en el asiento C 0001 de la Partida Electrónica 11250416, en estricto cumplimiento del numeral 2.2.4 de las Bases. Precisa que, de acuerdo con el numeral 1.6.22 de las Bases, la fecha de cierre era el día 14 de febrero de 2001, en tanto que el 25 de enero de 2001 ya se tenía el poder inscrito para representar a LAP.

i) Indica, adicionalmente, que en la página 19 del libro el demandado expresó:

Lo que usted acaba de leer es la explicación que LAP ofrece a la opinión pública, sobre los cambios que se han producido en los titulares de la concesión. Lo que nos informa que después de habersele entregado la administración a las tres empresas ganadoras (con buenas o malas artes), de una licitación oficial, dónde debían demostrarse las calidades de los postores para tomar una responsabilidad de la magnitud de un aeropuerto, ellas deciden por su propia cuenta, es decir fuera de las bases del concurso, proceder a un cambio de composición, como si pudieran variar el resultado.

Al respecto, manifiesta que, de acuerdo con las cláusulas 2.6 y 2.6.1 del contrato, cualquier cambio en la composición societaria de la empresa concesionaria era posible, pero requería que el Estado peruano lo aprobara de manera previa. Igualmente, afirma que, de acuerdo con el artículo 2.6.2 del Contrato, el concesionario estaba facultado para ceder su posición contractual o que sustituya a cualquier inversionista estratégico.

j) Por otro lado, denuncia que en la página 29 el demandado expresara:

La adenda 4
(...)

Este arreglo [refiriéndose a los cambios en la adenda 4 sobre la construcción de la segunda pista] ha mermado la capacidad de fiscalización y control sobre la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

administradora privada y ha evidenciado que el Estado, dueño del aeropuerto y los derechos aeronáuticos, se ha colocado a la defensiva.

Sobre el particular, la recurrente afirma que, según con el propio contrato, es posible la modificación de este, previo acuerdo con el concedente, siempre que sea necesario y se encuentre debidamente sustentado para el endeudamiento garantizado permitido, exista naturaleza de la garantía que se otorga al acreedor permitido y se tenga que adecuar a los cambios tecnológicos o a las nuevas circunstancias durante la vigencia de la concesión o sus prórrogas y que las partes no puedan razonablemente conocer o prever en la fecha de cierre. En cualquier caso, denuncia la recurrente, “en todo momento omite señalar el autor del libro [...] que el contrato, en su cláusula 24.7 permite modificaciones al mismo y establece el procedimiento para efectuarlo”, y que este fue seguido en el caso de las cuatro adendas.

k) Indica, igualmente, que, en las páginas 32 y 33 del libro, el demandado expresó:

El monto de la inversión declarado hasta comienzos de 2004 era ostensiblemente bajo y obligó a múltiples negociaciones con el regulador. Sin embargo, desde el segundo semestre del año pasado las obras se aceleran, y las cifras de gasto van a una velocidad estratosférica. Hemos consultado el caso con especialistas, que podían darnos alguna opinión sobre el tema:

¿Tienen algún sentido los datos de inversiones ofrecidos por LAP y avalados por OSITRAN?

Una cifra de 160 o 140 millones de dólares, es demasiado dinero. Podríamos hacer una buena lavada de cara a la ciudad. Por ejemplo, autopistas, pasos a desnivel y otras obras de envergadura. Pero dónde está, dónde podemos apreciar, lo que habrían gastado presuntamente en el aeropuerto. Hagamos un cálculo grueso. Estamos ante la reedificación de un edificio, sobre terrenos por lo que no hay que hacer ningún pago, en un área que exagerando se puede estimar en 10 mil metros cuadrados. El costo por metro cuadrado no puede ser más de 1000 dólares. ¿Cuánto da esto? 10 millones de dólares. Pongámosle el doble suponiendo que LAP se buscó el contratista más usurero, aunque éste fuera su propio partner COSAPI. Entonces serían 20 millones de dólares. ¿Cómo se puede reconocer un gasto superior en siete veces al que se tiene a la vista?

¿Y las mangas?

Si se le suman las mangas (que se usan muy limitadamente por las altas tarifas que se quiere cobrar por ellas), las (sic) escaleras eléctricas, ascensores y otros gastos complementarios, se podría inflar el dato hasta 30 millones de dólares. Ni un centavo más. Por si acaso, estamos cotizando a precios internacionales, pero con el valor de la mano de obra y materiales en el Perú, es muy probable que el costo haya sido bastante menor.

¿Cómo sale LAP tan campante para anunciar que OSITRAN avala su programa de inversiones?

Solo hay una explicación y es que las entidades que supervisan el cumplimiento del contrato son cómplices de la desinformación porque sus propios ingresos representan un porcentaje de la inversión supuestamente realizada. A LAP y a sus supervisoras les interesa la cifra inflada, porque corresponde a sus intereses de recibir una mayor



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

retribución. Es la verdad. Sobre OSITRAN ¿qué decir?, que sus funcionarios son intercambiables con los de LAP.

Según expresa la recurrente, el demandado hace suyas estas afirmaciones realizadas por alguien a quien se califica de experto, en una entrevista concedida a doña María Teresa García, a quien refiere no conocer. En cualquier caso, denuncia la recurrente, “si el señor Wiener es periodista debería saber que el escudarse en un dicho de tercero sin verificarlo no lo hace menos responsable por el contenido inexacto o agravante de la información”. Y es eso lo que sucede cuando se afirma que LAP habría manipulado las cifras de inversión en concertación con funcionarios de Ositran, lo que no es exacto pues sus actividades se encuentran reglamentadas y las mejoras al aeropuerto han sido realizadas en el marco de lo proyectado en el contrato, con supervisión del organismo regulador. Por ello, considera que las afirmaciones del demandado son “improbadas, inexactas y totalmente maliciosas”.

I) Refiere que, en las páginas 52 y 53 del libro en cuestión, se ha afirmado:

Una tienda fuera del circuito

Si usted creía que había visto todo lo que había por ver, desplácese hacia el final del espigón internacional y descienda al primer piso. Lo puede hacer en ascensor o por una escalera. En la parte baja encontrará las salas de espera para vuelos con retraso o que no son servidos por las mangas, sino por los buses de reparto. Son salas que muy de vez en cuando tienen pasajeros.

Al fondo de este ambiente se puede exhibir un pequeño kiosko, sin luz propia, confinado al último rincón de la extensa zona internacional. Casi nadie se entera de su existencia. Pero si por curiosidad se acerca verá que es una tienda de artesanías peruanas.

¿Por qué están ustedes aquí, donde nadie puede verlos?

Porque LAP así lo ha dispuesto. Como existe una orden del juez para que nuestra tienda no sea echada fuera del aeropuerto, han decidido colocarnos fuera del área comercial, para que los pasajeros no vean ni compren nuestros productos.

¿Desde cuándo están en este lugar?

Desde febrero de 2005. Durante la fase construcción del espigón nos mantuvimos en nuestro lugar original donde cumplimos 20 años. Nuestro contrato era con CORPAC, pero LAP lo desconoció. De ahí vino la intervención del juez.

Pero esto parece la Siberia.

Hay una nueva demanda ante el juez por hostilización e incumplimiento de la resolución que nos permitía seguir operando. Somos la única tienda de las anteriores que aún permanece en el aeropuerto a los demás los expulsaron.

Muy pocas personas se acercan Cexport y cuando lo hacen, preguntan algunas de las cosas que nosotros le preguntamos a la administradora. Algunos se interesan en las artesanías pero en muchos casos se excusan de no poder comprar sus regalos a la tienda de artesanos, porque ya gastaron su dinero en la parte de arriba.

En relación con este fragmento, el demandado está actuando en representación de muchas de las empresas que, como Cexport, ilegalmente se mantienen en el Aeropuerto, pues si bien tenían contratos con Corpac, estos vencieron al asumir LAP la administración del aeropuerto.

II) Finalmente, indica que en las páginas 62 y 63 el demandado expresó:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

En el conflicto CEXPORT-LAP, hay diversas dimensiones que lo hacen significativo: (a) es un enfrentamiento entre una pequeña empresa nacional de actividad prolongada y con todas sus operaciones en regla (contrato y alquileres pagados), con un consorcio trasnacional conformado a partir de los procesos de privatización que por algún motivo interpretan sus derechos y prerrogativas como superiores a las del resto; (b) es un caso emblemático del abuso del poder que se ha venido ejerciendo en el aeropuerto concesionado contra numerosas empresas que tenían concesión de CORPAC (...).

Aduce la recurrente que dicha información es falsa, pues no existe un contrato entre ambas, y que, tras el desistimiento del ofrecimiento judicial de pago efectuado originalmente por Cexport en su favor —que fue objeto de oposición por parte de LAP—, tampoco hay pago alguno de alquiler por el uso de un local por más de cuatro años.

La recurrente precisa que su demanda no se relaciona con la afectación de la que pudiera haber sido objeto como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión del demandado. No es su propósito solicitar “protección respecto de aquellas afirmaciones subjetivas que el autor ha hecho en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, sino sobre aquellas afirmaciones realizadas en el ejercicio de su derecho a información y que se ha demostrado no se condicen con la verdad” (folios 1005); de modo que los jueces deberán deslindar aquellas aseveraciones que puedan ser verificables de las que no lo son y, en ese sentido, someter a las primeras a un test de veracidad.

b) Argumentos del demandado

11. Pese a haberse notificado al demandado, este no se ha presentado al proceso y, por tanto, tampoco ha ofrecido sus descargos a las imputaciones efectuadas por la recurrente.

c) Consideraciones de fondo

12. En el presente caso se ha denunciado que el ámbito garantizado del derecho a la buena reputación habría sido afectado por el demandado al realizar una serie de aseveraciones en determinados pasajes del libro *Un fraude en tres letras: LAP*. Igualmente, toma nota de que, al plantearse la pretensión, la recurrente ha excluido de esta cualquier aseveración que comprenda el ejercicio de la libertad de expresión, y la ha circunscrito a aquellos hechos noticiosos que en ejercicio de la libertad de información el demandado formulara en dicho libro. En principio, pues, se advierte que la controversia ha sido planteada como si se tratara de una *colisión inter privados* de derechos (a la buena reputación y el derecho a la información).

13. Sin embargo, debe hacerse notar que una colisión de esa naturaleza no se presenta todas las veces en las que se contraponen dos o más pretensiones procesales formuladas con base en derechos fundamentales, sino cuando el ámbito protegido *prima facie* de dos derechos fundamentales entra en tensión en un caso concreto. No hay un conflicto, por tanto, cuando el acto reclamado (la conducta, la acción u omisión que se cuestiona) no tiene la capacidad de proyectar sus efectos sobre el programa normativo del derecho que se considera afectado (en el caso, el derecho a la buena reputación], es decir, cuando el acto reclamado no constituye una injerencia o una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por este derecho o cuando la conducta que se cuestiona no representa el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

ejercicio *prima facie* del derecho en cuyo nombre se justifica [en el caso, la libertad de información), o sea, no califica como un comportamiento garantizado *prima facie* por el contenido protegido de dicha libertad.

14. Por ello, para poder determinar si estamos ante un verdadero conflicto entre dos derechos fundamentales de dos sujetos distintos, hemos de practicar, por un lado, una delimitación del contenido *prima facie* del derecho afectado y luego analizar si la acción u omisión que se cuestiona lo afecta o interviene; y por el otro, delimitar el ámbito de protección del derecho a cuyo amparo se realizó la acción u omisión cuestionada, de modo que podamos estar en capacidad de verificar si el acto reclamado califica *prima facie* como ejercicio de aquel. Tales precisiones, en nuestra opinión, son de capital importancia para dilucidar el presente caso, pues, antes de realizar cualquier ponderación *en concreto*, hemos de verificar, por un lado, si las expresiones a las que se ha hecho referencia anteriormente afectan el contenido *prima facie* del derecho a la buena reputación además de cómo lo hacen, y, por el otro, si fuera el caso, si esas mismas expresiones califican como parte del contenido protegido *prima facie* de la libertad de información.

Derecho a la buena reputación y determinación de su intervención

15. El derecho a la buena reputación se encuentra reconocido en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución, a tenor del cual:

Toda persona tiene derecho a: (...)

7. Al honor y a la buena reputación (...). Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

16. El Tribunal ha sostenido que con el reconocimiento del derecho al honor y a la buena reputación,

[...] la Constitución hace referencia a dos dimensiones de protección de la dignidad humana, la primera referida a la persona en tanto que individuo dotado de inmunidad frente a cualquier agresión a su autoestima y su dignidad objetivada como ser libre e igual a los demás; la segunda como ser que forma parte de un grupo social y se relaciona cotidianamente con sus semejantes. Mientras que la dimensión del honor individual se refiere a un derecho personalísimo indelegable, en su dimensión de buena reputación, el honor se expande como una posición *ius fundamental* que puede también ampliar sus efectos para proteger posiciones similares no solo de personas naturales, sino incluso en los entes que, amparados en alguna manifestación de personalidad jurídica que les confiere el sistema jurídico, actúan en la sociedad proyectando una imagen o un nombre o una 'razón social' [Sentencia 3696-2011-PA/TC, fundamento 4].

17. Igualmente, hemos recordado que este derecho no solo lo titularizan los seres humanos, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, como sostuvimos en la Sentencia 0905-2001-AA/TC:

[...] el fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano.

Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, este no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se dejen en una situación de indefensión constitucional ataques contra la “imagen” que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, consideramos que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

18. En lo que hace a su ámbito protegido, el Tribunal ha recordado que el derecho a la buena reputación protege a las personas jurídicas de derecho privado frente a la divulgación de hechos que conciernen a su entidad así como a las condiciones de ejercicio de esa entidad, que tengan el propósito de difamarla o hacerla desmerecedora ilegítimamente en la consideración ajena. En la Sentencia 4099-2005-PA/TC, el Tribunal precisó que la consideración subjetiva que hace una persona, en el sentido de que tales o cuales hechos o conductas mancillan su honor o buena reputación, no era un criterio que podría servir para establecer si en un determinado caso se produjo o no una agresión al honor o a la buena reputación que sea censurable constitucionalmente.

19. Sostuvimos, en ese sentido, que las actitudes o comportamientos de particulares o de los poderes públicos que causen reacciones de indignación, impotencia, frustración o desasosiego no constituían en sí mismas afectaciones del honor o la buena reputación, ya que las reacciones de cada uno frente a tales comportamientos dependen de factores diversos. Por ello, concluíamos, las reclamaciones de violación de los derechos al honor y a la buena reputación debían ser analizados en cada caso concreto, en función de los estándares valorativos disponibles en el momento, a efectos de establecer el contexto en que tal agresión se había producido, los actores del caso (agraviado y el agresor) y “la conducta específica a la que se le imputa el acto violatorio” (fundamento 9).

20. Una comprensión amplia del ámbito protegido *prima facie* por el derecho a la buena reputación, que no incluya los juicios de valor que como ejercicio de la libertad de expresión pudiese haber efectuado el demandado, ha de desestimar como intervenciones en el programa normativo de este derecho las expresiones que se encuentran registradas en los puntos a, d, e, j, k, l y ll, por las siguientes razones:

- La narración descrita en la página 5 del libro en cuestión (cf. punto a), en opinión del Tribunal, contiene juicios de valor sobre la magnitud de determinadas tarifas que se cobran por hacer uso de diversas instalaciones y servicios que se brindan en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Y en la descripción de hechos que contiene, se observa que más allá de reclamarse que aquellos son tópicos sujetos a contrastación mediante la comparación de tarifas, sin embargo, tampoco la recurrente ha ofrecido y actuado medios de prueba que permitan verificar si la información que allí se proporciona es o no veraz. En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

ambos casos, no se trata de opiniones ni de difusión de hechos que puedan ser considerados objetivamente como difamatorias ni que pretendan hacerla desmerecedora ante la consideración ajena.

- Tampoco la narración descrita en la página 7 del libro (cf. punto d) constituye la divulgación de un hecho noticioso relacionado con la entidad de la recurrente o sus condiciones de ejercicio que tenga el propósito de difamarla o hacerla desmerecedora ilegítimamente ante la consideración ajena. Allí se especifica una opinión del demandado que no comprende a la recurrente, sino a Ositran como organismo regulador, sugiriendo que el modo de actuar de este se debe al modo como se financia (en gran parte) su funcionamiento.

- Tampoco lo descrito en la página 11 del libro en referencia (cf. punto e) es una información que atañe a la recurrente sino, como dice el libro, una expresión que, según manifiesta el demandado —basado en lo aseverado por terceras personas— habría formulado el exministro de Economía Javier Silva Ruete y, por tanto, se encuentra extramuros del programa normativo del derecho a la buena reputación de la recurrente.

- La afirmación que contiene la página 29 del libro (cf. punto j) no es la divulgación de un hecho que tenga el propósito de difamar o hacer desmerecedora en la consideración ajena a la recurrente. Contiene la exposición de un juicio de valor del demandado sobre lo que ha importado la “adenda 4” en las relaciones entre concesionante y concesionario del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que son extrañas al ámbito protegido por el derecho a la buena reputación.

- Igualmente, lo descrito en los párrafos 32 y 33 del libro (cf. punto k) contiene juicios de valor formulados por terceras personas (y no por el demandado), siendo su difusión válida en el marco de la investigación que contiene el libro.

- A su vez, somos de la opinión de que en las páginas 52 y 53 del libro (cf. punto l) se describen, en su primera parte, hechos relacionados con la ubicación y la oportunidad que tienen determinadas tiendas para comercializar sus productos, y en la segunda, la narración de una entrevista formulada a un tercero, que contiene la descripción de hechos y juicios de valor, que no tienen por qué ser atribuidos al demandado.

- Finalmente, en las páginas 62 y 63 (punto ll), además de realizar la descripción de ciertos hechos, el demandado expresa su opinión en torno a las relaciones entre la recurrente y algunas empresas que comercializaban sus productos antes de que LAP obtuviera la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

21. Por tanto, han de considerarse intervenciones en el ámbito del derecho a la buena reputación solo lo descrito en los puntos “c”, “f”, “g”, “h” e “i”, pues, de modo indirecto, se presenta a la recurrente como parte de un proceso de licitación en el que su participación y la obtención de la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez habrían estado amañadas por hechos de corrupción, desmereciéndola ante la consideración de la opinión pública. En consecuencia, es preciso que se indague si lo que contienen dichos párrafos



constituyen hechos noticiosos difundidos al amparo de la libertad de información, para luego, de ser afirmativa la respuesta, determinar si estas se encuentran legitimadas desde el punto de vista del principio de concordancia práctica, a través de la ponderación.

Libertad de información y calificación de la información propagada

22. En la Sentencia 00030-2005-PI/TC, el Tribunal señaló que la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales. Recordamos, igualmente, que consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45 de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31 de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35 de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa a la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de esta.

23. Entre estos derechos se encuentran los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2, inciso 4), a propósito de los cuales tuvimos oportunidad de expresar lo siguiente:

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte” [Expediente 00030-2005-PI/TC, fundamento 22].

24. Dicha libertad de información ha sido reconocida en el inciso 4 del artículo 2 de la Ley Fundamental, a tenor del cual toda persona tiene derecho:

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

25. El ámbito protegido de la libertad de información está constituido por aquellas propiedades que permiten a toda persona emitir, comunicar y recibir *información veraz* sobre hechos, sucesos y acontecimientos de *interés público*. Y, como recordamos en la Sentencia 0905-2001-AA/TC, este derecho no ha de ser confundido con el derecho a la libertad de expresión, que está constituido, en general, por aquellas propiedades que permiten a toda persona manifestar sus ideas, creencias o valoraciones, sean estas de crítica, apoyo, rechazo a otras ideas, creencias o valoraciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

26. Por lo que se refiere al tipo de hechos noticiosos cuya difusión se encuentra protegida por la libertad de información, ya desde la Sentencia 0905-2001-AA/TC se destacó lo siguiente:

la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. “La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos”.

27. Veracidad de lo que se manifiesta no es, pues, verdad inobjetable e incontestable, sino más bien:

[una] actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información [Sentencia 6712-2005-PHC/TC, fundamento 35].

28. En ese sentido, recordamos que la veracidad de la información difundida atravesaba transversalmente las distintas dimensiones de la libertad de información. Y con base en ello sostuvimos que esta libertad comprende

el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. (b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública [Sentencia 0905-2001-AA/TC, fundamento 11].

29. Igualmente, el Tribunal recordó que, con la *dimensión subjetiva* de la libertad de información, coexiste su *dimensión objetiva* en la medida en que esta materializa aquel sistema de valores de la Constitución orientado a proteger el proceso de formación de la opinión pública y, en definitiva, la vigencia del sistema democrático. Mediante su consagración, la Ley Fundamental no solo ha pretendido proteger el derecho de cada persona a la información, sino también proteger la libre difusión y discusión de las ideas, de modo que los individuos participen, libre e informadamente, en la deliberación de los asuntos de interés público.



30. Como todo derecho fundamental, el ámbito protegido de manera definitiva de la libertad de información no es una cuestión que en abstracto quepa ser determinada, sino una cuestión que deba esclarecerse en cada *caso concreto*, en un proceso que exige ponderar, de un lado, el grado de satisfacción de dicha libertad y, del otro, el grado de limitación o restricción de otros derechos fundamentales de aquellas personas que pudieran verse afectadas como consecuencia de la información difundida, en especial, que no se limite desproporcionadamente los derechos al honor y a la dignidad” [Sentencia 0015-2010-PI/TC].

31. Una comprensión amplia del ámbito protegido *prima facie* por la libertad de información ha de considerar que las afirmaciones expresadas en los puntos “c”, “f”, “g”, “h” e “i” constituyen hechos noticiosos. La recurrente, sin embargo, ha cuestionado que tales hechos noticiosos sean veraces. Es preciso, por tanto, que se analice la veracidad (o no) de dicha información. Un análisis en este sentido no corresponde que se realice sobre lo expresado en la página 12 del libro (cf. punto f). En este último punto no se cuestiona la veracidad de los hechos descritos, sino las suposiciones que, a partir de la información difundida, el demandado deja entrever e invita a sus lectores a descubrir. Por tanto, el escrutinio de esta última cuestión habrá de realizarse cuando se efectúe la ponderación que corresponda.

32. Según se expresó, en el punto c9, en la página 6 del libro en cuestión, el demandado señaló:

LAP: en el momento de presentarse a la concesión, el lustroso consorcio de alemanes, estadounidenses y peruanos, carecía de representante legal acreditado, de inscripción legal actualizada, de capital significativo (habían declarado 10 mil soles), pero no habían encontrado obstáculos para quedar como postores únicos, sin posibilidad de perder (...). Si había alguna corrupción todavía incompleta era la de la concesión del aeropuerto. Pero el nuevo ministro de economía, Javier Silva Ruete, se negó a revisarla. No había que mandar ningún mensaje que desaliente la inversión. Eso dijo. Por lo que la licitación con un solo postor, la condición irregular de LAP, los cambios que se habían producido en las bases en los últimos días antes de la concesión, no pudieron ni siquiera ser vueltos a discutir.

33. En opinión de la recurrente, la descripción de tales hechos no se corresponde con la realidad, pues, de acuerdo con las Bases, al licitar, los concursantes debían firmar la versión del contrato de concesión que formaba parte de las bases consolidadas de la licitación pública especial. Y en virtud de dicho contrato, las empresas que postulaban y tenían la condición de consorcios “se comprometían a crear personas jurídicas que cumplan con los requerimientos señalados en las BASES, solo en caso que uno de los consorcios termine siendo adjudicado con la buena pro”, conforme estipulaba su artículo 6.5.1. De manera que no existía la obligación de que los miembros del consorcio constituyeran una persona jurídica al momento de postular a la licitación y ello explica también por qué, tras constituirse a LAP, recién se autorizara a don Gustavo Morales Valentín a suscribir el contrato en su representación.

34. No compartimos el criterio de la recurrente. No es falso que se haya afirmado que, en el momento de presentarse a la concesión, LAP careciese de inscripción legal, no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

tuviese acreditado representante legal o su capital no fuese más de diez mil nuevos soles. En nuestra opinión, que no se indique que al momento de presentarse a la concesión no era necesario, según las bases de la licitación pública internacional, tener una persona jurídica inscrita en los registros públicos del país, que esta contase con representante legal o que en el momento en el que se constituyó no fuera necesario tener un capital social superior a los diez mil nuevos soles no hace falsos estos hechos o causa que se trate de una información propagada con la falta de diligencia razonablemente exigible, que es lo que constitucionalmente garantiza la libertad de información.

35. Las mismas razones expuestas en el fundamento anterior son, *mutatis mutandis*, aplicables a lo expuesto en las páginas 16 y 17 del libro (cf. punto g). Fuera de toda opinión, que las hay (en especial, en la primera parte del texto transcrito y en la última, que consigna lo expresado en la página 17 del libro y que, por tanto, no serán objeto de análisis), el Tribunal nota que el error de considerar en qué momento del proceso de licitación debería contarse con un capital social de 30 millones de dólares suscritos (requeridos, según las bases, a la firma del contrato y no antes) no hace que la información se haya difundido sin actuar con un mínimo de diligencia, pues se trata de datos técnicos especializados que no tienen por qué ser de conocimiento exhaustivo y riguroso de una persona que no es un profesional del derecho.

36. Otro tanto cabe decir de lo expresado en la página 17 del libro (“El señor Gustavo Enrique Morales Valentín, que es quién firma el contrato de concesión, no tenía mandato legal inscrito para hacerlo. En realidad nadie hubiera podido hacerlo porque el bendito consorcio logra existencia legal el 20 de diciembre, tres semanas después de la licitación” (Cf. punto h)), donde es notoria la confusión, derivada de la complejidad técnica que revestía el asunto, entre el consorcio que puede participar en la licitación pública internacional y la necesidad de que, una vez ganada la licitación, dicho consorcio deba crear una persona jurídica para asumir sus compromisos.

Derecho a la buena reputación vs. libertad de información en el caso concreto

37. La intervención en el ámbito del derecho a la buena reputación, derivada de la información veraz propagada como consecuencia de la publicación del libro *Un fraude en tres letras: LAP*, ha de resolverse desde los criterios que suministra la proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación*. Dicho test, proyectado al análisis del conflicto entre el derecho a la buena reputación y el derecho a la libertad de información, habrá de efectuarse conforme a la ley de la ponderación, de acuerdo con la cual:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

38. Los dos elementos del conflicto que aquí deben ser considerados son la afectación —o no realización— del principio mediante el cual se reconoce el derecho a la buena reputación, y la satisfacción —o realización— de la comunicación de información veraz sobre hechos, sucesos y acontecimientos de interés público mediante el ejercicio de la libertad de información. En el caso, el principio afectado o intervenido es el derecho a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

buena reputación; mientras que la información veraz sobre hechos, sucesos o acontecimientos que interesan a la opinión pública, el fin constitucional que se pretende satisfacer. Por ello, proyectada la ley de ponderación al análisis del conflicto entre el derecho a la buena reputación y el derecho a la libertad de información, dicha ley debería enunciarse en los siguientes términos:

Cuanto mayor es el grado de afectación —intervención— al derecho a la buena reputación, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización de la libertad de información.

39. Se establece aquí una relación directamente proporcional, según la cual: *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho a la buena reputación, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Esta relación se cumple en todos los casos en los que el grado de satisfacción del fin constitucional (grado de ventajas) es, cuando menos, igual o, todo lo más, mayor que el grado de aflicción del derecho intervenido (grado de desventajas). Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho a la buena reputación habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho a la buena reputación sea mayor que el grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho a la buena reputación no estará justificada y será inconstitucional.

40. Así las cosas, somos de la opinión de que el grado o intensidad de la intervención sufrida por el derecho a la buena reputación es apenas *leve*. Tal valoración acerca de su intensidad se debe al hecho, por un lado, de que la divulgación de los diversos hechos noticiosos descritos en los puntos “c”, “f”, “g”, “h” e “i” no contienen menciones específicas que, de modo directo, le imputen cargos que, por sí mismos, desmerezcan a la recurrente frente a terceros, sino solo la formulación de sospechas, deducciones o una invitación a los lectores a hacer ciertas conjeturas en torno a diversos hechos acaecidos tras su participación en la licitación pública internacional del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. A estos efectos, es preciso recordar que no son las reacciones de indignación, impotencia, frustración o desasosiego que la recurrente pueda experimentar ante la divulgación de ciertos hechos noticiosos lo que hace grave una intervención al derecho a la buena reputación, sino, como se dejó entrever, su valoración de cara a diversos factores.

41. Uno de estos factores determinantes tiene que ver con el contexto en el que se presenta esta reacción de indignación, impotencia, frustración o desasosiego de la recurrente. La gravedad de la injerencia sobre el ámbito protegido por el derecho a la buena reputación, en efecto, ha de medirse diferenciando si la ofensa reclamada es consecuencia, o se realiza con ocasión, de la participación del afectado en un hecho de relevancia pública, cuyo conocimiento, por tanto, es de interés de la opinión pública; o, por el contrario, si este se produce en el marco de una actividad privada que es ajena al interés colectivo. En uno y otro supuesto, los límites de la crítica aceptable son distintos. En una sociedad democrática, que alienta y favorece un debate público vigoroso sobre las cuestiones que se relacionan con la *res publica*, siempre ha de ser mayor el nivel de tolerancia derivado de la divulgación de hechos noticiosos que causan molestias u ofenden, cuando estos se difunden



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

con ocasión de efectuarse un escrutinio público en relación con un tema de interés colectivo.

42. En este contexto se encuentran los hechos que afectan a la recurrente. Los hechos noticiosos que intervienen el ámbito *prima facie* protegido por el derecho a la buena reputación fueron divulgados como consecuencia de una investigación periodística efectuada por el demandado. El propósito del libro que contiene dicha investigación es dar cuenta del resultado de la investigación periodística en torno a la licitación pública del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Este es un hecho de relevancia pública cuyo conocimiento es de interés colectivo y donde, por tanto, el nivel de tolerancia de la crítica por terceros siempre ha de ser mayor.

43. A diferencia suya, es de *elevada* importancia el grado de optimización del fin constitucional representado por la comunicación de información veraz sobre hechos, sucesos y acontecimientos de interés público. Tratándose de hechos de relevancia e interés público, su difusión goza de un especial aliento. No solo en relación con aquellas informaciones que son favorablemente recibidas, aquellas que son consideradas como inofensivas o aquellas que son vistas como indiferentes o neutrales, sino especialmente aquellas que molestan, son rudas y cuestionan la rectitud, honradez u honorabilidad de las personas que participan en hechos públicos que son de relevancia colectiva. Como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ríos y otros vs. Venezuela (sentencia del 28 de enero de 2009):

La libertad de expresión [dentro de la cual se comprenden las demás libertades informativas], particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios [énfasis agregado].

(...) Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas [párrafo 105].

44. En el presente caso, se observa que los hechos noticiosos fueron divulgados como consecuencia de una investigación periodística efectuada por el demandado. El propósito



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04371-2012-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

del libro que contiene dicha investigación es dar cuenta del resultado de la investigación periodística en torno a la licitación pública del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Dar respuesta a las preguntas que, desde la primera hoja del libro “*Un fraude en tres letras: LAP*”, se formulan:

La historia de la privatización del Aeropuerto Jorge Chávez: ¿a quiénes se les entregó la puerta de entrada del país?, ¿cómo se cambiaron las bases de la concesión en perjuicio del Estado?, ¿quiénes son responsables?, ¿los peruanos no podemos administrar nuestros propios aeropuertos?, ¿por qué el público y las empresas se quejan de las altas tarifas de LAP?, ¿qué pasó en el área comercial del aeropuerto?, ¿dónde se fueron los comerciantes que tenían contrato con CORPAC?, ¿a quién se le ocurre ahora privatizar los aeropuertos de provincias?, ¿es anulable el contrato con LAP?

Este es un hecho de relevancia pública cuyo conocimiento es de interés colectivo. Su elevada optimización es consecuencia de que los hechos sobre los que recae la investigación y publicitación son de la máxima importancia en una sociedad democrática. Por tanto, siendo el grado de optimización del fin mayor que el grado de aflicción sufrido por el derecho a la buena reputación, ninguna censura constitucional ha de realizarse.

Por lo expuesto, estimamos que la demanda debe ser **INFUNDADA**. Esto supone que, salvo que así sea la voluntad expresa de los herederos de Raúl Wiener Fresco, no deberían realizarse alteraciones a la publicación o esta ni debería ser retirada del mercado.

SS.

RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL