

**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**“ANÁLISIS JURÍDICO CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA  
EMISIÓN DE PROGRAMAS CULTURALES EN SEÑAL ABIERTA DE  
ACUERDO CON LA LEY 28278, PERÚ, 2018”**

**Tesis presentada por el Bachiller en  
Derecho:**

**Aguilar Alvarez, Fernando Marcio  
para optar el Título Profesional de  
Abogado.**

**Asesor: Dr. Neyra Amat, Carlos Alberto.**

**AREQUIPA – PERÚ**

**2019**

Sr. Dr.  
**Gabriel Torreblanca Lazo**  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM  
Presente. -

**SEGUNDO DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

---

Jurado Dictaminador: César Ibarra Valdivia  
Graduando: **AGUILAR ÁLVAREZ, Fernando Marcio**  
Proyecto de tesis: "ANÁLISIS JURÍDICO CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA  
EMISIÓN DE PROGRAMAS CULTURALES EN SEÑAL ABIERTA DE  
ACUERDO CON LA LEY 28278, PERÚ, 2018"

---

Luego de haber revisado el documento antes señalado, el graduando ha cumplido con corregir en términos generales las observaciones realizadas, por lo que emito dictamen favorable, para que se apruebe la investigación y continúe el trámite correspondiente.

Es todo cuanto informo.

Arequipa, 18 de diciembre de 2018.

  
César Ibarra Valdivia  
Jurado dictaminador



Sr. Dr.  
**Gabriel Torreblanca Lazo**  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM  
Presente.-

**DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

---

Jurado Dictaminador: Gerardo Zegarra Florez  
Graduando: **AGUILAR ÁLVAREZ, Fernando Marcio**  
Proyecto de tesis: “ANÁLISIS JURÍDICO CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA EMISIÓN DE PROGRAMAS CULTURALES EN SEÑAL ABIERTA DE ACUERDO CON LA LEY 28278, PERÚ, 2018”

---

Luego de haber revisado el documento antes señalado, el graduando ha cumplido con corregir en términos generales las observaciones realizadas, por lo que emito dictamen favorable, para que se apruebe la investigación y continúe el trámite correspondiente.

Es todo cuanto informo.

Arequipa, 18 de diciembre de 2018.



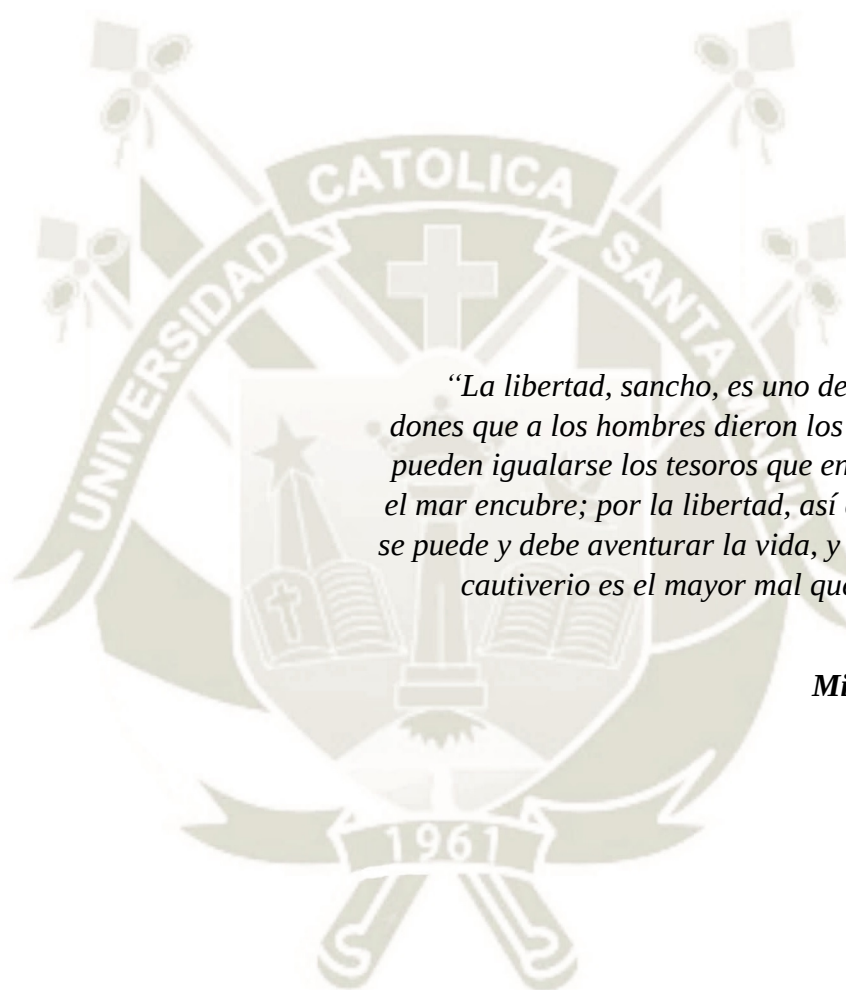
---

**Gerardo Zegarra Florez**  
Jurado dictaminador





A mi madre, a quién amaré por siempre.



*“La libertad, sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos, con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra, ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y por el contrario el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”.*

***Miguel de Cervantes***

## **“LA EMISIÓN DE PROGRAMAS CULTURALES: DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA CULTURA Y DEBER DE LAS EMPRESAS DE RADIODIFUSIÓN DE CONTRIBUIR A LA DIFUSIÓN LA CULTURA, PERÚ, 2017”**

### **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo describir o mostrar las razones o justificaciones jurídicas del porque la regulación de emisión de programas culturales debería o podría ser una política plausible en nuestro; en otras palabras, se plantea demostrar que una regulación del sector privado, como lo son las empresas de radiodifusión, sobre el producto que ofrece a la sociedad, pueda sufrir una acción que en un mercado de libre comercio podría traslucir o evidenciar un intervencionismo estatal sobre la empresa privada. Al plantearnos esta idea de la regulación de emisión obligatoria de programas culturales como tema de investigación, los primeros cuestionamientos subyacentes que podrían plantearse serían: ¿Cuál es el problema con la televisión actual? ¿Existe algún problema con los programas actuales que son emitidos en emisoras de señal abierta? ¿Es acaso ese un tema de relevancia jurídica?

En mi investigación lo que planteo no es demostrar si existe un problema sociológico en cuanto a la difusión o no de programas culturales por las emisoras de radio y televisión en el Perú; lo que se plantea es darle una respuesta al cuestionamiento sobre ¿Cuál es el rol de las empresas de radiodifusión en cuanto a difusión de cultura en el Perú? Pero, como en toda investigación lo que se pretende es la solución a un problema en concreto, quizá más que en abstracto, lo que intentaré con estas líneas será justificar dicho ámbito investigativo encontrando o profundizando en lo que respecta al poder, influencia o efectos que tiene la televisión en las sociedades; a modo de entender cuál es el papel que juega la televisión en nuestra sociedad actual y específicamente cuál es o puede ser su rol en cuanto a difusión de cultura.

En primer lugar, creo que para lograr entender la importancia de las emisoras de radio y televisión en el Perú, tendremos que dirigirnos a las estadísticas; así pues, tenemos que no menos del 74,5% de los hogares de nuestro país cuentan con acceso a una radio y 80 de cada 100 hogares cuentan con acceso a un televisor (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017). Así mismo, en un estudio sobre consumo Televisivo y Radial en el Perú realizado por Lima Consulting a pedido del Consejo Consultivo de Radio y Televisión (Lima Consulting, 2017) se indica que el televisor y la radio son los equipos más presentes en los hogares peruanos, con una presencia del 98.4% en provincias y 99.1% en lima. Así mismo, el estudio

revela que la televisión es el medio de comunicación más consumido en nuestra sociedad, solo seguido por la radio, siendo un promedio de 3 horas diarias las que se consumen.

Dichas estadísticas demostrarían el gran alcance que tiene los medios de comunicación en el Perú, y que aun cuando la brecha tecnológica en nuestro país es muy amplia, podemos observar que tanto radio como televisión son medios masivos de transmisión de información en sociedades como la nuestra y que se encuentran presentes en la mayoría de hogares peruanos.

Una vez demostrado el alcance real de la radio y televisión en nuestro País viene consigo la siguiente pregunta: ¿Contribuyen la radio y la televisión con el derecho constitucional de acceso a la cultura y participan éstas mismas con el Estado en su misión de difundir la cultura en nuestro País? O ¿Tiene efectos negativos la no transmisión de programas culturales?

Para responder a la pregunta anterior tendremos que regresar al estudio anteriormente citado, en el que se indica que los programas más vistos son programas de noticias (America Noticias Primera edición y edición central, 90 matinal y ATV noticias edición central), programas de competencia convertidos en reality show (Esto es Guerra) y novelas (La rosa de Guadalupe) (Lima Consulting, 2017). Teniendo en cuenta que los programas más vistos son noticieros, podría dar la impresión que nuestra sociedad es una sociedad informada, pero si nos vamos a otra de las gráficas del mismo estudio, esta señala que un 52% de la población encuestada encuentra a la televisión de señal abierta como sensacionalista, un 63% opina que los noticieros son programas de entretenimiento, policial y no de información, un 73% opina que se aprovechan del dolor humano, un 61.4% opina que no se profundiza y no hay investigación y solo un 44,7% opina que informan adecuadamente, porcentaje que pierde trascendencia cuando un 79,9% opina que pasan muchas noticias solamente de Lima (Lima Consulting, 2017). Como podemos observar, el sustento sobre el que podríamos decir que nuestra sociedad consume un buen producto televisivo a razón de que lo que más se consume son noticieros sería caer en un error, pues aun cuando solo se trata de una encuesta realizada el 2017 en todo el Perú y practicada a personas de niveles socioeconómicos A, B, C, D y E, de lo que no queda duda es que la mayoría piensa y opina que los noticieros no tienen una trascendencia cultural más allá de ciertos bloques de no más de 10 minutos dedicados a explorar una buena cara de la realidad nacional.

Pienso que por el momento bastaría con los resultados del estudio antes mencionados para saber que las emisoras de radio no difunden cultura y que la sociedad así lo siente, en su mayoría se transmite programas para el entretenimiento, que vende entretenimiento violento,

sexual o hasta veces denigrante. Pero para demostrar esto: ¿haría falta un estudio de cada uno de los programas que transmiten las emisoras de televisión durante las 24 horas del día? Pienso que no, que tan solo habría que enfocarnos en los horarios de más audiencia o en su sinónimo, los programas más televisados y realizar un análisis del contenido de esos programas, que como ya demostré antes, los programas más vistos son noticieros violentos y entretenidos, reality shows y novelas.

Ahora que tenemos claro el alcance de los medios de comunicación (Radio y Televisión) y además sabemos y conocemos cuales son los programas más televisados y además conocemos que es lo que opina la sociedad de estos programas, lo único que quedaría por responder es ¿Cuál son los posibles efectos que puede tener la televisión en una sociedad? ¿Existe problema con la transmisión de las programaciones actuales de las emisoras de televisión? ¿Puede la televisión ser una ventaja a la difusión de la cultura en nuestro País?

El campo en el que la televisión interactúa con el ser humano es el audiovisual, miramos y escuchamos al mismo tiempo todo aquello que una televisora quiera transmitirnos. Para comenzar a responder la primera de las preguntas planteadas anteriormente, quisiera citar a Giovanni Sartori, investigador italiano en el campo de la ciencia política, quién señala que: *“No podría describir mejor al niño-video, es decir, el niño que crecido frente a un televisor. ¿Este niño se convierte algún día en adulto? Naturalmente que sí, a la fuerza. Pero se trata siempre de un adulto sordo de por vida a los estímulos de la lectura y del saber transmitidos por la cultura escrita. Los estímulos ante los cuales responde cuando es adulto son casi exclusivamente audiovisuales. Por tanto, el video-niño no crece mucho más. A los treinta años es un adulto empobrecido, educado por el mensaje: << La cultura, qué rollazo>>, de Ambra Angiolini (l'enfant prodige que animaba las vacaciones televisivas), es, pues, un adulto marcado durante toda su vida por una atrofia cultural”* (Sartori, 1998). Si bien es cierto que el autor de nacionalidad italiana, comenta una realidad de una época y lugar distintos a la latinoamericana, podemos observar que no se separa mucho de nuestra realidad, muchos de nosotros hemos crecido viendo televisión, y algunos vemos como se continua con lo que pareciese ser ya parte de una herencia en la docencia dentro de los hogares. El televisor es parte

imprescindible del hogar, se demostró en líneas anteriores, y los efectos que puede tener en los niños se pueden ver hoy en día, como señala Giovanni Sartori, hacer parte fundamental a la televisión en el crecimiento de los niños tiene como resultado la creación de adultos de los cuales sus únicos estímulos sean exclusivamente audiovisuales, creando adultos empobrecidos o por lo menos ajenos a todo lo que se denomine educativo o cultural. Podríamos concluir que el consumo televisivo puede llegar a hacer dependiente a la persona, en razón que atrofia otras capacidades. De este problema habla también Marco Aurelio Denegri, quién señala que: *“vivimos en una sociedad informática, de visión primaria y de interconexión fundamental (...) cuando gobierna la imagen, la lectura tiende a desaparecer”* luego señala que: *“cuando en el cerebro se lesiona el centro de broca, no puede hablar y padece de afasia, cuando se lesiona el centro de exner, el lesionado no puede escribir y por lo tanto padece de agrafía, cuando se lesiona el centro de wernicke, la persona no puede entender lo que oye, cuando se lesiona el centro de kussmaul, la persona no puede entender lo que lee, ceguera verbal. Estas lesiones son lesiones orgánicas-cerebrales, pero lo terrible es que, en esta sociedad informática, en esta era digital, estas lesiones se están presentando sin que haya una lesión orgánica, una lesión cerebral, sensu estricto. (...) La sociedad informática y la era digital están lesionando seriamente el cerebro de los seres humanos”* (Denegri, 2012).

Según ambos estudiosos, existe un efecto directo en el hombre por la visualización de medios audiovisuales, es decir, mirar programas televisivos causan un efecto en las personas por el solo hecho de realizar esta acción y aún no nos hemos referido a los efectos que pueden llegar a tener la visualización de contenidos audiovisuales de solo entretenimiento y sin contenido cultural. Llegados a este punto podríamos decir que es parte de nuestra sociedad, de nuestra actualidad y modernidad, propias de un mundo globalizado y pro liberal; y es entonces cuando visto desde un panorama amplio pareciese que no hubiese problema, la sociedad escoge el producto y por libre mercado las emisoras de televisión proporcionan los programas que puedan cautivar mayor audiencia. Pero existe un problema fundamental, y es que, si a la gente o sociedad no se le proporciona un producto distinto (programas culturales), estos nunca van a poder elegir ni escoger, uno no consume lo que el mercado no te ofrece, y si no se ofrecen

programas culturales la gente nunca va a poder decidir. La solución no está en decir que somos libres de cambiar de emisora o de apagar el equipo, no hay libertad alguna cuando el ámbito de opciones a escoger es tan reducido.

Para finalizar estos puntos, Marco Aurelio Denegri señalaba que un programa cultural no es una fuente de cultura en sí mismo, sino que son facilitadores o noticiantes de novedades científicas y culturales que el televidente de término medio desconoce (Denegri, Youtube, 2013). Siento que deberíamos de ver a las emisoras de radiotelevisión como un artículo, un arma o una ventaja en la lucha que tenemos por ser mejores, por conocer más de nuestro país, nuestro mundo, del sistema en el que vivimos, de comprender al hombre como animal, persona y como miembro de una sociedad, de entender las razones del porque se vive en sociedad o del porque no somos devorados por el infinito del espacio. El conocimiento y su reflexión son cultura, y la cultura es un derecho fundamental que no debería negársele a nadie, y es más debería ser promovida por el estado y las empresas que usan recursos de un País que pide a gritos un cambio en la manera de hacer las cosas, pero todo empieza por pensar y reflexionar de diferente manera, y ver desarrollo y crecimiento de las personas en sí mismas, mucho más allá de lo económico.

En conclusión; con el desarrollo de la tesis pretendo demostrar cuales son las razones o causas jurídicas justificantes para una regulación de difusión de programas culturales en nuestro país. Para llevar a cabo este cometido tendré que cuestionarme sobre qué significa la cultura y que significado debería asignársele dentro de un marco normativo; en segundo lugar, deberé analizar cuál es la normatividad actual en el campo de la emisión de programas culturales en nuestro país y si esta es suficiente o subyacente a una laguna jurídica. Como tercer y trascendental punto, se pondrá en oposición dos derechos trascendentales para libertad individual, la libertad de empresa y el derecho de acceso a la cultura. Para terminar, se planteará la elaboración de un proyecto de ley que contenga un desarrollo y cumplimiento constitucional al derecho de acceso a la cultura y el compromiso de las empresas de radiodifusión en su colaboración con la difusión de cultura en nuestro país.

Lo anteriormente planteado se hará desde un punto metodológico documental y doctrinal, en razón de las limitaciones en recursos que implica abordar el tema desde un punto de vista sociológico-práctico.

## RESUMEN

En el Perú 80 de cada 100 hogares cuentan con un televisor en casa y 74,5% cuenta con acceso a una radio, mientras que solo un 35.6 % cuenta con acceso a internet. Los medios de comunicación social o mass media son quizá la revolución tecnológica más beneficiosa con la que cuentan ahora los países en vías de desarrollo. Dadas sus características, la radio y la televisión cuenta hoy en día un gran alcance, razón por la cual ocupan un rol importante en nuestra sociedad, más aún en países como el nuestro donde el acceso a ciertas zonas resulta ser complicado. Es momento entonces de preguntarnos ¿qué papel tienen los mass media en la difusión de la cultura?

La constitución ampara y reconoce el derecho de acceso a la cultura en el Perú, derecho que es parte de los denominados derechos de segunda generación, que son parte y producto de la evolución del derecho en búsqueda del desarrollo social. Al día de hoy también contamos con libertades económicas derechos comunicativos, los cuales podrían quizá entrar en conflicto con el derecho de acceso a la cultura. Es, por tanto, objeto de esta investigación el análisis jurídico constitucional del desarrollo normativo del derecho de acceso a la cultura en la ley 28278, ley que regula los medios de comunicación social como la Radio y Televisión de señal abierta.

**Palabras clave:** Derecho de acceso a la cultura, Análisis a la Ley 28278, Derechos de comunicación.

## ABSTRACT

In Peru, 80 of 100 homes have a television in house and 74,5% have access to a radio; however, only 35.6 % have Internet access. The social media or mass media are perhaps the most beneficial technological revolution that the developing countries have. Because their characteristics, the radio and the television have a great scope, reason for what they play an important role in our society. Even more in our countries where the access to certain zones turns out to be complicated. It the moment when we have to ask us what role the social media have in the diffusion and access of the culture?

Our political constitution protects and recognizes the right of access to the culture, right that is a part of the rights called like the second generation, which are part and product of the evolution of the rights in search of the social development. Today we have others rights like the economic freedoms and communicative rights, which could get in conflict with the right of access to the culture. It is object of this research the legal constitutional analysis of the normative development about right of access to the culture inside the law N° 28278, law that regulates the social media communication as the Radio and Television of public access.

**Keywords:** The right to access culture, Analysis of law N° 28278, the communication rights.

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                                   | Pág.       |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b>                                                                                                                                               |            |
| <b>RESUMEN</b>                                                                                                                                                    |            |
| <b>CAPÍTULO I: Conceptos básicos</b>                                                                                                                              | <b>0</b>   |
| 1. Economía social de mercado.                                                                                                                                    | 0          |
| 2. Libertad de empresa e iniciativa privada.                                                                                                                      | 12         |
| 3. Derechos de comunicación                                                                                                                                       | 19         |
| 4. Test de proporcionalidad                                                                                                                                       | 36         |
| 5. Del servicio de Radiodifusión                                                                                                                                  | 44         |
| 6. De la cultura y del derecho de acceso a la cultura                                                                                                             | 47         |
| 7. De los organismos que velan por el cumplimiento de la ley 28278.                                                                                               | 55         |
| <b>CAPÍTULO II: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano</b>                                                                                            | <b>66</b>  |
| 1. Sentencia del caso Ley universitaria                                                                                                                           | 66         |
| 2. Sentencia del caso de proceso de inconstitucionalidad en contra del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión (Ley 28278)                                    | 74         |
| 3. Caso de inconstitucionalidad de la ley que regula el gasto de publicidad estatal                                                                               | 87         |
| <b>CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DE EMISIÓN DE PROGRAMAS CULTURALES</b>                                                                                             | <b>101</b> |
| 1. Proyecto de ley 03465/2013-CR                                                                                                                                  | 101        |
| 2. De los aspectos a tomar en cuenta en la regulación de la emisión de programas culturales                                                                       | 106        |
| 3. De la aplicación del test de proporcionalidad a la propuesta normativa de la presente tesis como principal fundamento lógico jurídico a mi propuesta normativa | 107        |
| <b>IV. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS</b>                                                                                                                             | <b>117</b> |
| 1. Conclusiones                                                                                                                                                   | 117        |
| 2. Sugerencias                                                                                                                                                    | 117        |
| 3. Propuesta normativa                                                                                                                                            | 118        |
| <b>V. BIBLIOGRAFÍA</b>                                                                                                                                            | <b>120</b> |
| <b>ANEXOS</b>                                                                                                                                                     | <b>125</b> |

## CAPÍTULO I: Conceptos básicos

### 1. Economía social de mercado.

#### 1.1. Aspectos Generales

Para comenzar con esta investigación he optado por definir el marco económico constitucional peruano antes de entrar al análisis de la libertad de empresa, libertad de iniciativa privada y responsabilidad social empresarial; en razón que debemos contextualizarnos en la realidad económica constitucional bajo la cual se desarrollan las actividades privadas en nuestro País; dado que mi tesis plantea la imposición de una norma que regule la difusión obligatoria de programas culturales por parte de empresas de radiodifusión, resultaría conveniente y necesario analizar primero el mapa jurídico económico bajo el cual desarrollaremos una política social de difusión de cultura.

El marco o régimen económico bajo el cual se desenvuelve y desarrolla las actividades económicas en el Perú es la economía social de mercado, dicho principio se encuentra establecido en el artículo 58 de nuestra constitución, es así pues que el artículo en mención señala lo siguiente: *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta al desarrollo del País, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”* (Constitución, 1993). En principio, este artículo continuaría con el paradigma de las políticas económicas ya planteadas desde la carta constitucional de 1979, en la que ya se establecía un marco económico social de mercado, todo acorde a un sentido económico liberal de las nuevas políticas de estado que dirigían la economía de los países del mundo a una apertura de comercio internacional y privado.

Respecto al orden económico y constitucional, el doctor Raúl Chanamé Orbe nos señala que:

La economía, como materia académica, ha cobrado relevancia en el último siglo (siglo XX), en tanto el derecho constitucional en los dos últimos siglos. La exigencia de nuevos derechos encontró en la economía y sus diversas manifestaciones un campo a ser regulado por el orden constitucional, que nos ha llevado a teorizar sobre

la relación, a veces conflictiva, entre la Constitución y la economía, de esta interacción ha nacido el concepto constitución económica (Orbe, La constitución comentada, 2011).

Líneas más adelante el autor, haciendo referencia y citando una observación realizada por Vicente Iparraguirre Acosta, señala que:

No siempre se aceptó y, que aún es tema de debate, la inclusión y tratamiento de aspectos económicos en una Constitución del Estado, el mismo García Belaúnde nos recuerda que la materia económica estuvo ausente en constituciones tan importantes como la de los Estados Unidos de 1787 o la Carta Francesa de 1791, en las cuales sólo se trataba los derechos del a persona y la delimitación del ejercicio del poder, criterio que prevaleció – salvo algunas excepciones- a través del siglo XIX: ello ocurrió no por descuido, sino porque se consideró innecesario hacerlo. En efecto, de acuerdo a las tendencias fisiocráticas y liberales de la época, se tenía la absoluta certeza de que el mundo de la economía se movía con sus propias leyes naturales (...) de cumplimiento ineluctable (...) se consideraba que existiendo leyes naturales de la economía, establecer leyes artificiales para gobernar ese mundo era tarea no sólo inútil sino innecesaria y superflua (Orbe, 2011).

Hablar de un orden constitucional no es otra cosa más que hablar de derecho; y me resulta interesante que en el Perú desde la constitución de 1972 se hable de un estado Constitucional que regule el marco económico para el País como una política nueva, no por mi visión de un País libre con el menor intervencionismo en el mercado, sino porque para el contexto en el cuál yo nací me resulta impensable el hecho de carecer de una constitución material o inmaterial, es decir, me resulta inimaginable buscar el desarrollo de un país sin que se garanticen valores, principios, libertades y se establezcan las limitaciones respectivas a la actuación e interacción del estado en la vida y desarrollo del mercado y las personas. Establecer un marco económico vendría a ser eso; crear una base de preceptos en los cuales se indiquen las reglas bajo las cuales se regirá todo el desarrollo económico. Tanto derecho como economía no son más que herramientas que tiene la humanidad para la búsqueda y

realización de un desarrollo en convivencia equilibrada. También serían formas de ver las cosas, perspectivas o paradigmas que se tienen sobre la interacción humana dentro de cada sociedad y entre sociedades mismas. A mi punto de vista tanto derecho y economía son dos materias que deberían trabajarse en conjunto en búsqueda de un bienestar social y personal de los ciudadanos integrantes de un País. Valores como la libertad son parte integrante y trascendental tanto para el derecho como para la economía.

Con estos antecedentes sobre la inclusión de un capítulo económico en las constituciones, Raúl Chanamé Orbe señala que:

Podemos afirmar que la vida del Estado en base al actual modelo de Economía Social de Mercado de la Constitución peruana se ha forjado de una combinación adecuada que proviene de la búsqueda de un modelo concreto que pueda ser aplicado directamente a la dinámica práctica y que otorgue garantías tanto a la empresa privada como a la sociedad, en sí (Orbe, 2011).

El panorama ha sido favorable a la inclusión de la economía en la política social del estado, debemos buscar el beneficio no solo desde el punto de vista empresarial y económico, sino un aporte que vaya más allá de las consecuencias directas de una economía libre, y es allí donde se encuentra el aprovechamiento de recursos para la realización de múltiples fines constitucionales como la difusión de la cultura, que señalarían un camino a una la libertad de conciencia, pensamiento y de sentido crítico, el búsqueda de un País con ciudadanos realmente libres.

Siguiendo con los apuntes del doctor Raúl Chanamé Orbe, nos indica que:

El término constitución económica aparece con la república de Weimar y su uso se generaliza en 1925, sería Carl Schmitt quien lo incorpora a la literatura jurídica, con la aparición de su obra La defensa de la Constitución en 1931, en la cual se menciona el término mostrando su preocupación por la adopción de un régimen político que posea una fundamentación económica” (Orbe, 2011).

Y respecto a la Constitución de Weimar, el autor nos indica que:

“El principal aporte radica en un reconocimiento expreso al contenido de la economía dentro de una Constitución, no como un modelo de acciones en utilización de recursos por parte del Estado para su sostenimiento en tanto aparato de gobierno, sino en un enfoque dirigido a la protección del individuo en tanto sujeto de derechos económicos. Es decir, le da un sentido a la economía como ciencia social que se vincula directamente al bienestar de los ciudadanos” (Orbe, 2011).

En aquella época ya se buscaba, por lo menos en Alemania, que el estado debiera delimitar las pautas en materia económica en supeditación al bienestar del ciudadano, poniendo al individuo como principal benefactor y actor del desarrollo económico de un País; el autor nos indicaría también que hablar de una Constitución económica es vincular directamente a la economía con el bienestar del ciudadano, es decir, la regularización en materia económica y la economía misma no están al servicio del Estado, sino al servicio del desarrollo y bienestar del hombre; de la misma forma en la que se encuentra el derecho.

Ludwig Wilhelm Erhard, respecto a la economía social de mercado, dice: “(La economía social de mercado) cuyo profundo sentido consiste en la asociación del principio de la libertad de mercado con el equilibrio social y de la responsabilidad de cada individuo con relación al todo” (Orbe, 2008). La naturaleza de una economía social de mercado según este autor político-alemán, sería garantizar la libertad de mercado como pieza importante del desarrollo económico del País, pero sin olvidar que tanto el estado como los ciudadanos cumplen un rol importante en el sector del desarrollo social del País. A mi manera de pensar, entiendo que el desarrollo empresarial no debería de dejar de lado las necesidades sociales, y no me refiero a donaciones de dinero en pro de actos de beneficencia; me refiero a actuaciones que realmente tengan un impacto en la sociedad más allá del que pueda determinar su minuta de constitución de empresa. Un impacto por ejemplo con la capacitación de profesionales, trabajos coordinados con gobiernos regionales y locales para el mejoramiento de infraestructuras, el cuidado del ambiente o el aprovechamiento sostenible

de recursos naturales; todos estos puntos tienen consecuencias de impacto social. En un marco como este una política de difusión de cultura por señal abierta causaría no solo el mejoramiento de la calidad del contenido televisivo en el Perú, sino que tendría un impacto en todos aquellos televidentes que invierten largas horas de su tiempo viendo y observando programas que hoy en día fácilmente carecerían de cualquier contenido trascendente, intelectualmente hablando.

Juan Rivadeneria Frisch, citando a Alfred Müllen–Armack, define a la Economía Social de Mercado como un *sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social* (Frisch, 2009), esta definición de Economía Social de Mercado como modelo sociopolítico básico proviene de las ideas desarrolladas por Alfred Müllen–Armack en su obra Dirección económica y economía de mercado. Respecto a esta definición el autor nos indica que los términos importantes son que la economía social de mercado es un sistema, esto representaría que los elementos mencionados en dicha definición debieran interactuar como parte integrante de un todo, es por tal motivo que Alfred Müllen–Armack habla de una combinación de conceptos, tales como la iniciativa libre de los individuos o iniciativa privada, la seguridad social y el progreso social. Respecto a estos tres elementos que debiesen trabajar en conjunto en un sistema económico social de mercado, nos concentraremos en lo que es la iniciativa privada y el progreso social, ya que para el autor primeramente mencionado estos representarían que cada persona es actor en la vida económica de una sociedad, y que el progreso social consiste no solo en crecimiento económico, sino en reducción de desigualdades. Al respecto puedo decir que actualmente la repartición de información es desigual, esta desigualdad se debe en mayoría al estrato social en que vivimos, y aunque este enunciado no sea determinante, si nos predispone a vivir en entornos sociales que producen y generan conocimiento propio de cada estrato social. Aun cuando vivimos en un mundo donde el acceso a información es cada vez más simple, no debemos descartar que el deber del Estado y de los medios de comunicación es fortalecer estos accesos a información, y la difusión de la cultura por medios de televisivos sería una materialización de lo anteriormente expuesto.

Juan Rivadeneira Frisch, nos indicaría también que uno de los principios generales de la economía social de mercado es el de la solidaridad, pero solidaridad no entendida desde el paradigma de la caridad, sino comprendida desde el aporte que en sus diferentes dimensiones realizan los distintos actores para el desarrollo social del País. Respecto a este principio nos señalaría a su vez que para que este principio pueda ser llevado a la realidad, se generan los denominados principios operacionales.

El autor nos explica que dentro del principio general de la solidaridad, uno de los principios operacionales que le correspondería sería el de la responsabilidad individual, el cual nos indica que corresponde al momento en que se fijan los roles y compromisos que desempeñan distintos actores (Frisch, 2009). Con esto podríamos indicar que tal y como ocurre en distintos escenarios del derecho, el beneficiario de un derecho es también responsable de una obligación. Si bien en una economía social de mercado se reconoce la iniciativa libre y la libertad de mercado en pro de una competencia libre y del desarrollo económico, debemos también considerar que existen obligaciones, que, aunque impuestas, deben de ser de cumplimiento por los distintos actores de la economía social de mercado. Es así que la difusión de la cultura por parte de las empresas de radiodifusión es una obligación y un compromiso con la sociedad peruana en pro del desarrollo social, y es ahí donde debería encontrarse el trabajo en conjunto para un desarrollo en común del sector económico y social de nuestro País.

En un punto de vista económico, el doctor en economía Marcelo F. Resico nos señala que Alfred Müllen–Armack, en colaboración con otros pensadores, contribuyó a la fundamentación teórica de una Economía Social de Mercado, donde esta se definía como la combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social (Resico, 2010). Este autor nos dice que el sistema de la Economía Social de Mercado nace con el objetivo de combinar las ventajas del sistema económico de mercado, tales como: iniciativa privada, productividad, eficiencia y tendencia de autorregulación; con los aportes fundamentales de la tradición social cristiana alemana de la solidaridad y cooperación. En otras palabras el autor lo resume en la búsqueda de combinar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social (Resico, 2010).

Algo interesante que nos señala Marcelo F. Resico al respecto de la definición que le da Alfred Müllen–Armack a economía social de mercado es que se diseñó este concepto político como una idea abierta, donde se permite adaptar el concepto a las condiciones sociales cambiantes (Resico, 2010). Dicha observación es muy importante, en el sentido que una sociedad no tendrá siempre las mismas necesidades. En distintos regímenes se ha tenido distintas necesidades, y el Perú ha sufrido bastantes, eso quizá explicaría porque cambiamos de marco constitucional y legal constantemente. Actualmente vivimos en una sociedad donde la obtención de la riqueza económica es posible, la industria y mercados han crecido, lo que permite a las personas gozar de un nivel económico mejor que al pasado. En educación por otro lado, seguimos siendo de los últimos, ya sea a nivel regional, continental o mundial; pero no es algo para desanimarnos, el estar en esta situación solo nos revela las carencias que padecemos y por consecuencia los sectores que debemos reforzar. La televisión no nos va a educar, pero si puede incentivar la curiosidad cultural en cada televidente.

Punto aparte, respecto a la implementación de una Economía Social de Mercado en nuestra constitución; el doctor Enrique Chirinos Soto, ex representante del congreso constituyente de 1992, comenta lo siguiente:

*La nueva Constitución declara, como la de 1979, por lo pronto, que la iniciativa privada es libre. Esa iniciativa libre se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país. No es el Estado-gendarme. La fórmula de la Constitución, contra lo que se dice, no es ultra-liberal. El Estado actúa principalmente, no exclusivamente, en áreas como nada menos que todo lo siguiente: promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Precisamente, la mayoría no quiso optar por el modelo ultra-liberal. Por eso, declara que la libre iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, y no, a secas, en una economía de mercado” (Chirinos Soto & Chirinos Soto, 2010).*

Como podemos observar del comentario, nuestro modelo económico no se basa en una economía de mercado ultra-liberal donde el Estado carece de facultades de intervención en

el mercado, sino que se trata de un sistema económico donde el Estado, si bien no debe participar de forma activa en competencia con los privados, si puede intervenir en el mismo en pro del desarrollo saludable del País y de las personas, ya sea en materia económica o en áreas como la que se señaló en el comentario anterior. Y en el caso de la educación podemos incluir el deber del estado de propiciar el acceso a la cultura y fomento de su desarrollo y difusión, porque culturizar a las personas viene en conjunto con educarlas y formarlas; pero nuestra constitución no solo se queda en que este deber debería ser responsabilidad únicamente del Estado, sino que establece como mandato en el párrafo quinto de su artículo 14 que los medios de comunicación deben colaborar con el estado en la educación y formación moral y cultural. Siendo que el verbo rector de este artículo es el “deber”, no estaríamos ante un mandato optativo o facultativo, sino ante una obligación constitucional, y por lo tanto no cabría la calificación de intervencionismo a una política sobre programas culturales en señal abierta.

Siguiendo con el comentario del doctor Enrique Chirinos Soto, continúa con lo siguiente:

“En la Asamblea Constituyente de 1978-79, a iniciativa del Partido Popular Cristiano, se admitió el principio de la iniciativa privada libre que se ejerce en una economía social de mercado. Lo apoye con entusiasmo porque, a esas alturas, cuando el país salía de una desdichada experiencia colectivista, ese principio representaba una conquista en la dirección liberal que, como político y como periodista, siempre he perseguido. Pero ya no estamos en 1978. Estamos en un mundo postmarxista. Alguna vez he pensado que era lo mismo decir economía social de mercado que economía de mercado libre” (Chirinos Soto & Chirinos Soto, 2010).

En explicación a esta diferenciación que quiere acentuar el doctor en comento, señala que:

“El estado moderno no asume una actitud de abstención – dejar hacer, dejar pasar- como el Estado liberal o, por mejor decir, el Estado protoliberal. El Estado moderno interviene no para suprimir sino, por el contrario, para asegurar la economía de mercado, para que funcionen las reglas de ésta, para cerrar el paso al monopolio,

para que reine la más libre competencia. Entonces, en virtud de la misma competencia, al consumidor se le ofrece el mejor producto posible al mejor precio posible (...) Arbitro supremo de la economía de mercado es el comprador. En el mercado, cada día se celebra un plebiscito de compradores” (Chirinos Soto & Chirinos Soto, 2010).

Con este comentario debemos tener en claro que el rol que cumple nuestro Estado no debería ser el de la pasividad frente al mercado y frente al producto que se ofrece en el mismo. Aun cuando sigo el paradigma sobre el cual el mercado sufre una auto-regulación en base a la oferta y la demanda, pienso que el Estado debería velar sobre cuáles son los productos que consume su población y hasta tener facultades de intervención en el mismo, pero no sobre su precio, sino sobre la calidad misma del producto. En la actualidad podemos observar que este tema o problemática sobre la calidad de los productos que se ofrecen en el mercado no están fuera del marco jurídico y de las políticas de estado, es así que hoy por hoy contamos con ley especial en la materia, Ley N° 29571 – Código de protección y defensa del consumidor, a cargo de una institución especializada y con competencia administrativa en solución de conflictos que vendría a ser el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual (INDECOPI).

## **1.2.Responsabilidad social de las empresas**

Respecto a la responsabilidad social empresarial, el tribunal constitucional ha señalado lo siguiente:

El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal (...) En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de

Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo "social" se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural", permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (Tribunal Constitucional, 2005).

De lo citado anteriormente debemos rescatar que cuando nos referimos a que el estado garantiza una economía social de mercado, no lo hace únicamente en garantía de libertades como la iniciativa privada o la libertad de empresa; sino que expresamente señala que el régimen económico debe proponer un marco de crecimiento social y de desarrollo de las libertades personales y sociales en el País, es así que cuando la Tribunal Constitucional señala que debe haber una participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, podemos encajar perfectamente la situación que se vive coyunturalmente en nuestra sociedad respecto de los medios de comunicación como la Radio y la Televisión. No es nuevo indicar que los medios de comunicación son el cuarto poder dentro del estado, dado que se influencia y alcance es en algunos casos mayor y más próxima para con la sociedad; pero también se habla del bien común y del respeto del interés general, y es en este punto donde encontramos que la cultura es, en principio, un bien común

perteneciente a todos los peruanos en su conjunto y que el acceso a la cultura se configuraría como de interés general.

Resulta importante también, recoger las 3 dimensiones que otorgarían el carácter social a la economía de mercado. Es así que el Tribunal señala que lo social debe entenderse como: a) un mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; la obligatoriedad de difundir programas culturales o educativos si puede configurar una limitación a la libertad de empresa, de iniciativa privada o de los derechos comunicativos, pero tiene que entenderse que siempre deben demarcarse estas limitaciones en aras del desarrollo común y para el caso en concreto, del acceso libre y democrático a la cultura en el País. b) como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad; dicho principio ya lo explicamos anteriormente, el cual consistía no en actos de caridad por parte del sector empresarial, sino que debiese ser comprendido desde el punto de vista del aporte que en sus diferentes dimensiones deben realizar los distintos actores para el desarrollo social del País. En esta segunda dimensión lo que se buscaría sería obtener el máximo beneficio de la participación del sector privado, empresas de radio y televisión, en el desarrollo de políticas en las cuales el aporte de dicho sector goce de cierta relevancia e importancia para su más alto desarrollo. c) como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; si bien esta dimensión es propia de la sentencia antes citada, en el ámbito de las empresas de radio y difusión se hace uso de lo que se denomina espectro radioeléctrico, dicho termino hace alusión a las ondas eléctricas de las cuales hacen uso estas empresas para poder así realizar su actividad económica; este espectro radioeléctrico está considerado como recurso natural según la ley 28278, por lo cual goza del marco normativo aplicable a la utilización de recursos naturales, razón por la cual su utilización también debería tener como objeto el adecuado desarrollo de la vida o un ambiente de desarrollo adecuado para los peruanos. La televisión actual carecería en su mayoría de un contenido trascendente a la cultura o a la educación, siendo así no se estaría garantizando este ambiente de desarrollo adecuado y mucho menos optimo dentro del país.

Siguiendo con el análisis a la responsabilidad social de las empresas, el Tribunal Constitucional también nos señala lo siguiente:

En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno (Tribunal Constitucional, 2009).

Es así que en la presente investigación nos encontraríamos dentro del ámbito externo del concepto de responsabilidad social de la empresa, la cual contendría las relaciones entre las empresas privadas, la comunidad y hasta el entorno.

En una actualidad donde pareciese como si el contenido de la televisión siempre hubiese sido el mismo y nunca se hubiese dado prioridad a la calidad televisiva, en testimonio de Marco Aurelio Denegri en su programa “la función de la palabra”, emitido el 19 de noviembre del 2014, nos dice que: *“Para los que tenemos más de 70 años el asunto es diferente, porque si usted hubiera visto los primeros 15 o 20 años de la televisión nacional y los hubiera comparado con la televisión actual, entonces hubiera visto la gran diferencia. Las cosas (refiriéndose a programas televisivos) que se hicieron a fines de la década del 50’s y las cosas que se siguieron haciendo con buen criterio en general en la década siguiente no se volvieron a hacer”* (Denegri, 2015). En la emisión de ese programa, Marco Aurelio señala como la televisión peruana era distinta en sus inicios, con programas de más calidad que los de ahora y que con el tiempo fueron cambiando a lo que encontramos actualmente, también relata como en esas épocas el realizar un programa cultural no era una idea descabellada, pero que siempre todo estuvo en manos del dueño de la televisora. Entendamos entonces que el rol de desarrollo social de las empresas de radio y televisión no ha sido siempre ajeno a fines educativos o culturales, sino que los aspectos económicos y ciertas coyunturas políticas

vividas en nuestro país, nos llevaron a olvidar o hasta degradar la calidad en programas televisivos de señal abierta.

## **2. Libertad de empresa e iniciativa privada.**

La libertad de empresa se encuentra reconocida en el artículo 59 de nuestra constitución, el cual señala lo siguiente: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades” (Constitución, 1993). A razón de que se cambió de paradigma a una economía mucho más liberal, se buscaría la riqueza nacional estimulando sectores como el mercado libre; con acciones como garantizar la propiedad privada en conjunto con la libertad de empresa, comercio e industria se crearía un panorama favorable para la inversión privada. Sin embargo, aun cuando la riqueza económica es importante, creo que la riqueza de un País no debe entenderse por índices numéricos, con cifras y diagramas que solo reflejan una de las realidades de un país, dado que los índices de crecimiento económico solo son un reflejo, una consecuencia de un hecho, acto o fenómeno humano social; los países más ricos no son precisamente los que más recursos tengan, sino los que les den mejores utilidades y desarrollo al componente más importante de toda nación, que es el ciudadano. Lo que me lleva a pensar que la riqueza de un País está en quienes integran una nación, y la educación es esencial en este campo, una inversión a futuro para el devenir de una generación crítica con el mundo y con las maneras tradicionales de pensar; y es este campo donde la difusión de la cultura juega un papel importante, no solo en difundir nuestra propia cultura social e histórica, sino la impartición y difusión de conocimiento que nos lleven a descubrir nuevas cosas, que estimulen la curiosidad en la persona.

Retomando el punto de la libertad de empresa, se dice que esta garantizaría a todas las personas en su libertad de decisión, no solo para crear empresas (libertad de fundación de empresas) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado) sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en

atención a sus recursos y a las condiciones propias del mercado (Safra, 2015). Como observamos, la libertad de empresa trae consigo un abanico de libertades subyacentes a ella misma, sin las cuales no se podría desarrollar ni garantizar plenamente. Si nos pusiésemos en el caso que se regulase la difusión de programas culturales de forma obligatoria, podría entonces esta regulación no estar acorde con los objetivos y fines de una empresa, con la forma de dirigir o con la forma planificar una actividad empresarial. Pero nada más alejado de la realidad, recordemos que vivimos en una economía social de mercado y ante todo una Republica Social donde uno de sus deberes es promover el bienestar social y la defensa de los derechos humanos. Es por esto que en la constitución de 1993 se establece que los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y formación moral y cultural de los ciudadanos. Entonces, cuando hablamos de condiciones propias del mercado de las tele-comunicaciones, podríamos establecer que la difusión de cultura es uno de sus vectores, pero que este ha sido olvidado por razones propias a los intereses de los dueños de cada empresa de este sector. Si esto es así, no podríamos hablar de una limitación a la planificación o dirección de los objetivos de cada empresa de radiodifusión, porque es mandato constitucional su colaboración con la difusión de cultura; si el Estado propicia escenarios donde puedan desenvolverse y crear riqueza económica, es consecuente que el deber de las empresas de radiodifusión será el de difundir con la difusión de cultura aun cuando ninguna ley así lo requiriese; y no es de aplicación el principio jurídico de nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, porque si hay una obligación, y una obligación de rango constitucional, que debe entenderse como la norma suprema dentro de nuestra legislación interna. Podría decirse que no puede cumplirse porque no hay ley que la regule, y en ese camino se implementó la Ley de Radio y Televisión, pero su redacción es deficiente acorde a garantizar el cumplimiento de la difusión de cultura, es por tal razón que veo necesario el planteamiento de una modificación a la ley de Radio y Televisión y su reglamento en relación a la difusión de programas culturales en el Perú.

A su vez, el Tribunal Constitucional nos indica que la libertad de empresa forma parte del contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993, estas libertades deben ser entendidas como los

principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. Es por eso que en el caso peruano se implica que las controversias que surjan en torno a las libertades económicas deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho y la economía social de mercado. En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista (Corporación Rey S.A, 2010).

¿Pero que es la libertad de empresa? El tribunal constitucional indicó que el derecho a la libertad de empresa se define como el derecho a elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o producción de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores y usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una situación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad, o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce (Caso Empresa de transportes y turismo pullma corona real S.R.L., 2005). La protección a la libertad de empresa se basa en que se trata de un derecho fundamental, es decir, constitucionalmente reconocido. Como hemos visto de lo anteriormente expuesto el derecho a la libertad de empresa es parte esencial del marco de economía social de mercado de nuestro País, sin este no podría haberse dado la proliferación de los negocios privados (iniciativa privada) y la inversión privada en nuestro País. Pero el Tribunal Constitucional aclara que la ejecución de este derecho debe hacerse bajo el marco económico planteando en la constitución y que este es el de la economía social de mercado. Es decir que el desenvolvimiento de este derecho se hace en base a los fines de una economía social de mercado y no solo esto, el Tribunal Constitucional señala que el Estado podrá poner límites al accionar de la libertad de empresa si es que estos no se encuentran de acuerdo a los fines de nuestro marco socioeconómico. Es decir, que si

demostramos que el derecho de acceso a la cultura forma parte del marco constitucional de derecho de nuestro País, podríamos señalar que no habría ninguna vulneración a la libertad de empresa si es que se regulase su emisión obligatoria por parte de las empresas de radio difusión, o incluso limitar la difusión de contenido no cultural.

De otro lado del artículo 58 de la constitución se desprendería la libertad de iniciativa privada como principio de la economía social de mercado en el Perú; conceder la libertad a cualquier persona de poder emprender un negocio sería el génesis a un futuro estado de libertad de mercado, y es por esto que considero importante su análisis. La iniciativa privada como principio en la economía social de mercado llega a tener un mayor alcance desde la constitución de 1993, ya que, aunque la constitución de 1972 también se encontraría bajo un régimen económico social de mercado, en esta se tenía un régimen de reserva del Estado en determinadas actividades de interés público y su intervención directa en ellas mientras que en la Carta Constitucional de 1993 se le dio cobertura a un régimen con mayor apertura a la inversión privada (Bastos Pinto, y otros, 2012).

Al respecto del artículo 58 de la constitución, el constitucionalista Raúl Chanamé Orbe comenta lo siguiente sobre dicho artículo: *“La constitución garantiza que cada persona tiene el derecho de desarrollar las actividades económicas que considere de su preferencia con la única limitación que la ley. No significa otra cosa el precepto constitucional que la iniciativa privada en nuestro País”* (Orbe, 2011). Como observamos, para el doctor Raúl Chanamé Orbe, el derecho de desarrollar actividades económicas solo contendría limitaciones en su desarrollo si se encontrase contradicción con cualquier otra norma constitucional, y digo norma constitucional en razón de que considero que es más asertivo hablar de norma constitucional, que es el rango en el cual se encuentra reconocido el derecho a la libertad de empresa, y no de leyes que son de rango inferior.

Continuando con el comentario del doctor Chanamé Orbe sobre artículo 58 de nuestra constitución, nos indica que *“(…) Mientras más libertad exista en las actividades económicas, mayor será la probabilidad que el mercado provea mejores bienes y servicios a los usuarios o consumidores, bajo un precio competitivo”*(Orbe, 2011). Al respecto, cabe

indicar que en el caso de las empresas de radiodifusión nacionales habría que realizar un análisis sobre: ¿Cuál es el producto de que se nos vende? ¿Somos nosotros compradores o solo receptores de programas televisivos? ¿Existe una relación de consumo entre televidente o teleaudiencia y el tele-comunicador?

Debo señalar que las empresas de radiodifusión se financian por la publicidad que venden. La evidente relación de consumo no sería con los televidentes, sino con los compradores de tiempo y audiencia que las empresas de radiodifusión ofrezcan. Estos compradores son aquellos quienes quieran publicitar información que sea de su interés. Entonces, si tenemos que las empresas de radiodifusión venden publicidad a las empresas o personas que así lo soliciten, además que estas no necesariamente forman parte de la audiencia, cabría preguntarse ¿Qué lugar ocupa la teleaudiencia? Según el código del consumidor, son consumidores o usuarios *“Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales o inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”* (Ley N° 29571, 2010). En un sentido estricto podemos decir que el radio-televidente es una persona natural que disfruta como destinatario final de un producto inmaterial, pero es en este último punto donde puedo detenerme y cuestionar sobre ¿Qué beneficio se le puede dar al contenido de la televisión actual? ¿Cuál es la utilidad que se le puede dar a los programas televisivos más allá de noticieros y programas escandalosos? Y es que este beneficio que se puede recibir de la televisión es muy subjetivo, por ejemplo, ahora mismo a mí me resulta beneficioso el contenido actual de la televisión porque de modo contrario no me estaría cuestionando del porque no se transmite y difunde programas culturales en la señal abierta de televisión. Pero para otras personas en que beneficia el contenido televisivo actual, yo creo que en poco o en nada, y si beneficio hubiese sería producto de la subjetividad indistinta de cada persona; no hay un objetivo o finalidad a la transmisión de información mediante el espectro electromagnético, un aprovechamiento a un recurso natural perteneciente al Estado. Y es en ese punto donde pudiesen encontrar tanto el estado como las empresas de radiodifusión un desarrollo a la difusión de la cultura mediante la explotación del recurso natural antes citado.

Siguiendo con los comentarios del doctor Chanamé Orbe, nos señala lo siguiente respecto al artículo 58 de la constitución:

La iniciativa privada es libre y no debe tener ningún obstáculo para su desarrollo, donde el Estado orienta el desarrollo del País. (...) la población se convierte en un árbitro de la economía de mercado; es el público quien decide. De ahí que hoy en día mucho se habla de la calidad total, la excelencia de la calidad, que todo producto para ser aceptado por el público tiene que ser más bueno, más bonito, más alcance, entre otros requisitos (Orbe, La constitución comentada, 2011).

El doctor Chanamé Orbe reconoce que en un Estado Constitucional de Derecho es el Estado mismo quién orienta el desarrollo del País; si bien el artículo hace referencia al marco o régimen económico, deberíamos recordar que este no es el único campo que se encuentra a cargo Estado para su desarrollo; temas como la salud, la justicia y educación serían ejemplos claros donde el estado forma parte activa de su desarrollo en nuestro País. Entonces en el marco económico de las empresas de radiodifusión no puede ser distinto, se necesita un trabajo activo y en conjunto para poder lograr la difusión de cultura en nuestro País, y el espectro electromagnético es el recurso natural que debe explotarse para este fin. Es curioso cuando se dice que es el propio consumidor quién elige que comprar, aunque sea verdad en una economía de libre mercado, pero en el singular caso de la televisión de señal abierta creo que esta afirmación no podría aplicarse del todo. Hablamos de un caso donde nos encontramos un producto con características muy singulares, como que es gratuito, es omnipresente y prácticamente infinito. Nadie paga por recibir señal abierta, razón por la cual no nace una relación de consumo entre las empresas de radiodifusión y los televidentes, bastaría con tener el equipo adecuado para poder ser beneficiario de su recepción en cualquier zona geográfica y es infinito en razón que podemos pasarnos la vida consumiendo lo que la televisión nos ofrece y nunca acabaríamos de ver toda su programación, además que todas las personas pueden ser consumidoras del mismo producto. Ante un producto que se ofrece con esas características ¿Por qué la gente dejaría consumirlo con el fin de obtener un producto de mejor calidad y con contenido cultural? El impacto que tendría un movimiento social de apagar los televisores en reclamo del bajo contenido cultural sería realmente grandioso y

cambiaría nuestra realidad televisiva, pero, a mis 25 años nunca he visto un movimiento como ese, nunca se ha dado en nuestro País. Estamos ante un producto inmaterial que no se maneja de la misma forma en la que se hacen los productos del mercado y por lo tanto no debiésemos considerar que se desenvuelve en la sociedad de la misma forma que los demás productos.

Como ya expliqué el por qué podría considerarse a la teleaudiencia como consumidores ante el marco jurídico, ahora es momento quizá de ahondarnos en la cuestión sobre si existe o no una relación de consumo entre televidentes y empresas de radiodifusión; empezaremos diciendo que una relación de consumo se produce cuando *“un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica”* (Ley N° 29571, 2010). Teniendo en claro que somos consumidores de un producto, programas televisivos, y que el proveedor sería una empresa de radiodifusión, lo siguiente bajo análisis sería si existe o no una contraprestación económica entre teleaudiencia y empresas de radiodifusión, y es en este punto donde se quiebra la tesis de llevar la calidad de los programas televisivos a la competencia del INDECOPI. Como ya señalé antes, la señal de televisión nacional abierta se recibe de manera completamente gratuita, donde solo bastaría con tener el equipamiento necesario y el servicio energético adecuado para hacer funcionar dicho equipamiento. Es por esta razón que no nos encontramos ante una relación de consumo propiamente dicha, al no existir una contraprestación entre teleaudiencia y empresas de radiodifusión, no podríamos acudir al INDECOPI a fin de mejorar la calidad del producto televisivo. Pero no es razón de desánimo ni rendición, porque el INDECOPI representa en sí una política materializada de “intervención” en el mercado desde la perspectiva de protección y mejoramiento de la calidad de los productos que se ofrecen en el mismo, pero que, por características ya particulares y propios de los productos televisivos, esta institución carecería de competencia para resolver la problemática sobre la calidad del contenido televisivo actual. Esto nos regresa al punto de partida, a continuar con el análisis del derecho de libertad de empresa como parte integrante de nuestro marco económico constitucional, pero con una premisa distinta, la cual señalaría que el Estado si puede “intervenir” en el mercado en lo que se refiere a la calidad de los productos en pro de la defensa de los consumidores, caso INDECOPI.

### 3. Derechos de comunicación

#### 3.1. Aspectos generales

Los derechos de comunicación se encuentran reconocidos por la constitución en su artículo 2 numeral 4, el cual señala que toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o a la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Al respecto, la ley de Radio y Televisión, artículo IV de su título preliminar, incluye de manera expresa un artículo que reflejaría la vigencia plena en lo que respecta a libertad de opinión, información, expresión y difusión del pensamiento de las empresas de radio y televisión a fin de obtener garantía dentro de la ley frente al posible intervencionismo del estado, pero como se fundamentará más adelante, si bien las empresas gozan de estos derechos de comunicación, que son derechos constitucionales plenamente reconocidos y garantizados por el estado, cierto es que el ejercicio de todo derecho debe hacerse bajo un marco de políticas encomendadas y pactadas en la constitución, es así que cuando las empresas de radiodifusión no cumplan con uno de sus mandatos constitucionales, el estado debería regular el correcto desarrollo de un derecho y delimitar los alcances de dicho derecho para evitar un abuso irrestricto y quizá hasta contraproducente para la sociedad.

Desde un punto histórico de la introducción de la libertad de expresión en nuestra sociedad, Raúl Chanamé Orbe opina lo siguiente:

*“Entre nosotros cuando se conquistó la libertad de expresión, a través de la Constitución de Cádiz de 1812, como muestra de júbilo se incendió la oficina de censura que era representado por la temible Santa Inquisición. Decenas de periódicos de todo tipo surgieron en medio del auge de esta libertad. Un nuevo poder se ejerció por medio del diario o el libelo, que muchas veces se presentó servil al gobierno o en franco cuestionamiento a su autoridad. Son célebres los disidentes que se enfrentaron al poder por medio de sus plumas: Sánchez Carrión, Abelardo Gamarra o Gonzáles Prada, entre otros. No obstante, su importancia tenía un límite: sus lectores fueron una minoría en medio de un país de iletrados.*

*El siglo XX significó un avance sustantivo en relación a la importancia de la prensa escrita. Así lo constata la Constitución de 1933: “todos tienen el derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones por medio de la imprenta...” (Art. 63); Creció la escolaridad y la politización social, lo que llevó a clausurar – o expropiar- periódicos como “La prensa” con Leguía, “La tribuna” con Odría o “Expreso” con Velasco. En los años sesenta los diarios llegaron a tener tiradas que superaban el millón de ejemplares, sobre un universo de 12 millones de habitantes, verdadero fenómeno de lectoría a pesar que el Perú no había adquirido la alfabetización actual. Este auge del diarismo se militó con el crecimiento de la radio y la televisión, cuyo nivel de penetración supero cualquier limitación de escolaridad o gráfica, marcando una nueva relación con el poder político.*

*Hoy por cada diez hogares peruanos cuando menos nueve poseen radio, siete televisores, en tanto sólo tres compran diarios. Los mass media se han diversificado en sus contenidos y segmentos, de su lenguaje se ha forjado una nueva cultura popular (chicha, informal o emergente), demostrando que aún no es un poder determinado políticamente” (Orbe, 2011).*

En palabras de María Pía Chirinos Montalbetti, nos indica respecto a la redacción de la Constitución de 1993 lo siguiente:

*“La mayoría quiso, en la Comisión Principal, inicialmente, introducir modificaciones en el precepto que consagra la libertad de expresión. Los representantes de las distintas minorías advertimos a la mayoría el peligro de alterar un mandato constitucional que, desde 1979, nunca ha sido impugnado por nadie, y bajo cuyo amparo los peruanos gozan, efectivamente, de la más amplia libertad de expresión. Nuestro punto de vista fue ampliamente respaldado por el periodismo independiente, tanto del Perú como de afuera de nuestro país.*

*A fin de cuentas, la mayoría comprendió que el principio de la libertad de expresión era terreno minado, y que más valía reproducir el inciso 3 de la Constitución de 1979. Es lo que se ha hecho, con alguna modificación apenas perceptible” (Chirinos Soto & Chirinos Soto, 2010).*

Estos son comentarios interesantes en el sentido que revelan el efecto progresivo que tuvo el reconocimiento de una libertad como lo es el de la libertad de expresión, en sociedades donde se vivía una represión mediática como lo fue en el Perú Virreinal; puede entenderse que el reconocimiento a la libertad de expresión fuese uno de los primeros pasos en el camino a la creación de una sociedad ciertamente desarrollada y libre. Raúl Chanamé nos indica también que aun cuando se vivió una revolución de la libertad en la prensa escrita, esta no tuvo mayores efectos desde un inicio dado el nivel educativo de los habitantes de la época, pero que con el cambio tecnológico que trajo la radio y la televisión se vivió un segundo cambio en lo que se refiere a la difusión de información. Los medios de comunicación podían ahora tener un mayor alcance a razón de que el protagonismo ya no lo tendría la prensa escrita, sino una prensa audiovisual de acceso libre. Como bien lo indica el autor antes citado, los medios de comunicación forman hoy una parte mucho más amplia e influyente de lo que pueden ser los diarios, y que pueden incluso superar limitaciones de entendimiento y comprensión por parte de sus receptores de una manera muy más eficiente y eficaz. Agregando que el reconocimiento a estas libertades tiene antecedentes desde la carta constitucional de 1933, con lo cual tendríamos un artículo que viene siendo recogido desde inicios del siglo XX; lo cual demostraría su importancia en la construcción de nuestra actual coyuntura mediática.

Pero, ¿Que libertades reconoce el inciso 4 del artículo 2 de la constitución? María Pía Chirinos Montalbetti nos indica que dicho inciso distingue entre la libertad de informar de la libertad de opinión, las cuales serían, una la libertad de dar noticias y la otra la libertad de comentarlas respectivamente y que a las cuales se añade las libertades de expresión y difusión como complemento indispensable de las primeramente mencionadas (Chirinos Soto & Chirinos Soto, 2010). En una línea distinta y más extendida, Raúl Chanamé Orbe nos indica respecto a la libertad de expresión como derecho fundamental que:

La libertad de expresión es uno de los pilares de cualquier democracia. No es posible elección libre sin información plural, y esto es lo dramático de nuestro modelo institucional, que arroja un sondeo que señala que, de cada diez peruanos, ocho consideran que los medios manipulan la información poniendo en cuestión la veracidad de sus contenidos. El peligro ya no es la censura, sino la autocensura, no el hecho noticioso sino la manipulación de él. Sin ir muy lejos en la última guerra

del Medio Oriente, se evidenció como en la tierra de la libertad de expresión, los medios se convierten en simples propagandistas, que informaban lo que convenía y callaba deliberadamente lo inconveniente, relajando la veracidad y objetividad. El concepto verdad ha generado polémicas milenarias, por ello el Tribunal Constitucional español ha precisado que “La veracidad de la información viene, así, a ser entendida como exigencia, al que la difunda, de buscar la verdad. Una especial diligencia que asegura la seriedad del esfuerzo informativo” (STC, 41/1994). Sólo así, hablaríamos de un auténtico poder democrático y no, de uno despótico basado en la manipulación, tergiversación y ocultamiento de la realidad” (Orbe, 2011).

Por otra parte, respecto a la libertad de información nos señala que:

*“La libertad de información consiste en el derecho que tenemos de dar y recibir informaciones y comunicaciones de cualquier tipo, dentro de la ley, sin previa autorización ni censura. El TC, aclara que «Aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2º de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto. Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor y opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente».*

*Señalando además que «mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede*

*con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos contrastables, sí lo pueden ser»” (Orbe, 2011).*

Como observamos, existe una diferencia entre las definiciones o posicionamientos respecto de los derechos bajo comentario; dado que, en el primer comentario se nos dice que las libertades centrales serían la libertad de información y de opinión, siendo que las libertades de expresión y difusión serían complementarias a los dos derechos primeramente mencionados. En una línea distinta y acorde a sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano, Raúl Chanamé Orbe posicionaría a la libertad de expresión y a la libertad de información como ejes centrales. Donde la protección y reconocimiento a la libertad de expresión garantizaría consecuentemente derechos como la libertad de opinión o de difusión del pensamiento; por otra parte, la libertad de información garantizaría lo relacionado a al acceso, búsqueda y difusión de información veraz.

En el ámbito internacional encontramos la Convención Americana de Derechos humanos, la cual reconoce en su artículo 13 las libertades expresión y pensamiento; al respecto la convención señala que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (Organización de los Estados Americanos, 1969).

A razón de un discernimiento poco claro o quizá confuso, encuentro necesario el estudio de los derechos comunicativos en forma separada; a fin de obtener una visión y conceptos muchos más claros y concretos.

### **3.2. De la libertad de expresión**

Los primeros antecedentes a la importancia de la libertad de expresión se encontrarían en las obras Areopagítica de John Milton (1644) y Sobre la libertad de John Stuart Mill (1859), que

constituyen dos importantes antecedentes históricos relacionados con los fundamentos de la libertad de expresión. Al respecto se señala que:

Para Milton, las restricciones a la libertad de expresión solo limitan la creatividad y paralizan la verdad, desconociendo la importancia de este derecho para el desarrollo de nuevas ideas y conocimientos por parte del ser humano. Restringir este derecho implica impedir la circulación de nuevos puntos de vista, negando la posibilidad de que exista una pluralidad de ideas, elemento imprescindible para el contraste y debate entre ellas. En el caso de Mill, sus argumentos a favor de la libertad de expresión se centran en los siguientes aspectos: a) silenciar una opinión por considerar que es falsa implica asumir una posición de infalibilidad; b) una opinión admitida como verdadera debe enfrentarse a una opinión contraria, aunque sea falsa, a fin de fortalecer la comprensión y las convicciones sobre su contenido; c) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada será seguida pero no se comprenderán sus fundamentos racionales; y, d) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada, puede perderse o debilitarse, sin alcanzar su objetivo de formar caracteres y conductas (Guerrero, 2010).

Actualmente existen otros fundamentos de la libertad de expresión, que se encuentran en una perspectiva jurídica constitucional; a razón de la evolución misma del derecho y del reconocimiento y adopción por parte de los estados de un texto fundamental. Al respecto se señala que:

(...) se puede mencionar la teoría libertaria, que encuentra su principio orientador en la autorrealización personal del individuo, relacionada intrínsecamente con la autonomía y la dignidad de la persona; o la teoría democrática, que subraya la importancia de este derecho para el fortalecimiento del sistema democrático, por lo que se trata de un fundamento político, donde el discurso protegido es aquel que contribuye a que los ciudadanos adopten las decisiones necesarias para el desarrollo del gobierno (Guerrero, 2010).

En atención a la constitucionalización y reconocimiento del derecho a la libertad de expresión, se señala que:

“La libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho fundamental, es decir, como un derecho esencial para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. En atención a esta característica, se han desarrollado a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía, como su reconocimiento en los textos constitucionales, su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial rápida y efectiva.

En diversos países, la libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho fundamental desde los primeros textos constitucionales hasta la actualidad. Este reconocimiento origina importantes consecuencias jurídicas, pues todo análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y bienes que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto, pero con los que también debe ser armonizado. Asimismo, su reconocimiento constitucional le otorga a este derecho una protección especial frente al legislador, quien al momento de regular su ejercicio debe respetar su contenido constitucionalmente protegido, pues en caso contrario las normas que emita sobre la materia podrán ser expulsadas del ordenamiento jurídico por inconstitucionales (Guerrero, 2010).

Por otra parte, el camino a su interpretación sobrepasaría a la sola mención del derecho por una carta constitucional, en ese sentido se señala que:

“Las normas constitucionales se limitan a reconocer de forma general la libertad de expresión, sin precisar mayores alcances en cuanto a su contenido o los límites a su ejercicio, lo que implica una especial labor por parte del intérprete constitucional, a efectos de precisar el ámbito de tutela que la Constitución otorga a este derecho. Esta tarea no puede llevarse a cabo con los criterios clásicos de interpretación de las normas jurídicas. Como derecho constitucional, le corresponde una interpretación especializada, a partir de su reconocimiento como elemento fundamental del Estado constitucional y como un derecho que merece especial protección frente a cualquier intento de limitar en forma arbitraria su ejercicio.

Es así que el reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental implicaría que los Estados tienen dos obligaciones específicas: las obligaciones de respeto y de garantía de este derecho. En un primer sentido, los Estados se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a la libertad de expresión, y en un segundo sentido, los estados deben adoptar todas las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte la libertad de expresión. Todas estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales (Guerrero, 2010).

Desde una perspectiva internacional se señala que:

La libertad de expresión también ha sido reconocida como un derecho humano en el Derecho Internacional, desde las primeras normas declarativas de derechos de mediados del siglo XX hasta los tratados sobre la materia. Este reconocimiento obliga a interpretar su contenido y los posibles problemas que se originen por su ejercicio, tomando como referencia que también existen otros derechos o bienes jurídicos que gozan de reconocimiento y protección internacional, con los cuales deberá necesariamente ser armonizado.

El reconocimiento de la libertad de expresión en las normas internacionales le otorga un marco de protección adicional al que se deriva de su reconocimiento en la Constitución, pues las normas internacionales establecen unos estándares mínimos de protección que los Estados se encuentran obligados a respetar; en caso contrario, son pasibles de responsabilidad internacional. Asimismo, el contenido de los instrumentos declarativos y convencionales debe ser tomado en consideración al momento de interpretar los derechos reconocidos en los textos constitucionales, como lo establece la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993. De igual modo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales deberá ser observada por los tribunales nacionales al resolver controversias relacionadas con el ejercicio de este derecho fundamental (Guerrero, 2010).

En el presente análisis, debemos tomar en cuenta que se está considerando la investigación de la libertad de expresión con el objetivo de encontrar si la implementación de una norma

que regule la emisión de programas culturales pueda o no vulnerar tal derecho de las empresas de radio y comunicación; en tal sentido deberemos hacer un análisis a fin de saber si la libertad de expresión puede limitarse y si la difusión de programas culturales constituiría una limitación al mismo. Es así que se señala respecto a los límites a la libertad de expresión lo siguiente:

Los límites a la libertad de expresión pueden ser definidos como toda reducción de alguno de los elementos jurídicos que conforman su contenido. La justificación de la potestad del legislador para establecer estos límites parte de la premisa que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten restricciones, pues a partir de su reconocimiento e incorporación en un ordenamiento jurídico, coexisten con otros derechos o bienes constitucionales, por lo que pueden presentarse situaciones que impliquen la necesidad de proteger estos derechos o bienes frente a un determinado ejercicio de la libertad de expresión. Será en tales supuestos que el legislador se encontrará facultado para restringir la difusión de ideas e informaciones, correspondiendo a los tribunales resolver cualquier controversia sobre la materia, en la búsqueda de una armonía entre la libertad de expresión y los derechos fundamentales de los demás y los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Las restricciones a la libertad de expresión pueden estar orientadas a prohibir la difusión de un determinado discurso (restricciones sobre el contenido) o regular la forma, tiempo, lugar o medio en que puede ser transmitido (restricciones neutras). La precisión sobre el tipo de restricción (sobre el contenido o neutras) tiene consecuencias importantes, pues en los supuestos en que se prohíbe la difusión de una determinada idea o información el análisis jurídico de la restricción es más intenso que en aquellos en que la limitación se relaciona con el tiempo, lugar o modo empleado para difundir un mensaje.

El requisito formal se relaciona con las características que debe tener la norma que establece restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho

Comparado, se opta por considerar a la ley en su sentido formal, como la fuente autorizada para establecer una restricción a los derechos fundamentales.

Sin embargo, esta no es la posición adoptada por el Tribunal Constitucional peruano, que en la práctica ha admitido que, a través de normas distintas, como el caso de las ordenanzas municipales, puedan establecerse límites a su ejercicio. (...)

Junto con el requisito formal, toda limitación al ejercicio de la libertad de expresión debe observar determinados requisitos sustantivos. En este sentido, debe estar orientada a alcanzar un objetivo legítimo, que puede ser la protección de otro derecho fundamental o de algún bien que tenga protección constitucional. Asimismo, se requiere que exista una relación directa entre la limitación que se establece y el objetivo que se desea alcanzar. De igual modo, es importante analizar si para alcanzar ese objetivo puede establecerse otra medida distinta a la restricción del derecho fundamental. De considerarse la medida necesaria, tendrá que analizarse si es proporcional al derecho o bien constitucional que se desea proteger. En todo caso, ninguna restricción puede ser establecida de modo tal que, en los hechos, haga imposible el ejercicio del derecho limitado, lo que implica respetar su contenido esencial. (...)

Finalmente, dado que todo límite a la libertad de expresión implica que hay otro derecho o bien constitucionalmente protegido que requiere ser garantizado, se suele emplear la expresión “conflicto entre derechos” para hacer referencia a esta situación. Para la resolución de estos conflictos, a nivel del Derecho Comparado se han desarrollado diversos métodos, siendo el más empleado el denominado **test de proporcionalidad** o **ponderación**. Sin embargo, existe una teoría que niega que pueda existir un conflicto entre derechos fundamentales, conocida como **teoría no conflictivista** o **armonizadora**, y que considera más apropiado hablar de **conflictos de pretensiones**, que se resolverían a través del denominado método de la delimitación constitucional del contenido de los derechos, para lo cual se debe acudir a diferentes criterios, encontrándose dentro de ellos la ponderación, que adquiere en esta teoría una perspectiva diferente aunque no muy clara (Guerrero, 2010).

La idea de la limitación a la libertad de expresión es clara; en un primer sentido debemos entender que ningún derecho es absoluto o irrestricto, el solo hecho de que nuestra constitución reconoce un abanico de derechos fundamentales y de que existe lo que se denomina un bloque de constitucionalidad, implica que debe haber una coexistencia armonizada de todos los derechos y libertades a fin de que logren el más pleno desarrollo y protección. La idea de una ponderación de derechos no contradice la garantía de los mismos, dado que existen temas como el interés o la necesidad pública, premisas bajo las cuales el estado deberá efectuar distintas políticas de desarrollo social. No siempre podremos convivir en un medio donde los programas televisivos solo quieran ejercer su derecho a la libertad de expresión para emitir opiniones o comentarios respecto a contenidos netamente noticiosos o de farándula. En este sentido deberá realizarse un el test de proporcionalidad respecto al derecho de acceso a la cultura contra la libertad de expresión de las empresas de radio y televisión, aunque desde un primer momento pueda entenderse que no nos encontramos frente a un problema de restricción sino de promoción de un derecho fundamental en conjunto a otro y con probables consecuencias en el mercado.

Finalmente, aunque la idea de una limitación a la libertad de expresión aun esté en abstracta, en el Perú contamos con algunas normas que limitan su contenido en específico; es así que encontramos lo siguiente:

En el ordenamiento jurídico peruano es posible encontrar diversas normas que establecen límites a la libertad de expresión, previstas en diferentes cuerpos normativos. Así, por ejemplo, en el Código Penal es posible encontrar veintiún (21) normas que establecen restricciones a la libertad de expresión, siendo diversos los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que justifican este tipo de medidas. En la mayoría de casos, la restricción se relaciona con la prohibición de difundir determinada idea o información, mientras que en otros se prohíben determinadas conductas que transmiten un mensaje. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, solo el tipo penal de apología del terrorismo ha sido objeto de un análisis, como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad presentada en su contra.

En la legislación procesal penal también encontramos una norma limitativa de la libertad de expresión, cual es el artículo 73 del Código de Procedimientos Penales, que establece que una determinada etapa del proceso penal –la instrucción– tiene carácter reservado, a partir de lo cual se ha admitido que las autoridades jurisdiccionales pueden establecer medidas limitativas respecto a la difusión de información sobre su desarrollo. De otro lado, el libro del Código Civil correspondiente a los Derechos de la Persona contiene tres disposiciones que se relacionan con la libertad de expresión, en tanto condicionan la difusión de información vinculada con la intimidad, la imagen, la voz y las comunicaciones privadas, al consentimiento que para tal efecto ofrezcan los titulares de estos derechos o sus familiares. Si la información es difundida sin haber obtenido ese consentimiento, se originan responsabilidades posteriores por el ejercicio de la libertad de expresión.

Otras restricciones a la libertad de expresión pueden encontrarse en la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859), referidas a la forma o el momento para emitir un determinado discurso, en este caso relacionado con la propaganda política. En ningún supuesto se establecen restricciones sobre el contenido del mensaje político que se quiere transmitir. De otro lado, la Ley de Radio y Televisión (Ley N° 28278), se pronuncia de forma expresa sobre la pornografía. En este sentido, el artículo 43 establece que los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico. Se trata de una limitación no relacionada con el contenido del discurso sino con el medio a través del cual no se encuentra permitida su difusión.

Existen algunas normas en el ordenamiento jurídico peruano que establecen límites específicos a la libertad de expresión de determinadas autoridades o funcionarios. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 184, inciso 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y vocales de este órgano del Estado se encuentran obligados a no emitir públicamente ninguna información relacionada con los procesos sobre los cuales han asumido competencia. De otra parte, el Decreto Legislativo N° 276, que regula el régimen laboral de algunos trabajadores de la

Administración Pública, establece en el artículo 23, inciso d) que los servidores públicos se encuentran prohibidos de emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente (Guerrero, 2010).

Desde una perspectiva internacional, contamos con la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 29 señala las normas de interpretación respecto de las disposiciones que ella contiene; al respecto, dicho artículo menciona lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Así mismo, podemos encontrar que el inciso 2 del artículo 32 de la convención señala que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Las anteriores vendrían siendo normas de interpretación respecto de la libertad de expresión y pensamiento de manera irrestricta, pero la convención en su artículo 13 establece que:

El ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (Organización de los Estados Americanos, 1969).

En el mismo sentido, en el inciso 5 encontramos casos concretos en los cuales la misma convención restringe el derecho de libertad de expresión y pensamiento, es así que señala lo siguiente:

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (Organización de los Estados Americanos, 1969).

En conclusión, debemos tener presente que el derecho a la libertad de expresión si puede ser limitado; en el caso peruano puede limitarse por leyes que prohibirían la difusión de ciertos contenidos o información, y en un nivel internacional encontraremos que existen ciertos parámetros por los cuales podría restringirse la libertad de expresión como el de una limitación correspondiente a las exigencias del bien común, en la presente investigación podríamos indicar que el bien común sería el cumplimiento de un mandato constitucional como lo es la difusión de cultura y educación en el país.

### **3.3. De la libertad de información**

La libertad de información y expresión están estrechamente relacionadas, como si se tratase de dos caras de una misma moneda. Es así que cuando en el artículo 13 del capítulo II de la convención americana de derechos humanos se reconoce el derecho de toda persona a la

libertad de expresión y de pensamiento, este comprendería la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es así como el derecho a la libertad de información comprendería las mismas garantías y tratamientos que la libertad de expresión.

Siguiendo con el ámbito internacional, encontramos el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el cual indica que el derecho a la libertad de opinión y de expresión incluyen el derecho de toda persona de investigar y recibir informaciones y opiniones.

La distinción sobre la finalidad del derecho a la libertad de información es por lo menos clara en ambos artículos; por lo cual encontramos que la libertad de información siempre está implícita en los que se han reconocido como derechos a la libertad de expresión, pensamiento u opinión. A razón de los artículos antes citados podemos encontrar que la libertad de información implica para ambos instrumentos internacionales la libertad de buscar o investigar, recibir y difundir informaciones.

Respecto a la libertad de información, el tribunal constitucional ha señalado lo siguiente:

(...) el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz. Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. Las dimensiones de la libertad de información son:

- A) El derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, 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” (Caso caja rural de ahorro y crédito de san Martín, 2002).

En este sentido podemos encontrar desarrollado el derecho a la libertad de información, el cual sería un derecho personal como colectivo; dicho de otra manera, el informante ejerce su derecho a la libertad de información en el sentido de la garantía de acceso a las fuentes informativas y el de difundir libremente esta información; mientras que en la esfera de un derecho colectivo, las personas tenemos el derecho a recibir información de manera veraz e imparcial en razón al papel que juegan los medios de comunicación en la construcción de la opinión pública. La esfera colectiva de la libertad información impondría una limitación a su propia esfera personal, en el sentido que toda información debe hacer no solo con atención a la veracidad de los aspectos relevantes del hecho que se informa, sino también debe hacerse de manera imparcial, limitación que a mi parecer solo puede en el aspecto de la transmisión de programas noticiosos en el cual dichas transmisiones no tengan objetivos personales políticos o religiosos de crear una opinión favorable a dichos grupos en detrimento de la verdad. En contrapropuesta, podemos decir que en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión señala que en su séptimo principio que: “Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.

Para finalizar el título; en comentarios al derecho a la libertad de información en relación a los deberes del Estado se dice que:

(...) en el ámbito del derecho a la información existe una “necesidad de que el Estado intervenga en la regulación y delimitación de estos derechos”, es decir, los individuales vinculados con el derecho a la información. Y esto “no sólo para evitar el abuso, sino precisamente para lograr su pleno desarrollo y su eficacia práctica”. En esto coincide CORREDOIRA cuando expresa que el Estado también tiene una función muy clara en lo que al servicio universal se refiere, pues tiene “un deber

político y jurídico de satisfacer el derecho de los ciudadanos a la igualdad de acceso a los servicios”. Aquí es en donde encontramos la vinculación entre el servicio universal, que garantiza un acceso a las telecomunicaciones, y otras redes TIC, con calidad y a un precio asequible. Al hacer realidad ese acceso, el derecho a la información se potencia. Ésa es la razón por la que en algunos países y en el estado mexicano de Colima se haya decretado el acceso a la sociedad de la información y el conocimiento como un derecho fundamental. De este modo, CORREDOIRA nos explica que ya no sólo debe considerarse servicio universal al hecho de llevar el teléfono a aquellas zonas consideradas no rentables, sino “que algunos servicios, ‘como el acceso a Internet’, sean más baratos, por debajo del coste”. Es decir, se amplía paulatinamente el contenido del servicio universal. La autora resalta la importancia de que existan políticas “que fomenten la no-discriminación práctica mediante el derecho de inclusión en las TIC’S”, lo cual a su vez puede encontrar su concreción a través del “fomento del acceso”. La misma autora ha insistido mucho en esta postura con la que, como habíamos mencionado antes, considera posible una ampliación del servicio universal a un acceso universal, sobre todo a Internet, al que habría que pensar en un contexto más amplio, “como parte del derecho a la educación, así como del de acceso a la cultura (Toledo & Villicaña, 2013).

De la cita anterior cabe señalar que fue extraída de una revista que se publica en México, específicamente por el instituto de ciencias jurídicas de Puebla; el comentario anterior, si bien pertenece a una realidad diferente a la nuestra en razón a políticas que promuevan y garanticen el acceso a la información; podría decirse que van un paso más adelante, lo que ellos plantean es garantizar el acceso a la información ya no solo como un servicio universal sino como un derecho de acceso universal a las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación; en ese sentido plantean que el acceso a internet sea gratuito y con eso garantizar el acceso a la educación y la cultura. En el Perú y bajo mi apreciación personal considero que, si bien el acceso a internet podría llegar en algún momento a considerarse como un medio fundamental para el acceso a información, este es un objetivo poco viable en nuestro contexto social donde ni siquiera es garantizado el acceso a agua potable, telefonía o electricidad en todo el territorio peruano. A diferencia de estos servicios, la radio y televisión se han abierto camino gracias a las ventajas que da el ser parte de un mercado libre, si bien

no hay electricidad en algunas locaciones de nuestro territorio, el acceso a la radio es mucho más amplio, elemento que suple la necesidad imperiosa de llevar electricidad a todos los rincones peruanos. La radio y televisión deberían ser así colaboradores en la labor de garantizar el acceso a la cultura, la educación y la información en nuestro País.

#### **4. Test de proporcionalidad**

##### **4.1.Aspectos generales**

El test de proporcionalidad o de ponderación es un examen regularmente usado por el tribunal constitucional en procesos de inconstitucionalidad de normas que alegan la vulneración o limitación injustificada de algún derecho fundamental, también existen otras maneras de resolución de conflictos normativos como la subsunción, la armonización o la jerarquización de normas. Al respecto, Angélica María Burga Coronel señala lo siguiente:

(...) los derechos fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí. Al respecto, Peces-Barba nos dice que, al ejercerse un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme al ejercicio del titular de otro derecho fundamental que en igualdad pretende ejercerlo. Incluso se afirma que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”. Así, frente a una situación de conflicto, la solución se reduce solo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro (CORONEL, 2011).

Es innegable que, en un estado constitucional de derecho, al momento de garantizar y desarrollar el pleno desarrollo de la persona mediante la protección de sus derechos fundamentales, en algún momento las normas o los actos jurídicos tiendan a contraponerse a ciertos derechos fundamentales. ¿Cuándo y cómo limitar la libertad? Esta pregunta siempre se ha hecho y aun fuera de las aulas de universidad, y siempre la respuesta ha sido la misma o al menos la más divulgada, y es que los derechos de uno terminan donde empiezan los del otro. Pero hasta donde puede uno llegar a ejercer no solo sus derechos sino sus libertades y cuando otro puede determinar si ese ejercicio le afecta o no a alguno de sus derechos o

libertades, tarea ciertamente complicada para cualquier administrador de justicia o como ejercicio dentro de cualquier salón de clase de derecho constitucional. El test de proporcionalidad, test de ponderación o máxima de proporcionalidad es el método más frecuentado por el Tribunal Constitucional ante esta clase de conflictos.

Al respecto Robert Alexy señala que:

La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión -. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación. el carácter de principio de, las normas ius-fundamentales implica que. cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental (ALEXY, 1993).

De la cita anterior, entiendo que la ponderación de derechos nace intrínsecamente de la posición de un Estado de reconocer la existencia de normas con carácter de principio (derechos individuales o bienes colectivos). El autor señalaría que la adopción de la máxima de proporcionalidad es la forma idónea para la resolución de conflictos entre principios.

Respecto a la ponderación como forma de resolver los conflictos, Juan Manuel Sosa Sacio citando a Carlos Bernal Pulido, se señala que:

La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. La palabra ponderación de deriva de la locución latina pondus que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o el fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto (SACIO, 2011)

Debe aclararse que doctrinariamente se señala que la ponderación pertenece a un principio mayor, el de la proporcionalidad, el cual alude a la proporcionalidad de los medios empleados al usar el poder público y en especial cuando se interviene en derechos fundamentales. Al respecto se señala lo siguiente:

(...) en nuestro medio, este principio surge en el Derecho Administrativo europeo (alemán), vinculado inicialmente a la idea de moderación o prohibición de exceso de los actos estatales, sobre todo respecto de los actos discrecionales del Estado y el ejercicio de sus poderes de policía, contando con un desarrollo sobre todo jurisprudencial. Solo después este principio adquirirá notoriedad en el Derecho Constitucional, sobre todo a efectos de limitar la actividad de los legisladores al regular los derechos fundamentales; hasta llegar a constituirse actualmente, a propósito del relativamente reciente reconocimiento de los derechos fundamentales como bienes de especial valor, en la pauta metodológica central para controlar la constitucionalidad de casi todo acto que intervenga en derechos fundamentales.

Pero en nuestro país –y nuestra región– ocurrió distinto. Aquí los derechos fundamentales (y la Constitución misma) fueron reconocidos tardíamente como vinculantes, tuvimos un Estado que casi no conoció de límites para su accionar, carecimos de una cultura de los derechos fundamentales, así como de instituciones especializadas para su protección. No obstante, la reciente consolidación de la Constitución como norma con contenido obligatorio, el desarrollo de los procesos constitucionales y, sobre todo, el desempeño del Tribunal Constitucional recientemente ha permitido apuntalar la idea de que los derechos no pueden ser intervenidos sin más, sino, por el contrario, que estos deben ser respetados y únicamente pueden ser limitados si se oponen razones constitucionales suficientes para ello. De esta forma, si bien los derechos fundamentales pueden ser configurados y limitados a través de leyes, esta actividad limitadora debe encontrarse acotada, y precisamente este es el sentido del principio de proporcionalidad. Así entendido, al principio de proporcionalidad se le concibe como un “límite de los límites (SACIO, 2011).

Es así como debemos diferenciar al principio de proporcionalidad del test de proporcionalidad, donde el primero está relacionado a la limitación de la intervención pública normativa con los derechos fundamentales o intereses públicos, y el segundo sería el ejercicio metodológico usado para la resolución del conflicto mismo.

Antes de aplicar el test de proporcionalidad se debe tomar en cuenta que:

*El análisis de cualquier límite a un derecho fundamental se inicia con la delimitación del contenido del derecho que va a ser objeto de restricción, lo que tiene importantes consecuencias, por cuanto solo las conductas amparadas por el derecho fundamental reciben todas las garantías que se derivan de la Constitución y los tratados. Si la conducta que se prohíbe no forma parte de su contenido, no estaremos frente a un problema sobre restricciones a un derecho fundamental, por lo que continuar con el análisis de los siguientes pasos carece de relevancia constitucional (Guerrero, 2010).*

Empezando con el Test de Proporcionalidad, se señala que este es un instrumento metodológico de carácter formal-procedimental, en tal sentido, “no exige que su resultado se corresponda con valores materiales”. Visto así, el examen de proporcionalidad permite hacer más racional el análisis de intervenciones de derechos fundamentales o de colisiones entre bienes (principios) constitucionales, sin favorecer o promover que el resultado vaya en uno u otro sentido. En efecto, en cuanto a instrumento formal procedimental, “el principio de proporcionalidad permite estructurar de una mejor manera los argumentos morales”, pero sin garantizar respuestas para cada conflicto. Y citando a Robert Alexy:

La teoría de la proporcionalidad no es otra cosa más que una teoría racional de los argumentos morales (...). Dos cosas que a primera vista están muy separadas, como la matemática y la moral, se van a unir para alcanzar dos objetivos: la argumentación va a ser mucho más fácil porque recibe una estructura más concreta, y la probabilidad que de ello se pueda obtener un resultado racional que sea moralmente correcto se incrementará. Esta puede ser la razón para que el análisis de proporcionalidad en los últimos treinta años, quizá cuarenta años, haya conquistado al mundo (SACIO, 2011).

Siguiendo con el test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que este se desarrolla a través de tres subprincipios: de idoneidad o adecuación; de necesidad y de proporcionalidad en stricto sensu. Respecto de los cuales agrega lo siguiente:

Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad –el trato diferenciado– no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado –la intervención– fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Sentencia del tribunal constitucional, 2005).

En atención a estos tres subcriterios, el Tribunal señaló lo siguiente, en la Sentencia recaída en el expediente 00034-2004 PI/TC:

**a) Subprincipio de idoneidad o de adecuación:** De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone la legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada; **b) Subprincipio de necesidad:** De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. **c) Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu:** De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos

intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental (Caso Luis Nicanor Maraví Arias, 2005).

Del subprincipio de idoneidad podemos agregar que, de acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada (JOSE MIGUEL MORALES DASSO y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, 2005).

En un desarrollo más amplio del contenido de este principio el tribunal señaló que la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio optado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –medio– y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención (Sentencia del tribunal constitucional, 2005).

Debemos aclarar que la finalidad y el objetivo son cosas distintas, para diferenciarlos el tribunal ha señalado que:

*El **objetivo** es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La **finalidad** o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo (...)* (Sentencia del tribunal constitucional, 2005).

De acuerdo a este subtest se deberían responder 2 preguntas; primero si la medida analizada permite alcanzar el objetivo (o estado de cosas) que se propone, y seguidamente si lo anterior

en verdad satisface u optimiza el bien constitucional o la finalidad que pretende (SACIO, 2011).

Del subprincipio de necesidad se puede decir que contiene dos sub-fases, la primera destinada a determinar si existe la presencia de medidas alternativas que permitan satisfacer la finalidad perseguida, y una segunda en la cual se determina si estas medidas son menos o más gravosas que la medida impugnada. Respecto a este subcriterio de necesidad, el autor alemán Robert Alexy, citando a L. Hirschberg, plantea el siguiente esquema en relación a la complejidad del tema cuando intervienen uno o más normas frente a uno o más principios en aplicación de a una o más apersonas, es así que señala lo siguiente:

La constelación más simple se da cuando están en juego sólo dos sujetos jurídicos; es decir, el Estado y un ciudadano, y sólo dos principios. Cuando están en juego más de dos principios puede surgir la siguiente situación:  $M_1$  y  $M_2$  son dos medios igualmente adecuados para el fin  $F$ , cuya consecución es exigida por el principio  $P_1$ , o es idéntico a  $P_1$ .  $M_2$  afecta la realización de  $P_2$  menos que  $M_1$ , pero  $M_1$  afecta la realización de  $P_3$ , menos que  $M_2$ . En este caso, la máxima de necesidad no permite ninguna decisión entre las tres posibilidades que entonces surgen: (1) se elige  $M_1$  y con esto se prefiere  $P_3$  frente a  $P_2$  y se realiza  $P_1$ ; (2) se elige  $M_2$  y, con esto, se prefiere  $P_2$  frente a  $P_3$  y se realiza  $P_1$ ; y (3) no se elige ni  $M_1$  ni  $M_2$  y por lo tanto se prefiere  $P_2$  y  $P_3$  conjuntamente frente a  $P_1$ . Para fundamentar la elección de una de estas tres posibilidades —por ejemplo, la primera— hay que exponer que está justificado preferir el no afectar  $P_3$  a través de  $M_2$  conjuntamente con la realización de  $P_1$  al afectar  $P_2$  a través de  $M_1$ . Pero, de lo que se trata aquí es justamente de la justificación de una relación de preferencia condicionada entre  $P_2$ , por un lado, y  $P_1$  y  $P_3$ , por el otro. Totalmente similares son los problemas que pueden surgir cuando están en juego varias personas. Sean nuevamente  $M_1$  y  $M_2$  dos medios igualmente adecuados para el principio  $P_1$  perseguido por el Estado.  $M_1$  afecta menos que  $M_2$  el derecho prima facie de a otorgado por  $P_2$ .  $M_2$  afecta menos que  $M_1$  el derecho prima facie de b conferido por  $P_2$  o por algún otro principio  $P_3$ . Tampoco aquí la máxima de la necesidad permite ninguna decisión. De los problemas de las constelaciones complejas hay que distinguir los problemas de la aplicación de la

máxima de la necesidad también en la constelación más simple. Entre estos problemas se cuenta, sobre todo, el de saber en qué medida el legislador y la administración disponen de un margen de pronóstico para juzgar acerca de la necesidad y, con ello, para la determinación de los medios alternativos (ALEXY, 1993).

Cabe recalcar que además de la complejidad que puede traer consigo un análisis en concreto de un caso en base a la máxima de necesidad, debe recogerse lo señalado al final de la cita, y es que la necesidad debe ser determinada (ya sea por el legislador o la administración pública) en base a criterios de mayor acierto, por ejemplo actualmente se cuenta con medios estadísticos que pueden responder la cuestión sobre cuán inmersos están los medios de comunicación en la transmisión y difusión de cultura en el País. Dichas estadísticas podrían pronosticar una necesidad por parte de la población del cumplimiento de un interés público como lo es el de la difusión y democratización de la cultura.

Del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el Tribunal Constitucional ha señalado que este persigue establecer si la medida impugnada guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, por medio de un balance entre sus costos y sus beneficios (Caso CARABAYA INVERSIONES Y FINANZAS S.A, 2005). En un sentido más amplio, el tribunal señalo que:

*(...) de acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de ponderación, para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En otros términos, la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de manera tal que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda (Caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República, 2006).*

Se ha explicado este test proporcionalidad en razón que se realizará la aplicación del mismo a la propuesta normativa presentada en el presente trabajo de investigación.

## 5. Del servicio de Radiodifusión

### 5.1. Aspectos generales

Las empresas de radiodifusión pueden ser privadas o públicas, pudiendo ser de radiodifusión sonora (radios) o radiodifusión por televisión. La ley de Radio y televisión también hace una distinción en tanto a la finalidad de las televisoras. Tenemos así servicios de radiodifusión comercial, educativa y comunitaria. Valgan verdades, esta distinción en verdad no es por la finalidad en sí de las empresas de radiodifusión, sino que se trata de una distinción respecto al contenido que emiten, y ni siquiera de un contenido total sino tan solo predominante. Es decir, una empresa podría destinarse como servicio educativo, pero no quiere decir que toda su programación debiese tener este tipo de contenido. El caso de los servicios de radiodifusión comercial es un poco distinto en tanto que no se hace uso de “programación dominante”, por lo que solo determina que servicios comerciales serán aquellos cuya programación está destinada al entretenimiento y recreación del público, así como a abordar temas informativos, noticiosos y de orientación a la comunidad, dentro del marco de los fines y principios que orientan el servicio. Como podemos observar, las empresas de radiodifusión comercial su programación no solo se destina al entretenimiento y recreación, sino que esta se encuentra sujeta, además de informar, a los fines y principios que rigen el servicio de radiodifusión, por lo que debemos traer a colación el artículo II del Título preliminar de la Ley de Radio y Televisión; dicho artículo señala que es uno de los principios de la prestación de servicios de radiodifusión el fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.

Respecto de los fines tendríamos que señalar el artículo 4 del mismo cuerpo legal, el cual establece que los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

Como podemos observar, más allá de una clasificación un tanto forzada, no tiene sentido el realizar tal división por contenido del servicio brindado por las empresas de radiodifusión.

La misión de difusión o fomento de cultura se encuentra no solo en la Constitución Política del Perú, sino que también en la misma ley; en el mismo sentido, no por el clasificarse como una empresa de servicio de radiodifusión comercial, va a poder el privado desligarse de la responsabilidad o su papel que juega en la difusión de la cultura, educación y moral en el País. Debo agregar que, aun cuando estos principios y finalidades del servicio de radiodifusión no se encontrasen en la Ley de Radio y Televisión, se debe entender que el fomento de la cultura es un mandato constitucional vigente.

## **5.2. Del uso del espectro radioeléctrico**

Es importante abordar el tema del espectro radioeléctrico en el sentido de que este es la herramienta por el medio del cual se desarrolla todos los servicios de radiodifusión. Es así que en el artículo 11° de la Ley de Radio y Televisión se señala que El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Corresponde al Ministerio la administración, la atribución, la asignación, el control y en general cuanto concierne a la gestión del espectro atribuido a dicho servicio, así como la representación del Estado ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones. En el mismo sentido el Reglamento de la Ley de radio y Televisión, artículo 6, señalaría que el espectro radioeléctrico es el medio por el cual se propagan las ondas radioeléctricas. Constituye un recurso natural escaso que forma parte del patrimonio de la Nación. Y que es el Ministerio administra, atribuye, asigna y controla el uso adecuado del espectro radioeléctrico atribuido al servicio de radiodifusión. De estos artículos lo principal a entender o recoger es que cuando hablamos del uso del espectro radioeléctrico, hablaríamos en verdad del uso de un recurso natural concedido a las empresas de radiodifusión.

### **5.2.1. De la transmisión en señal abierta por parte de las empresas de radiodifusión como bien público**

Al respecto, en la ley de radio y televisión, literal e) del artículo I de su Título preliminar, se establecería como principio la libertad de acceso, cuyo contenido se refiere a que el acceso a la utilización y prestación de los servicios de radiodifusión está sujeto a los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación, por consecuencia, la libertad de acceso implicaría la existencia de una relación de derechos y obligaciones entre el ciudadano y la autoridad competente administrativamente. Esta no podría negar a nadie la posibilidad de ser usuario (televidente o radioescucha) (Calandria, 2005). En su artículo III del Título preliminar también se señalaría que el estado promueve el desarrollo de los servicios de radiodifusión y que debe priorizar la radiodifusión educativa, en el marco de las políticas de desarrollo, integración y afianzamiento de la identidad nacional. Como se ha visto hasta ahora, el desarrollo educativo social es un rol de estado, que no es compartido, sino delegado en parte a las empresas de radiodifusión. Y este se logrará solo con políticas de educativas y de difusión de cultura, porque no olvidemos que toda acción estatal debe desarrollarse como consecuencia de un precepto o mandato constitucional para garantizar el desarrollo de nuestra sociedad. En otro sentido, si bien es el rol del estado el de promover el desarrollo de servicios de radiodifusión a lo largo y ancho del territorio peruano para así poder garantizar un acceso libre a todos los peruanos a la información y el conocimiento, esto no quiere decir que en regiones donde las empresas de radiodifusión privada sean suficientes para el desarrollo sostenible del sector se deje de lado la política educativa o de difusión de cultura y conocimiento, por el contrario, si bien el estado ya no sería necesario para garantizar este tipo de derechos, si lo estaría para controlar y cerciorar que su desarrollo sea el adecuado por parte de las empresas privadas en un marco de desarrollo social constitucional. El desarrollo educativo y cultural nunca dejarían de ser un servicio público, a razón de que su acceso no puede ser negado a nadie. En el caso de las televisoras, el servicio de la difusión de cultura y educación es aún más accesible y público dada las características propias del uso del espectro radioeléctrico.

Uno de los inconvenientes que se encuentra en la ley de Radio y Televisión, es que el artículo 2 del cuerpo normativo antes citado señala lo siguiente: Los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. De esta manera se podría pensar que la emisión de programas televisivos o radiales son bienes

privados, pero esta es una lógica incorrecta dado que los programas de televisión o radiales no entran dentro de la definición de un servicio privado, a razón de que no existe una relación de consumo (legalmente hablando) entre los receptores de las programaciones y las empresas de radio y televisión. Más bien se estaría haciendo referencia a la relación que tienen las empresas de radio difusión y los sujetos con los cuales si se encontraría bajo una relación de consumo, en la que se ofrezca un servicio como la publicidad y exista una contraprestación dineraria.

Recordar que el inciso 2 del artículo 32 de la convención americana de derechos humanos señala que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

## **6. De la cultura y del derecho de acceso a la cultura**

### **6.1.La cultura**

Definir qué entenderemos por cultura resulta crucial en esta investigación a fin de saber qué es lo que engloba el concepto de cultura y que definiría por consecuencia que es un programa de televisivo o radial de contenido cultural. Cabe señalar que los conceptos de cultura y educación podrían confundirse en algunos momentos, pero que no resultaría inconveniente dado que la constitución ampara y garantiza el desarrollo tanto de la educación como el de la cultura y hasta de la moral.

Para empezar, nos dirigiremos al significado que nos brinda el diccionario de la Real Academia Española, institución encargada de la regularización lingüística del idioma español, como parte del método de interpretación literal; es entonces que tendremos que para la Real Academia Española existen diferentes acepciones para la palabra “cultura”.

Es así que en su primera acepción cultura vendría a significar “*cultivo*” (RAE, 2017). La cultura entendida como cultivo no es más que un mérito a las raíces latinas de la

misma, cultura, cabe recalcar que este es el sentido propio de la palabra, es decir que hace referencia al campo cultivado o labrado.

En sus demás acepciones la cultura vendría a significar un *“conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”*; *“conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social”* (RAE, 2017). Entendiendo a la cultura desde una interpretación literal vemos que en sus dos últimas acepciones se le relaciona en general con el conocimiento, pero que es en la primera de estas acepciones donde se le otorga una finalidad crucial al concepto mismo de cultura; y es que para que un conjunto de conocimientos sea cultural, tendría que permitir a alguien el desarrollo del juicio crítico, es decir, su verbo rector sería “permitir” o en otras palabras *“No impedir lo que se pudiera y debiera evitar”* o *“hacer posible algo”* (RAE, 2017). Entonces caemos en la pregunta de ¿que debe permitir ese conocimiento para ser cultural, que puede impedirse o que sería posible con ese conocimiento? Y es la misma acepción la que nos aboca al denominado “juicio crítico”.

Para finalizar con este concepto, deberíamos tener en claro a que se le denomina “juicio crítico” o ¿Qué es el juicio crítico? Al respecto, el doctor Alberto Saladino García, estudioso de la filosofía, de la ciencia política y de las humanidades, nos indica que:

Efectuar la conceptualización del pensamiento crítico impone la pertinencia de iniciar con la definición de las dos palabras que lo expresan. El término pensamiento es un sustantivo construido a partir del verbo pensar, que proviene del latín *pensare*. Pensamiento es una palabra con diversidad de significados, y para el caso que nos ocupa fundamentalmente puede entenderse de seis maneras distintas: 1) Facultad intelectual; 2) Acción y efecto del pensar; 3) Conjunto de ideas propias de una persona o colectividad; 4) Ideas discursivas; 5) Autoconciencia creadora; 6) Reflexión con base en la cual proceder. De modo que su semántica engloba tanto la actividad productiva como su producto y se usa como sinónimo respectivamente de intelecto, razón, idea y juicio. En tanto el término crítico procede del griego *kritikos*, latinizado como *criticus* y que en español se intercambia con la palabra crítica, por

lo que puede acotarse a toda acción o arte de juzgar o problematizar, cuyo horizonte lo constituye el proceso de transición. En el ámbito de la filosofía Emmanuel Kant categorizó la crítica como el proceso mediante el cual la razón construye los conocimientos fundamentados y le asignó una función legitimadora al mostrar su pretensión de someter todo a la crítica de la razón, incluida la razón misma, con lo que la erigió en valor de la modernidad (García, 2012).

En esa misma línea el autor considera que en razón de lo anteriormente citado que:

*Es factible conceptualizar el pensamiento crítico como todo planteamiento intelectual producto de análisis, interpretaciones y problematizaciones racionales acerca de las manifestaciones de la realidad, sus fenómenos, situaciones e ideas, para generar cuestionamientos, juicios y propuestas orientadas a la promoción de cambios y transformaciones en beneficio de la humanidad (García, 2012).*

Es dentro de estas segundas definiciones con las que me encuentro de acuerdo a lo que debería referirse como contenido cultural; brindarle a la cultura la significación no solo de un conjunto de conocimientos (historia, ciencias, arte, etc.) sino de un conjunto de conocimiento que permita el desarrollo del juicio crítico. Pienso que el derecho de acceso a la cultura, o a la educación misma, se encontraría estrechamente relacionado con el concepto antes brindado en favor del desarrollo de la persona humana.

De otra parte; podemos encontrar la definición brindada por Unesco, la cual señala que:

*Cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias” (Unesco, 2001).*

Este concepto ha sido adoptado dentro de la legislación peruana cuando se trata de conceptualizar bienes culturales, por ejemplo; la definición funciona y se adecua a estos objetivos, pero en el caso donde lo que buscamos es la difusión de un programa cultural de lo que se trata es de dar un objetivo mismo al concepto de cultura para que así no pueda desvirtuarse la razón de ser de dicha norma. Para ejemplificar lo anterior, podemos ver que en el reglamento de la ley 30487 se toma en cuenta el concepto dado por la UNESCO al momento de definir cultura en su artículo 4; siendo aprobado este reglamento el 02 de noviembre del 2018; lejos de ser una crítica, esto demostraría que dicho concepto sigue vigente en la actualidad peruana normativa.

## **6.2. Del derecho de acceso a la cultura y su relación con la obligación de las empresas de radiodifusión de difundir la cultura en el País.**

El tema sobre televisión y cultura es muy polémico al día de hoy; es cierto que las empresas gozan de libertad empresarial e iniciativa privada, y dentro de esto cabe decir que las empresas tienen libertad al momento de organizarse y de decidir a que se van a dedicar. Pero en el desarrollo de las sociedades y del reconocimiento de derechos podemos encontrar los denominados derechos de segunda generación, dado que son derechos desarrollados posteriormente a los derechos del civiles y políticos. Y es dentro de estos derechos de segunda generación que encontramos el derecho a la cultura y como uno de sus contenidos esenciales el de la garantía del acceso y difusión de la cultura.

Es así que, uno de los primeros instrumentos jurídicos a revisar es la Declaración Universal de Derechos humanos, en ella podemos encontrar que en el artículo 22 se señala que: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*. Así mismo, en el artículo 27 de dicha declaración se reconoce que *“Toda persona tendría derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”* (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Es así como se gestó el reconocimiento de los derechos de

segunda generación en el mundo; con un objetivo de inclusión social del hombre en el desarrollo de su sociedad.

Siguiendo el mismo orden, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 4 de dicho pacto se señala que *“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”* (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

En dicho artículo se señala algo interesante además del reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, y es que pasa cuando entran en conflicto tanto derechos económicos como derechos sociales; dicho instrumento nos indica que la limitación a cualquiera de estos derechos se hace únicamente por ley y que además estas limitaciones deben ser compatibles con los mismos derechos reconocidos por el pacto. Dicho de esta manera pareciese que no pudiese ejecutarse ningún método de solución de conflicto entre normas; pero no debemos olvidar que el artículo también nos señala que las medidas destinadas a limitar los derechos sociales, económicos y culturales no deben desnaturalizar los mismos; es decir, que los estados podrían limitar estos derechos mientras estas medidas no desnaturalicen en contenido esencial de dicho derecho. Seguidamente nos indica que dichas medidas no deben tener por objeto el limitar el derecho con el cual entran en conflicto, sino que tiene que tener por objeto el de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Visto desde este último punto, una limitación solo podrá tener como objeto el bien común, si lo decimos de otro modo, la democratización de la información, la educación y la cultura es de interés común en nuestra sociedad y así mismo lo ha indicado la ley de radio y televisión. La llegada de las tecnologías de información y comunicación permiten la democratización del conocimiento, aun en países donde estas tecnologías sufren de grandes limitaciones, pero esto no debe impedir el trabajo en conjunto por el mejoramiento y desarrollo de hombre y su entorno.

Por otro lado, el artículo 15 de dicho pacto también señala que los Estados reconocerán el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso

científico y de sus aplicaciones. Ciertamente la televisión y la radio marcaron revoluciones dentro las tecnologías de la información, al igual que la imprenta como su antecesor o como el uso de internet hoy en día. El uso de la radio y televisión como medio de difusión de información y cultura debería de ser indiscutible, no solo el alcance de los mismos sino de la proximidad que guarda con la sociedad y aún con pueblos alejados debería de ser herramienta de la difusión de cultura en nuestro País. Siguiendo con el artículo 15, este nos señala en sus incisos 2 y 4 lo siguiente:

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura; 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

En estos dos incisos ya podemos encontrar un claro reconocimiento a la difusión de la cultura, pero ligado esta vez al termino de ciencia (recordemos que en nuestra constitución el termino cultura se asocia tanto a la moral como a la educación). Siendo así, la difusión de cultura estaría estrechamente ligado a la difusión de ciencia y esto solo puede tener fines educativos o de desarrollo del ser humano. El avance de la difusión cultural por medio de los medios de comunicación resultaría un gran paso en nuestra sociedad de cara al desarrollo y cumplimiento de este Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cabe agregar que en la Obeservación General N° 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales este señala:

“El acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio

cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades”. Respecto a la accesibilidad señalará lo siguiente: “La accesibilidad consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación. Es fundamental a este respecto dar y facilitar a las personas mayores, a las personas con discapacidad y a quienes viven en la pobreza acceso a esa cultura. Comprende también el derecho de toda persona a buscar, recibir y compartir información sobre todas las manifestaciones de la cultura en el idioma de su elección, así como el acceso de las comunidades a los medios de expresión y difusión” (Comité de Derechos Económicos , Observación General N° 21, 2009).

Dentro de un ámbito más regional encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en ella también se reconocen estos derechos de segunda generación, pero además se hace mención a su desarrollo progresivo, es así que indica lo siguiente en su artículo 26: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*. Si revisamos el Protocolo de Buenos Aires, encontramos que en el artículo 45 se señala que: *“Los Estados Miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia y la cultura, orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso”* (Organización de Estados Americanos, 1967). Como podemos observar, cultura, ciencia y educación van de la mano, y en este instrumento internacional se reconoce la vital importancia de su desarrollo como garantía para el mejoramiento de la persona humana, así mismo se señala que estos son fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso.

En el Perú, la constitución de 1993 reconoce el acceso a la cultura mediante el inciso 8 del artículo 2, el cual señala que toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual,

artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto y que el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. Así mismo tenemos el artículo 14, donde se establece que los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural. Siendo este último artículo quien concretiza la estrecha relación entre el deber de difusión de la cultura y educación del estado con los medios de comunicación. Cabría destacar un pronunciamiento del tribunal constitucional en relación a la cultura, el cual dijo lo siguiente:

La autonomía universitaria es la expresión académica de la garantía institucional de la libertad del pensamiento, indispensable para la creación científica. Sin la Universidad, su autonomía, sus profesores, sus estudiantes y toda su proyección institucional, no es posible hablar de la cultura y una nación que no valora la cultura y la investigación libre no puede proyectarse como sociedad libre y democrática. El propio Derecho es un conjunto de discursos y convicciones nacidos a partir de la reflexión racional y el conocimiento profundo de la naturaleza humana que encontró en la Universidad la manera más pacífica de acometer el progreso hacia la libertad. De ahí que las libertades de creación, de comunicación cultural, de enseñanza y libertad de cátedra, requieren especial protección, por su íntima vinculación con la propia dignidad del ser humano y la creación de una cultura de las libertades que deben abrirse paso sin las presiones ni los permisos de las autoridades o los poderes públicos” (STC 0023-2007-PI/TC, 2008).

## **7. De los organismos que velan por el cumplimiento de la ley 28278.**

### **7.1. Aspectos generales**

Siendo que el objeto de esta tesis no es el estudio en específico del sistema nacional de radio y televisión, es bueno dar un vistazo a que organismos o asociaciones se encargan de dar cumplimiento a la ley 28278.

En primer lugar, sabemos que la ley 28278 tiene como objeto normar la prestación de los servicios de radiodifusión, sea sonora o por televisión de señal abierta, así como la gestión y control del espectro radioeléctrico atribuido a dicho servicio. Es así como sabemos que quienes están bajo las normativas de la ley 28278 son todas las empresas de señal abierta privadas; entonces habría que preguntarnos quien se encarga de dar cumplimiento a la norma o que organismo es el encargado de sancionar los incumplimientos o violaciones a la norma.

En respuesta a lo antes planteado podemos encontrar tres entes responsables de cumplir o sancionar aquellos actos que impide la norma. Es así que encontraremos al Ministerio de transportes y comunicaciones como ente encargado de sancionar; al Consejo Consultivo de Radio y Televisión (CONCORTV) quién es la autoridad que en líneas generales se encarga propiciar buenas prácticas en la radio y televisión peruana; y por ultimo podríamos decir que tenemos a la Sociedad Nacional de Radio y Televisión. Recordemos que esta última fue quien impuso una sanción a un programa televisivo por mostrar contenido no apto según el horario en el que fue transmitido.

Comenzaremos con el Consejo Consultivo de Radio y Televisión. Este es un organismo autónomo, plural y consultivo adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Fue creado a partir de la Ley de Radio y Televisión (2004) e inició sus funciones en el 2005 según lo establecido en la tercera disposición transitoria de la ley 28278. No es un órgano de regulación ni de control y su finalidad es propiciar buenas prácticas en la radio y televisión peruana a través de la producción de información confiable y la creación de un clima de diálogo entre todos los actores involucrados. Habría que señalar que este consejo está conformado por 10 personas, cada uno representante de(1): Consejo de la Prensa Peruana, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, las Facultades de Comunicación Social y

Periodismo, los titulares de autorizaciones de servicios de radiodifusión sonora y de televisión comercial, los titulares de autorizaciones de servicios de radiodifusión sonora y de televisión educativa, Colegio de Periodistas del Perú, las asociaciones de consumidores, Asociación Nacional de Anunciantes, Colegio Profesional de Profesores del Perú y la Asociación Nacional de Centros. Cabría señalar que estos cargos son ejercidos ad honórem; que el representante del Ministerio de transportes y comunicaciones solo tiene derecho a voz más no a voto y que el Presidente del consejo es elegido entre sus miembros por un periodo de 02 años de manera improrrogable.

En el presente trabajo no hablaremos de cuáles son las condiciones de estos miembros del CONCERTV, pero si encuentro necesario señalar cuales son las funciones y atribuciones del mismo. Consecuentemente encontraremos que en el artículo 58 de la Ley 28278 se señala lo siguiente:

Las funciones y atribuciones del Consejo Consultivo de Radio y Televisión respecto a los servicios de radiodifusión, son las siguientes:

- a) Actuar como veedor en los concursos públicos para el otorgamiento de las autorizaciones de los servicios de radiodifusión. En estos casos no emite opinión sobre el fondo de la cuestión;
- b) Establecer y administrar un sistema de otorgamiento anual de premios y reconocimientos a las personas naturales y jurídicas que contribuyan al desarrollo integral y cultural del país, mediante su trabajo en la radiodifusión. El sistema de premios no supone la existencia de condicionamientos respecto al contenido de la programación;
- c) Propiciar investigaciones académicas que promuevan el mejoramiento de la radiodifusión;
- d) Apoyar iniciativas con fines académicos, destinadas a la preservación y archivo de los programas de producción nacional, transmitidos por los servicios de radiodifusión;

- e) Emitir opinión no vinculante, dentro del procedimiento administrativo sancionador;
- f) Proponer al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la celebración de convenios nacionales e internacionales que permitan el desarrollo de la radiodifusión;
- g) Participar en las Audiencias Públicas que organice el Ministerio de Transportes y Comunicaciones;
- h) Participar en la elaboración del Plan Nacional de Asignación de Frecuencias(Ley 28278, 2005).

Como podemos observar, dentro de estas atribuciones del CONCORTV que no tiene facultades de sanción, la mayoría de sus funciones son de carácter administrativo, académico y consultivo. Como bien se dijo en un inicio, el fin de este organismo es tan solo de propiciar buenas prácticas en la radio y televisión peruana. Sin embargo, en el artículo 70 de la ley 28278 encontramos que si bien la autoridad competente para verificar, evaluar, determinar y sancionar las infracciones tipificadas en esta ley es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; el CONCORTV juega una suerte de vía previa, en razón que en los casos de infracciones referidas a la programación de los servicios de radiodifusión y al incumplimiento de la prestación del servicio de acuerdo con la clasificación (Servicios de radiodifusión comercial, educativa o comunitaria) se requiere de su opinión antes de que sean evaluadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En segundo lugar, tendremos al Ministerio de transportes y comunicaciones. Que en lo que respecta a la Ley 28278 es quien se encarga de:

- a) Administrar, atribuir, asignar, controlar y en general todo en cuanto concierne a la gestión del espectro radioeléctrico;

- b) Convocar a Audiencias Públicas Descentralizadas cuando menos dos veces al año, para atender consultas y recibir propuestas que contribuyan al mejoramiento de las actividades de radiodifusión, a pesar que dichas audiencias no se orienten a injerir en el contenido de la programación de las emisoras;
- c) Publicar en su página web el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias en la parte que corresponde a los servicios de radiodifusión;
- d) Establecer un cobro por derecho de trámite para la obtención de la referida autorización (facultativo);
- e) Publicar las respectivas resoluciones de Autorización para establecer un servicio de radiodifusión;
- f) Realizar inspecciones técnicas correspondientes dentro del periodo de instalación y prueba de las empresas de radiodifusión. Resultado de estas podrá efectuar recomendaciones técnicas, en cuyo caso fijará fecha para una nueva inspección dentro del período de prueba, o expedir la correspondiente licencia, si las instalaciones hubieran concluido y las pruebas de funcionamiento hubieran resultado satisfactorias;
- g) Verificar que los socios, accionistas, asociados, directores, representante legal, gerente o apoderado de la persona jurídica adquirente de la autorización, no incurran en causales de denegatoria de autorización establecidas en el artículo 23 de la ley 28278;
- h) Autorizar la afectación de los derechos conferidos para prestar un servicio de radiodifusión, mediante cesión, gravamen, fideicomiso, arrendamiento u otra forma que, directa o indirectamente, conlleven la pérdida efectiva de la capacidad decisoria o del control del titular sobre la autorización otorgada;

- i) Calificar la transferencia de acciones o participaciones de las personas naturales y de las personas jurídicas que son accionistas, socios o asociados del titular de un servicio de radiodifusión;
- j) Formalizar mediante resolución ministerial la designación de los miembros del Consejo Consultivo de Radio y Televisión;
- k) Calificar a los servicios de radiodifusión como educativa o comunitaria, así como aquellos cuyas estaciones se ubiquen en zonas de frontera, rurales o de preferente interés social;
- l) Dictar medidas orientadas a establecer facilidades para el pago de las obligaciones económicas derivadas de la prestación del servicio de radiodifusión (facultativo);
- m) Verificar, evaluar, determinar y sancionar las infracciones tipificadas en la ley 28278(Ley 28278, 2005).

Como vemos, las facultades y atribuciones del ministerio de transportes y comunicaciones respecto la ley 28278 son mucho mayores a las que guarda el CONCORTV, aun cuando este último es el organismo especialmente creado por la ley 28278. Hasta este punto podemos comprobar que quien se encarga de regular el cumplimiento de la ley 28278 es el propio ministerio de transportes y comunicaciones, sea directa o por intermedio del CONCORTV.

Para finalizar tenemos a la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, esta es una asociación que se constituyó el 12 de mayo del año 2004 con la finalidad de representar a sus asociados en cuanto a ser el ente gremial que los agrupa en el desarrollo que éstos realizan del servicio de radiodifusión comercial y la producción televisiva y radial, procurando promover el crecimiento y consolidación de los servicios de radiodifusión comercial y la producción televisiva y radial en todo el Perú; defendiendo los principios básicos de la radiodifusión privada, con especial atención en la defensa de los principios de la libre y leal competencia; participando de manera activa, propiciando y organizando seminarios, conversatorios, diálogos y reuniones con autoridades políticas, públicas o privadas, en especial las que tienen

a su cargo la labor reguladora de las comunicaciones. Esta asociación también preparará informes, trabajos y estudios de investigación sobre temas técnicos, operativos, legales, comerciales y de programación, presentando las conclusiones, primero a sus asociados y luego a los terceros que quieran acceder a ellas. Así también indican que “es finalidad primordial de la Asociación, desarrollar mecanismos que permitan revalorizar a los medios de comunicación televisivos y radiales como herramientas efectivas de comunicación publicitaria en el mercado. Lo es también desarrollar el uso de la radiodifusión comercial como medio efectivo de información publicitaria” (Sociedad Nacional de Radio y Televisión, 2004).

Entre las funciones que se otorga podemos encontrar las siguientes:

- a) Asociar a la mayor cantidad de emisoras de radio y televisión para constituir, agrupados, una institución que tenga mayor representatividad en la vida nacional.
- b) Representar a sus asociados en las gestiones que deben realizar para lograr sus fines.
- c) Ejercer la representación de los asociados ante los poderes públicos nacionales y/o locales en los casos que existiera un conflicto que podría afectar el interés general de la radiodifusión; así como cuando existiera de parte de la autoridad pública un acto u omisión que afecte o amenace la actividad de la radiodifusión, atentando contra los derechos consagrados en la Constitución Política del Perú.
- d) Participar activamente en las asociaciones, federaciones y/o confederaciones cuyo objetivo sea similar o vinculado al de la Asociación; así como adherirse a organismos internacionales vinculados a la radiodifusión mundial.
- e) Establecer un Código de Ética que deberán respetar todos los asociados y que será elaborado por un Comité de Ética vinculado a la Asociación.

- f) Promover y gestionar ante los poderes públicos la modernización de las normas legales y reglamentos que regulan la actividad de la radiodifusión en el Perú, para adecuarlas a las exigencias del permanente avance tecnológico.
- g) Gestionar ante los poderes públicos tratamientos de excepción para facilitar la renovación de equipos por las empresas de radiodifusión (Sociedad Nacional de Radio y Televisión, 2004).

Dentro de esta asociación quien se encargará de la amonestación de los asociados será lo que ellos denominan el Consejo Directivo. Este consejo directivo sancionará a todos los miembros de la asociación que incumplan con el estatuto o con cualquier acuerdo de la asociación. Es así por ejemplo que en los últimos años la Sociedad Nacional de Radio y Televisión ha venido imponiendo sanciones a sus asociados por el incumplimiento a sus acuerdos adoptados como lo son su Código de ética y su pacto de autorregulación. Como ejemplo podemos poner la sanción que se impuso al programa televisivo “Nunca Más”, en relación a las ediciones emitidas el 11 de mayo, 18 de mayo, 25 de mayo, 15 de junio, 29 de junio, 06 de julio, 13 de julio, 20 de julio y 27 de julio de 2014. Donde se le impuso una multa de S/. 38,500.00 por haber infringido el horario familiar (RESOLUCIÓN N° 008 - 2015/CSQ-SNRTV, 2015). Este es un solo ejemplo de las sanciones que puede llegar a imponer la sociedad misma en contra de sus propios asociados, si bien no es un organismo de control propiamente dicho, esta asociación constituiría un mecanismo rápido y directo de respuesta a las quejas presentadas por otras asociaciones o televidentes particulares a las distintas violaciones en que puedan incurrir sus asociados a su código de ética, cabe aclarar que este código de ética acoge los principios establecidos en la Ley 28278, o a su pacto de autorregulación.

Para finalizar, podremos agregar que esta asociación es una persona jurídica que ha sido constituida por la mayoría de empresas de radiodifusión más influyentes, y es así que podemos encontrar que en su Estatuto se norma que solo serán parte de la asociación personas naturales o jurídicas que presten el servicio radiodifusión de comercial y que cuenten para ello, con la autorización debida expedida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; y por personas naturales o jurídicas productoras de programación televisiva y radial para sí

o para empresas prestadoras del servicio de radiodifusión comercial (Sociedad Nacional de Radio y Televisión, 2004). Es decir, esta asociación no reuniría ni podrían ingresar a ella aquellas empresas de radiodifusión que brinden un servicio de radiodifusión cultural o comunitario. Cabe aclarar que esto no quita de responsabilidad a las empresas destinadas a brindar servicios de radiodifusión comercial de cumplir con su deber de difusión de cultura en razón que este es un principio que rige la propia ley 28278.

## 7.2. De los organismos reguladores

Habiendo estudiado de manera somera como es el control respecto al cumplimiento de las reglas y principios establecidos en la Ley 28278 podemos indicar que no existe un organismo de control. Aun cuando se tiene un organismo originado gracias a la promulgación misma de la Ley, este carece de facultades al momento de sancionar o propiciar políticas de carácter obligatorio para este sector de empresas. Si hablamos del Ministerio de transportes y comunicaciones o de la Sociedad Nacional de radio y televisión podríamos decir que estos si contarían con las facultades suficientes como para desarrollar políticas culturales o sancionar a las empresas que no cumplan con lo dispuesto en la Ley 28278 pero no debe olvidárenos que estos dos se encuentran polarizados, el ministerio de transportes y comunicaciones al ser parte del poder ejecutivo no podría confiarse en que no habrá una intromisión política y lo mismo ocurre con la sociedad nacional de radio y televisión que puede o no responder a la necesidad coyuntural de cultura y es más puede actuar en omisión a este principio sin que ningún organismo estatal tenga injerencia en su actuar. Al no contarse con un organismo autónomo y con independencia podríamos caer ante un estado donde no se pueda actuar por solucionar lo que se denominan fallas del mercado, pero no es un problema irresoluble, bastaría con modificar la Ley en lo que respecta a las facultades y características de la CONCORTV para que este pueda lograr mucha más autonomía, independencia e influencia en el campo de los servicios de radiodifusión.

Pero, ¿Se necesitaría en verdad un organismo regulador para controlar el cumplimiento de la Ley 28278? Para responder a esta interrogante deberíamos tomar en cuenta primero cuales son las principales funciones de un estado dentro de una sociedad. Edwin Quintanilla nos indica que el estado realizaría tres actividades, las de fijar los impuestos, gastar lo recaudado

y establecer regulaciones; al mismo tiempo, este nos indicaría que la regulación se justificaría principalmente por dos razones, las de proporcionar, bajo ciertas condiciones, resultados más eficientes para los agentes económicos, generalmente expresadas por consideraciones de equidad y la existencia de las denominadas fallas de mercado, que son aquellas circunstancias que impiden que una economía asigne los recursos adecuadamente (Acosta, 2004). Debemos tomar en cuenta que este es un punto de vista económico, pero este no pierde su importancia dado el campo en el cual nos encontramos. La regulación de los medios de comunicación privados implica una intervención misma en el marco económico sectorial de las telecomunicaciones, y considero que no existe mejor aliado que la economía para poder aclarar o guiarnos en esta investigación. Dentro de una opinión en torno a la independencia de este organismo regulador debemos señalar que el nivel de independencia que debe tener el regulador en sus relaciones con el entorno y con los objetivos de la actividad regulatoria, implica que debe de guardar distancia en sus relaciones con las empresas y con los procesos políticos; dado que, su objetivo es mantener un equilibrio entre las empresas y sus accionistas, las autoridades políticas de turno y los consumidores; el regulador no puede permitir ser capturado por alguna de estas partes. De esta forma el regulador independiente disminuye (no elimina) el nivel de discrecionalidad del gobierno, disminuyendo por ejemplo el costo de capital (Velaochaga, 2008).

Si analizamos nuestros medios de comunicación actual bajo la premisa antes citada, encontraremos que si pudiesen existir esas dos justificaciones para la regulación del sector de los medios de comunicación; es decir, ¿hay resultados eficientes para los agentes económicos en relación a consideraciones de equidad? ¿Cuánto reciben los televidentes (actuales consumidores de propaganda y futuros compradores) en razón del tiempo que les otorgan a las emisoras de radio y televisión? La respuesta ya se viene dando desde el inicio de esta investigación, y es que no se le da al televidente o radioescucha ningún programa de calidad, o al menos así lo percibe la mayoría. Respecto a las fallas del mercado Edwin Quintanilla nos indica que, de acuerdo con la teoría económica, la existencia de mercados competitivos nos lleva a resultados eficientes. Este tipo de mercado tiene una alta rigurosidad en cuanto a sus requisitos, que de no satisfacerse puede ocasionar que el mercado no funcione eficientemente y esta situación se presenta cuando existen fallas de mercado; para mantener

el adecuado funcionamiento del mercado se deben resolver estas fallas y estas se harían mediante la intervención directa del estado en dos áreas, las cuales son económicas (monopolios o un impedimento significativo para un mercado competitivo (monopolios naturales dada la existencia de economías de escala); información inadecuada o asimétrica, que afecta la relación entre suministradores y consumidores; externalidades que afectan a terceras partes y problemas de coordinación basados en los altos costos de transacción, esta clasificación se añade la existencia de bienes públicos), o no económicas (justicia distributiva (que es evaluada por los resultados del mercado desregulado, que no conduce a resultados de redistribución) y paternalismo (cuando se intenta proteger a terceros, sobre la base de que no pueden asumir su propio interés)) (Acosta, 2004).

Por un lado, dentro del área económica podríamos señalar que la justificación se daría desde el punto de vista de una información asimétrica entre los proveedores de radio y televisión y los consumidores habituales, si bien no se cuenta con una contraprestación monetaria ni material si podríamos decir que lo que se da en contraprestación a las empresas de radio y televisión es tiempo y atención que se presta al consumo no solo de sus programas sino de su publicidad implícita. La asimetría de información ocurre cuando una parte tiene más información que su contraparte acerca de las características del bien o servicio que es objeto de la transacción, cosa que ocurre en la realidad. El consumo de atractivos audiovisuales tiene efectos en el hombre, pero quien maneja la información y la capacidad de cambiar estos contenidos son solo las empresas de radio y televisión. Podríamos hablar también de que existe un monopolio del servicio comercial de las empresas del sector, lo cual implicaría una difícil entrada de empresas destinadas a un servicio cultural, lo comercial siempre resulta más atractivo a lo educativo, pero esto puede ser solo consecuencia al bajo financiamiento de programas culturales.

Por otro lado, dentro del área no económica podríamos hablar de la necesidad de la protección de un interés público, el cual sería la necesidad de proteger y promover el acceso y la difusión de la cultura en el País dentro de los medios de comunicación. Sobre los consumidores se puede decir que existen tres grupos de interés dentro del mercado, los cuales son: el estado, las empresas reguladas y los consumidores. Al respecto tenemos que tener en cuenta que

tanto el gobierno como las empresas reguladas se encuentran más organizadas y con mejor posición negociadora con respecto a los consumidores para influir en procesos regulatorios. Donde los consumidores son menos homogéneos y tienen mayor dificultad para organizarse e influir en la regulación (Acosta, 2004). Lo anteriormente citado se puede ver reflejado en que en la actualidad solo se goza de una entidad como lo es la CONCORTV que se podría decir goza de un status intermedio entre el estado y las empresas de radio y televisión como órgano propulsor de las normas y políticas establecidas en la ley 28278.

Respecto a cuál debería ser el rol de un organismo regulador, se identifica que un organismo regulador debería tener por principales funciones las de proteger a los consumidores de las empresas con poder en el mercado y de proteger a las inversiones de las acciones oportunistas de los gobiernos (Acosta, 2004). En una política de difusión de cultura mediante la normativización explícita de un tiempo determinado dedicado a programas culturales debe tenerse mucho cuidado o andar con sigilo, dado que tendría que evitarse un trato desigual o un marco que abriese las puertas a una competencia desleal. Sin embargo, tampoco se trata de dejar una autorregulación por parte de las empresas a que cumplan con su deber constitucional de difundir la cultura, dado que es evidente que las empresas de radio y difusión no transmiten programas con contenidos y fines claramente culturales. Es así que, se debería crear un ambiente donde se cree competencia en la creación de programas culturales, donde la norma sea propicie y regule de igual manera a empresas de radio y televisión de señal abierta de servicio comercial. A lo cual se señala que los reguladores se crean para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión, aislados de los vaivenes políticos, más aún en un país con una institucionalidad débil; El objetivo no es tener un ente regulador exitoso, sino que el regulado contribuya con su labor a tener un sector con un buen desempeño (Velaochaga, 2008).

## **CAPÍTULO II: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano**

### **1. Sentencia del caso Ley universitaria**

El 03 de julio del año 2014 fue publicada la nueva ley universitaria (ley N° 30220), ley que tiene por objeto normar la creación, funcionamiento, supervisión y cierre de las universidades públicas o privadas, promover el mejoramiento continuo de la calidad educativa de las instituciones universitarias como entes fundamentales del desarrollo nacional, de la investigación y de la cultura, establecer los principios, fines y funciones que rigen el modelo institucional de la universidad y ratificar al ministerio de educación como ente rector de la política de aseguramiento de la calidad de la educación superior universitaria. Una de las innovaciones más cuestionados de dicha norma fue la creación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), ente estatal que funcionaría como un Organismo Público Técnico Especializado adscrito al Ministerio de Educación, con autonomía técnica, funcional, económica, presupuestal y administrativa, para el ejercicio de sus funciones, con naturaleza jurídica de derecho público interno y se constituiría dentro del pliego presupuestal. Y aunque tendría su domicilio y sede principal en la ciudad de Lima, este ejercería su jurisdicción a nivel nacional, con correspondiente estructura orgánica.

Las voces de distintos sectores no se hicieron esperar y así se plantearon demandas de inconstitucionalidad en contra dicha norma. Dichas demandas sostenían como fundamento principal que el derecho constitucional de la autonomía universitaria estaba siendo transgredido por dicha norma (Ley N° 30220). Es así que el Tribunal Constitucional, el 10 de noviembre del 2015, resuelve en pleno jurisdiccional los expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC, emitiendo sentencia titulada Caso Ley Universitaria. Encuentro necesario analizar esta sentencia en el sentido que en ella se expresan fundamentos interesantes que defienden la capacidad de control de políticas públicas por el tribunal constitucional, la educación como servicio público, interpretación a los alcances del derecho constitucional de autonomía universitaria y la constitucionalidad de la creación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria. En estos fundamentos encontraremos ciertas justificaciones que bien podrían servir para la argumentación de la presente tesis sobre la regulación de emisión de programas culturales

como parte de una política de difusión de cultura por parte de las empresas de radiodifusión, por las siguientes razones.

Primeramente, respecto a los fundamentos de la capacidad de control de políticas públicas por parte del tribunal constitucional nos centraremos en el análisis de ciertos comentarios, dado que la razón de ser de esta tesis no es el demostrar la capacidad de control de políticas públicas por parte del tribunal constitucional, sino el de buscar argumentos para la normativización en específico de una obligación constitucional del estado que ha sido delegada a un sector privado.

Es así entonces que encontramos que el Tribunal Constitucional señala que el Estado tiene el deber de asegurar el respeto de los derechos reconocidos por la constitución y los tratados de derechos humanos. Pero no basta con que el Estado se abstenga de afectar los derechos, sino que resulta indispensable la adopción de medidas positivas, las cuales se irán concretando de acuerdo a las necesidades de protección de cada sujeto (Caso ley universitaria, 2015). Cuando el Tribunal Constitucional nos indica que el estado debe adoptar medidas positivas, no habla de otra cosa más que de la puesta en acción de políticas de estado en cuestión de seguridad, promoción, respeto y desarrollo de derechos fundamentales reconocidos por el marco constitucional del derecho interno y el marco normativo internacional que hayamos adoptado. Debemos entender que el rol que juega el estado en el desarrollo social no es un rol pasivo, sino que como se argumenta en dicha sentencia, la obligación del Estado de garantizar los derechos implica el deber de organizar todas las estructuras públicas de manera que estén en capacidad de asegurar las condiciones para su libre y pleno ejercicio (Caso ley universitaria, 2015). En ese sentido, cuando hablamos de derecho de acceso a la cultura y obligación de difusión de cultura, el estado no puede delegar el cumplimiento de tal mandato constitucional y evadir toda responsabilidad en el desarrollo y garantía de tales preceptos constitucionales, es decir, que no bastaría con delegar tal obligación, sino que este podría y debería contar con un organismo con capacidades plenas para poder asegurar el libre y pleno ejercicio del derecho de acceso a la cultura, es así que bien podría el Estado darle capacidades plenas de control a un organismo como el Consejo Consultivo de Radio y Televisión para garantizar el libre ejercicio del derecho a la cultura en su vertiente de la obligación

constitucional de las empresas de radio y televisión de contribuir con el Estado en la difusión de la cultura en el País.

Como señalamos anteriormente, la obligación de difusión de cultura es un tanto particular, en el sentido que esta se comparte entre el Estado y la empresa de radiodifusión, pero esta es una obligación compartida tan solo aparentemente, porque la difusión de cultura nunca ha dejado de ser una obligación propia del Estado, la promoción del desarrollo social es en principio una obligación puramente Estado y es este quién verá las mejores formas bajo las cuales podrá llevarlas a cabo. Cuando la constitución señala que las empresas de radiodifusión colaboraran con el Estado en la difusión de la cultura, está simplificando las directrices de las políticas en materia de difusión de cultura, es decir que este mandato constitucional no deja de ser una obligación del Estado para convertirse en una obligación compartida con las empresas de radiodifusión, sino que se le delega cierta responsabilidad en materia de difusión de cultura a esta clase de empresas, pero aun así el Estado no pierde su capacidad de regular y de llevar a cabo la realización de tal precepto constitucional. En este sentido el Tribunal Constitucional señalaría que como es de conocimiento general, el desarrollo de las actividades habitualmente asignadas al Estado incluye el diseño y la materialización de diversas políticas públicas. Ahora bien, la desconfianza en el quehacer estatal en general, reforzada con los reparos también existentes a la labor de organismos más "políticos" o "político partidarios" (Caso ley universitaria, 2015), sin entrar aquí a discutir si estos puntos de vista se condicen con la realidad de las cosas, ha generado múltiples efectos. Dentro de los cuales se encontrarían la transferencia o delegación de funciones a particulares. Y aun cuando esta transferencia o delegación de funciones no haya respondido a lo señalado por el Tribunal Constitucional, sino a un mandado propio de la constitución, este argumento demostraría que, si existe la transferencia o delegación de funciones a particulares, además de que existen ciertos fenómenos políticos que explicarían por qué no se ha buscado un cumplimiento más efectivo en el campo de la difusión de cultura por parte de las empresas de radiodifusión.

En otro aspecto, el tribunal constitucional hace referencia a que la educación se configura como un derecho fundamental, pero también como un servicio público, en la medida en que

se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. En dicho sentido, explica el tribunal, se trata de otorgar un servicio que, si bien satisface necesidades individuales, ostenta también una implicancia colectiva (Caso ley universitaria, 2015). Al respecto podemos decir que el acceso a la cultura no se encuentra lejos de esta interpretación, en medida que también es un derecho fundamental y que también podría constituirse como un servicio público por ser una función propia del estado. Además, que en todo caso ya se ha asignado un organismo para el control y fiscalización de la radio y televisión, pero que ley de radio y televisión al no regular con precisión cuales son las facultades de este organismo en cuestión de asegurar el desarrollo de la difusión de cultura en el País, no se estaría potencializando el cumplimiento de tal mandato constitucional.

El tribunal también explica que la educación, al guardar una especial conexión con el proyecto de vida de cada persona y, en consecuencia, con el principio de dignidad humana, generaría un especial deber de resguardar que los servicios prestados puedan encontrarse de otorgar aquellos elementos mínimos para el desarrollo de dicho proyecto de vida (Caso ley universitaria, 2015). En ese sentido podemos decir que las políticas educativas que son delegadas a particulares deberán cumplir con elementos mínimos para cumplir con su cometido. Entonces, si hablamos del deber de difundir la cultura en el País por parte de las empresas de radiodifusión, el estado debería regular sus emisiones y programaciones a razón de buscar un cumplimiento efectivo de la difusión de cultura en nuestra sociedad. A esto el tribunal Constitucional, en referencia a la educación, señala que el Estado abre la posibilidad de que determinadas actividades, en principio a él encomendadas, sean llevadas a cabo por particulares, genera con ello un deber especial de vigilancia y fiscalización del servicio brindado, ya que su cumplimiento no es solo una cuestión concerniente a la entidad privada, sino que guarda especial relación con los fines del propio Estado (Caso ley universitaria, 2015). Este deber especial de vigilancia y fiscalización que tiene el Estado al cumplimiento de sus obligaciones delegadas a privados, viene a consecuencia de que, para el Tribunal Constitucional, aun cuando en el artículo 15 de la constitución se señale que toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley. Esto no podría interpretarse como el derecho

de hacer de las entidades educativas simples sociedades sometidas a las directivas de la oferta y la demanda que rigen el mercado (Caso ley universitaria, 2015). Así mismo, podríamos señalar que respecto del derecho de libertad de empresa e iniciativa privada se encuentran bajo diversas limitaciones o, como bien podría señalarse, bajo directrices determinadas por el Estado en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Es por esto que la obligación de difusión de cultura debería de determinar un parámetro de acción respecto del ejercicio de libertad de empresa de las emisoras de radiodifusión, y en consecuencia encontrarse comprometidas con el desarrollo cultural de nuestra sociedad.

Finalmente, el tribunal constitucional hace un análisis de los alcances y límites de la Autonomía universitaria, es así que cita jurisprudencia anterior señalando lo siguiente: a. “La autonomía consiste en el atributo de la autodeterminación en el desarrollo de las actividades y funciones derivadas de los fines institucionales.” (4232-2004-AA/TC, 2005); b. “(...) la autonomía universitaria puede afectarse si al regularse otros aspectos relativos a su función, se amenaza o afecta desproporcionadamente la misión que la Constitución ha otorgado a las universidades. Tales aspectos se manifiestan en los siguientes cinco planos: "a) Régimen normativo: Implica la potestad auto-determinativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular, per se, la institución universitaria. b) Régimen de gobierno: Implica la potestad auto-determinativa para estructurar, organizar y conducir, per se, la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo. c) Régimen académico; Implica la potestad auto-determinativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria. d) Régimen administrativo: Implica la potestad auto-determinativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria; e) Régimen económico: Implica la potestad auto-determinativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros” (4232-2004-AA/TC, 2005); c. “La autonomía es capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad,

pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste” (STC 012-96-I/TC, 1997); d. “[...] la autonomía universitaria se consagra constitucionalmente con la finalidad de salvaguardar las condiciones a partir de las cuales las entidades universitarias tienen que cumplir, de manera auto-determinada, con la función encomendada por la Constitución. En tal sentido, es el Legislativo el encargado de dictar las normas estructurales y elementales del sistema universitario, complementando la labor del constituyente en la configuración de la autonomía universitaria. La propia norma fundamental es explícita en ello al disponer que los estatutos de las universidades se registrarán siempre dentro del marco de la ley y la Constitución. Dicho de otro modo, es la ley la que termina de dotar de contenido a la autonomía universitaria. Así, es a partir de la ley universitaria que tal autonomía se proyecta con medidas concretas, siendo al mismo tiempo presupuesto que estructura el funcionamiento de las universidades”(STC 0025-2006-PI/TC); e. “(...) si bien es cierto que la autonomía universitaria garantiza la independencia de las universidades, en diversos aspectos, también lo es que la misma no le da carta blanca para actuar abusando de una libertad irrestricta, más aún cuando dicha actuación es contraria a la ley o a la Constitución, pues de este modo se estaría avalando el abuso de derecho”(STC Pleno Jurisdiccional 00037-2009-PI/TC, 2010); f. “(...) si bien [las garantías institucionales] reservan un margen de actuación que garantiza contenidos objetivos ajenos al legislador, ello no significa la creación de un espacio de autosuficiencia extraño al resto del ordenamiento, por lo que en todos los casos, ese ámbito de actuación - como cualquier otro de un Estado de derecho- está sujeto a la Constitución y las Leyes” (STC 010-2002-AI/TC, 2003); g. "Se trata sin duda de ponderar la exigencia de una educación universitaria de calidad basada en las libertades aludidas [de cátedra y cultural], pero sin que de ello se desprenda una ausencia total del Estado en la supervisión y control de la calidad del servicio público de la educación universitaria, en un contexto donde confluyen gestores públicos y privados. En tal sentido, la autonomía universitaria debe ser entendida como garantía institucional de la universidad basada en los principios de excelencia académica, investigación libre y plural, sin que el Estado renuncie a su labor de supervisión y de control de la calidad de la educación universitaria, mediante regulaciones adecuadas y eficaces que pongan en el centro de la vida universitaria la investigación y el compromiso con la calidad educativa y no el lucro, como

viene ocurriendo últimamente con algunos de los gestores de universidades privadas. En el caso de la universidad pública, la garantía institucional de la autonomía universitaria, supone entre otras obligaciones del Estado, el de dotar a la universidad del presupuesto adecuado para el cumplimiento de sus fines institucionales” (STC 0023-2007-PI/TC, 2008); y h. “Es probable que la manifestación más importante de esta autonomía [universitaria] se encuentre cifrada en la búsqueda de una plena libertad ideológica en el ámbito académico que pueda hacer de la universidad un espacio seguro para la libre exploración en el conocimiento y en la evolución del pensamiento, protegida frente a cualquier injerencia de carácter político” (Caso JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON, 2009). Y es en razón de este orden de ideas que el Tribunal Constitucional determina para el caso en concreto de la Ley Universitaria que el constituyente dotó de autonomía a las universidades, lo hizo pensando en garantizar su finalidad constitucional de desarrollo del conocimiento de manera completamente libre de interferencias políticas o ideológicas. Pero que la autonomía no supone autarquía y, por ende, no se confirió a las universidades para mantenerlas al margen del ordenamiento jurídico del Estado al cual pertenecen, sino más bien para que, dentro de él, puedan desempeñar su labor sin controles ideológicos. Simplificando, el Tribunal Constitucional determina que no se amenaza o vulnera la autonomía universitaria cuando el legislador realiza una regulación que incluso incida en ciertos aspectos propios de la misión que la Constitución ha otorgado a dichas instituciones públicas o privadas. Habría, en cambio, una violación de la autonomía universitaria, o una amenaza cierta e inminente de su vulneración, si se trata de una incidencia desproporcionada o arbitraria en las competencias conferidas a las universidades que las despoje de sus atribuciones, o que las limite en forma irrazonable (Caso ley universitaria, 2015). Bajo estos fundamentos es que el Tribunal Constitucional, en la sentencia en comento, concluye que no se amenaza o vulnera la autonomía universitaria cuando el legislador realiza una regulación que incluso incida en ciertos aspectos propios de la misión que la Constitución ha otorgado a dichas instituciones públicas o privadas. Habría, en cambio, una violación de la autonomía universitaria, o una amenaza cierta e inminente de su vulneración, si se trata de una incidencia desproporcionada o arbitraria en las competencias conferidas a las universidades que las despoje de sus atribuciones, o que las limite en forma irrazonable (Caso ley universitaria, 2015).

Para finalizar, debemos tener en cuenta que esta sentencia determinaría una posición del Tribunal Constitucional favorable a políticas estatales que conlleven al cumplimiento real de la norma constitucional. En otras palabras, el tribunal constitucional no apoya una política intervencionista, pero si una política reguladora, de fomento y protección de los derechos constitucionales, es así pues que al fijarse la creación de la SUNEDU como un ente regulador de las universidades no se estaría vulnerando el derecho a la autonomía universitaria en razón que lo que buscaría el estado sería un control de la calidad de la educación universitaria, mediante regulaciones adecuadas y eficaces que pongan en el centro de la vida universitaria la investigación y el compromiso con la calidad educativa y no el lucro. En el caso de las empresas de radio y televisión estaríamos frente a un plano muy similar, donde lo que se buscaría es una regulación más eficiente para el correcto cumplimiento del deber del Estado en difundir la cultura y garantizar su acceso libre a la población. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional respecto a la cultura señaló lo siguiente: “(...) que las libertades de creación, de comunicación cultural, de enseñanza y libertad de cátedra, requieren especial protección, por su íntima vinculación con la propia dignidad del ser humano y la creación de una cultura de las libertades que deben abrirse paso sin las presiones ni los permisos de las autoridades o los poderes públicos” (STC 0023-2007-PI/TC, 2008). En consecuencia, si no se estaría cumpliendo de manera efectiva con el mandato constitucional de difusión de cultura en el País, y más aún cuando se estuviese incumpliendo el artículo 4 de la ley de Radio y televisión que señala que los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional, el estado debería encontrar una manera más eficaz de lograr su cumplimiento por partes de las empresas de radio y televisión como parte de su obligación constitucional con el pueblo peruano, ya sea modificando la norma, creando un organismo regulador u otorgándole facultades singulares para el caso en cuestión a un organismo ya existente.

## **2. Sentencia del caso de proceso de inconstitucionalidad en contra del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión (Ley 28278)**

El 7 de mayo del 2007 se interpuso demanda de inconstitucionalidad contra del segundo párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y televisión. Dicho párrafo establecía que la participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no podía exceder el cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión de sus respectivos países de origen. Los fundamentos de la demanda se basan en que dicho párrafo estaría vulnerando el derecho constitucional a la igualdad por establecer una diferenciación carente de fundamento objetivo, razonable o proporcional entre los inversionistas extranjeros y nacionales. Dicho proceso dio origen a la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00013-2007-PI/TC.

En la sentencia antes citada se estableció como fundamentos ciertos temas que pueden resultar relevantes para la presente investigación. Es así que, podemos encontrar que se hizo una exposición sobre los derechos comunicativos y medios de comunicación, la ley de radio y televisión como reflejo de la radio y televisión en tanto instituciones constitucionales, las reglas de las autorizaciones para radio y televisión, el test de igualdad en relación a la inversión extranjera y nacional en las empresas de radio difusión y la reciprocidad en el tratamiento igualitario entre la inversión extranjera y nacional. A continuación, haré mención al contenido de los fundamentos que crea conveniente para la presente tesis en tanto que resulta importante tener una visión de que es lo que representa la radio y televisión para el Tribunal Constitucional.

### **2.1. Respetto de los derechos comunicativos**

Respetto los derechos comunicativos se señala que estos se encuentran reconocidos en el artículo 2 inciso 4 de nuestra Constitución, estos derechos comunicativos son las libertades de expresión, opinión, información y difusión del pensamiento libre. El tribunal constitucional señala la importancia de la protección de estas libertades para el desarrollo de

la democracia en el País, además de sustentarla en gran medida gracias a al reconocimiento de estas libertades dentro de instrumentos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. Otro punto importante es que se hace referencia al fundamento 26 de la STC N° 00027-2005-PI/TC, el cual señala que el Tribunal Constitucional no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público (...) (Caso colegio de periodistas del Perú contra Ley 26937, 2006).

El tribunal señala que el ejercicio de estos derechos se hace a través de cualquier medio de emisión de un discurso, ya sea informativo o expresivo. Pero nos indica que la forma más concreta de comunicación es a través de medios especializados como los medios de comunicación social (Ej. Radio y Televisión). Cabe decir que la Radio y Televisión no son todos los medios de comunicación social existentes, pero si son los de mayor alcance en nuestro País. La importancia de los medios de comunicación social radicaría, según el Tribunal Constitucional, en que se les considerarían como Instituciones constitucionales, es así que en la sentencia en comento se señala que las instituciones son realidades con efectiva vida social y política que ameritan una protección jurídica determinada, por lo que son institutos delimitables y efectivamente existentes, caso que ocurre con la radio y televisión. Para establecer la importancia de la relación que existe entre los medios de comunicación social e instituciones, el Tribunal Constitucional hace referencia al fundamento 11 de la STC N° 3367-2004-AA/TC, el cual diría que la insistencia de nuestra Norma Fundamental en los medios de comunicación social se debe justamente a la tangible preocupación por la responsabilidad que acarrea su actuación en la sociedad. Para limitar su poder se les ha reconocido como una institución constitucional, lo cual fluye de su tratamiento genérico (artículo 2°, inciso 4, de la Constitución) como de la búsqueda para su colaboración con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la nación (artículo 14.º in fine de la Constitución). Es más, en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Radio y

Televisión, Ley N.º 28278, se reconoce que la prestación de los servicios de radiodifusión, como medio de comunicación masiva, debe regirse, entre otros, por la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, la libertad de información veraz e imparcial, la tutela del orden jurídico democrático, la promoción de los valores y la identidad nacional, y, claro está, por la responsabilidad social de los propios medios (Caso Prudencio Estrada Salvador, 2006). Como podemos observar, el Tribunal Constitucional reconoce el poder de influencia que tienen los medios de comunicación en la sociedad, es por esto que el mismo la reconoce como una institución constitucional y por consiguiente debe ser regulada por Estado. Es por esto que el Tribunal Constitucional terminaría señalando que la interpretación de los derechos comunicativos (libertad de expresión, opinión, información y expresión) deben realizarse en conjunto con lo establecido en el artículo 14 de nuestra constitución, el cual señala el deber de colaboración de las empresas de Radio y Televisión en temas de educación y en la formación moral y cultural de Nación.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional señala que el tratamiento de la radio y televisión, entendidas como instituciones constitucionales, debe estar siempre en coherencia y en armonía directa con los valores, bienes, principios y derechos que la propia norma fundamental reconoce. Es decir, que una posible regulación respecto de su programación no debería ser atentatoria de ningún valor, bien, principio o derecho que la constitución les reconozca a los medios de comunicación social o a la sociedad.

Para finalizar con este punto, el tribunal constitucional señalaría que el objetivo final del control democrático de los medios de comunicación social es hacer real y efectivo el libre desarrollo de la personalidad; es decir, garantizar su libre formación y difusión (conformación de una opinión libre y plural); de ahí su necesidad como algo vital para cualquier sistema democrático. Además, para que una democracia funcione en un país se requiere de unos medios, no sólo con una cobertura mayor, sino que también su objetivo este mejor dirigido, para así superar la consecución de una opinión pública libre y consciente (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2º parrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). Como observamos, una política de mejoramiento de la calidad radial o televisiva no podría, en principio, ir en contra de los derechos comunicativos.

## **2.2. Respeto de la Ley de Radio y Televisión como reflejo de la radio y televisión en tanto instituciones constitucionales.**

En este segundo punto, el tribunal constitucional hace referencia a la importancia que tiene la ley de radio y televisión en tanto medio de control de las empresas de radiodifusión, por lo cual señala que el sector audiovisual tiene una singularidad que hace necesario imponer restricciones aceptables y necesarias a la aplicación incondicionada de las reglas. Así mismo, indica que La televisión y la radio tienen un doble estatus: uno, como derecho subjetivo, en tanto actividad empresarial que desarrollan las personas en virtud de la libertad empresarial; y, otro, como derecho objetivo, en tanto cumplen una función social de comunicación pública. En este sentido, la libertad empresarial de constituir empresas televisivas y radiales, para que sea legítima constitucionalmente debe asegurar las posibilidades de comunicación de todos los intereses sociales e informar sin manipular, y, por tanto, formar libremente la opinión pública (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° párrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). Por otra parte, señala que la radio y televisión no es solamente un servicio a los ciudadanos para mejorar su bienestar o sus condiciones de vida; es también el instrumento por el que se canalizan libertades constitucionales como la de comunicación y se hace posible la preservación de valores constitucionales como la formación de la opinión pública libre. Al mismo tiempo que es el lugar que permite el ejercicio y consagración de dichas libertades, es también una herramienta imprescindible para que puedan desarrollarse otros valores, como la cultura común o la protección de la infancia (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° párrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). Es claro que las empresas de radiodifusión ocupan un puesto influyente en nuestra sociedad, pero estos son solo medios por los cuales el estado debería buscar el desarrollo y bienestar social de una manera activa.

Dentro de estos fundamentos, el tribunal constitucional también hace referencia a que el debate de una ley que regule a la radio y televisión fue en búsqueda de una ética pública, a razón de los distintos acontecimientos que se vivieron en el Perú en los años 90's. En donde se tenía casos de compra de medios radiales, televisivos y de editoriales, con el fin de que omitan programación a favor del gobierno de entonces. Este fundamento hace referencia a los distintos principios que se tomaron en cuenta a la redacción de la actual Ley de Radio y televisión, donde se busca una buena práctica del desarrollo de las actividades televisivas y

radiales. Así se toman en cuenta principios como la libertad de información pero que además esta debería ser veraz y eficaz, otro principio es el de la responsabilidad social de los medios de comunicación, que busca ser un límite o un panorama a los tipos de programación que deberían brindar las empresas de radio y televisión.

Seguidamente, el tribunal constitucional menciona que los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Esta consideración es propia de la Ley de Radio y Televisión vigente. Respecto a que los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público en la sentencia se menciona que si bien los medios radioeléctricos deben estar al servicio del público, sostener que la actividad de los mismos es un servicio público representa el serio problema de que, con ese pretexto, el Estado pretenda su actividad más allá de todo límite razonable y entrar a regular el contenido de los mensajes que se difunden a través de ese medio (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° parrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). Para el Tribunal Constitucional no habría otra justificación más que la de evitar que un gobierno pueda hacer un uso abusivo de una denominación. Pero los servicios de radiodifusión, al menos para el público en general y en lo que a programación gratuita respecta, es un servicio público que se financia como empresa privada.

Contrariamente a lo anterior señalado, el tribunal constitucional prefiere abordar el tema de los servicios de radio difusión refiriéndose a ellos como servicios esenciales. En ese sentido se señala que la radio y principalmente la televisión deben ofrecer una programación al mayor número de ciudadanos posibles, de manera continuada e igual, y presentarse como elemento esencial para cumplir los fines del Estado social y democrático de derecho. El concepto de servicio esencial (Grundversorgung) es un elemento básico de las libertades televisivas -y también radiales- en el marco constitucional, como forma básica de la 'procura existencial' del Estado democrático y social de derecho. Y es así que concluye que aunque legalmente las telecomunicaciones no revisten en general el carácter de servicio público y a pesar de que su prestación queda genéricamente abierta al régimen de competencia, la indudable utilidad pública de tales prestaciones ha obligado al legislador a buscar una fórmula que garantice la

plena satisfacción del interés general en un contexto de libre competencia (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° parrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007).

En este mismo sentido el tribunal constitucional señalaría según esta sentencia que los servicios de radiodifusión deben estar siempre enmarcados dentro de los limites admisibles y admitidos por los principios de dignidad de la persona y de vigencia democrática de un país. Además, señala que el rol social de las empresas de radio y televisión consiste en que se les asigna a los medios de comunicación la función de una nueva forma de control social basada en el consentimiento de un modo similar al surgimiento de la democracia. El papel eminentemente crítico y esclarecedor que debería desempeñar los medios de comunicación, se vuelve manejable mediante la estructuración de esos medios para que sus mensajes no contradigan radicalmente la ideología hegemónica de la sociedad (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° parrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). De esto aclara el Tribunal constitucional que el contenido que emiten las empresas de radiodifusión no debería ser entendido como mercancía susceptible de intercambio en el mercado, ya que no se debe olvidar que las plusvalías económicas no son, a diferencia de lo que sucede en otros sectores económicos, el único fin que persiguen estas sociedades, lo que explica tanto situaciones de persistente déficit comercial de empresas de comunicación como las ayudas públicas de que son beneficiarios los medios de comunicación (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° parrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). El déficit comercial que podría generar la implementación de una programación cultural es un riesgo que deben correr las empresas de radiodifusión, pero que también ellas tienen la opción a evitar. Una ley de difusión de programación cultural no tiene por qué limitar la imaginación de los dueños de las empresas de radio y televisión, deberían ser ellos quienes deban idear una forma llamativa de captar la atención del público, pero emitiendo programación verdaderamente útil. En defensa de lo anteriormente expuesto el Tribunal Constitucional señala en la sentencia en comento que la misma Ley de Radio y Televisión vigente se señala en su artículo 4° que: “Los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional”.

### 2.2.1. De las reglas de las autorizaciones para radio y televisión.

Es interesante el análisis de estos fundamentos en la sentencia dado que señala la particular característica normativa respecto a la explotación del espectro radioeléctrico por parte de las empresas de radio y televisión privadas. Además, se señalaría que los alcances de la ley de Radio y Televisión solo es para empresas privadas que emiten señal abierta, lo cual nos llevaría a concluir que cualquier modificación solo podría afectar a mismo sector empresarial antes mencionado.

Primeramente, el tribunal constitucional establece que el hecho de formar o fundar una empresa destinada a ser un medio de comunicación, se encontraría protegido por el artículo 2° inciso 4 de nuestra Constitución Política, en razón a que este inciso establece que los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación. Pero el tribunal hace una aclaración, en el sentido que señala que el derecho de fundar un medio de comunicación no es irrestricto, es decir, no por el hecho de que la fundación de un medio de comunicación es amparable por la Norma Fundamental, el Estado no pueda o esté impedido de determinar o definir las condiciones para el otorgamiento de autorizaciones para la fundación de las mismas.

Seguidamente, el tribunal constitucional indica que el objeto de la Ley de Radio y Televisión (Ley 28278) son las empresas de radiodifusión privadas en señal abiertas, esto en razón del artículo 1° de la Ley de Radio y Televisión, la cual establece que: “La presente Ley tiene por objeto normar la prestación de los servicios de radiodifusión, sea sonora o por televisión de señal abierta, así como la gestión y control del espectro radioeléctrico atribuido a dicho servicio”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que, al no incluirse a las empresas de radiodifusión en señal cerrada, como el cable o internet, y a las empresas públicas de radio y televisión, estas estarían excluidas o fuera de las regulaciones establecidas por la Ley 28278.

El Tribunal señala que esta distinción se hace a razón de la existencia de un limitado espectro radioeléctrico, para lo cual cita al artículo 11° de la Ley 28278, que señala que el espectro radioeléctrico es: “(...) Un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de

radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones”. Y también al artículo 3° de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de recursos naturales, Ley N°26821, la cual señala en su literal e. que: “Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como: e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico”. De esta segunda cita, el tribunal concluye que el uso del espectro radioeléctrico, como explotación de un recurso natural, nace y encuentra protección constitucional en el artículo 66 de la misma carta fundamental, la cual señala que: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”. Así mismo se establecería en el artículo 23 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, el cual señala lo siguiente: “La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia. Las concesiones son bienes incorpóreales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella deberán inscribirse en el registro respectivo”. De esto el tribunal concluye que una actividad comercial sobre bienes naturales susceptible de aprovechamiento económico siempre será objeto de gestión concesional.

Seguidamente, el tribunal constitucional dilucidará que, si bien en el ámbito de los medios de comunicación se habla de autorizaciones y no concesiones, estas también se encontrarían comprendidas dentro de la normatividad especial destinada a la explotación de recursos naturales, es así que el tribunal cita el artículo 14 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento

sostenible de recursos naturales, el cual señala que: “Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable. Títulos de diversa naturaleza sobre un mismo recurso natural”. De esto concluye el Tribunal Constitucional en que no habría irregularidad o incoherencias entre la constitución y la Ley de Radio y Televisión (Ley 28278), por lo que señala que: “A partir del ya mencionado artículo 14° in fine de la Norma Fundamental y el rol de promoción de los medios a la educación y a la cultura, se puede entender que la radio y la televisión, en tanto institutos constitucionales, deben buscar primordialmente lo siguiente: 1. Que se promueva la existencia de programación nacional, pero no de cualquier tipo, sino que ésta sea coherente con el impulso del desarrollo intelectual, moral, psíquico y físico de los peruanos, toda vez que en el país se debe buscar el bienestar general de la población basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44° de la Norma Fundamental), además que existe el deber constitucional de protección de los intereses nacionales (artículo 38° de la Norma Fundamental); 2. Que se proteja convenientemente a los niños y adolescentes, pues la Constitución les reconoce a ellos, a partir del artículo 4°, una titularidad superreforzada de derechos fundamentales, más aún si también se ha previsto que el único límite a la proscripción de censura previa en el ámbito hemisférico dentro de los espectáculos públicos se refiere a la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); 3. Que promueva un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental en el artículo 61° in fine expresa que los medios de comunicación social, especialmente la radio y televisión, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares. 4. Que la publicidad no sea engañosa, desleal o subliminal, máxime si la Constitución señala en su artículo 65° que se ha de defender el interés de los consumidores y usuarios, exigiéndose una adecuada información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, velándose por la salud y la seguridad de la población” (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° parrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). A estos fundamentos el Tribunal le adhiere el artículo 7° de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de recursos naturales, la cual señala

que: “Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva. El Estado impulsa la transformación de los recursos naturales para el desarrollo sostenible”. A este tipo de responsabilidades u obligaciones por parte de las empresas, el tribunal constitucional las denomina como “responsabilidad social” y que incluso puede llegar a ser una “responsabilidad constitucional”, por lo cual el Tribunal Constitucional dice respecto de los medios de comunicación que: “(...) Para el caso de los medios de comunicación social regulados por la LRT cabe insistir en su capacidad y obligación de educar en la cultura y la moralidad públicas, tal como lo señala el artículo 14° de la Constitución, tal como ya se vino a explicar en el fundamento anterior” (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2° párrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007).

En relación a lo anteriormente expuesto, podemos decir que el Tribunal Constitucional encuentra clara la importancia que tienen los medios de comunicación, en tanto radio y televisión, en el desarrollo social del Perú. Algunos pueden sostener que ni la televisión ni la radio son escuelas, museos o bibliotecas. Pero a vista del tribunal constitucional el rol que juegan estas empresas puede guiado por el Estado, siempre y cuando sea en cuestiones de desarrollo social, de impacto intelectual, cultural, educativo o informativo, y no siempre, como algunos nos quieren convencer, desde el punto de la libertad de empresas en desarrollar solo programas de índole recreacional o de entretenimiento.

### **2.2.2. De la responsabilidad social de las empresas**

Si bien este punto no ha sido clasificado expresamente en la sentencia en comento, encuentro importante su clasificación por razones didácticas, ya que respecto a la responsabilidad social de las empresas se ha deslumbrado algunos retazos en los puntos anteriores, pero bajo este título se pretende recoger las apreciaciones más cercanas respecto a la responsabilidad social

de las empresas de radio y televisión que expresa la presente sentencia del Tribunal Constitucional.

Para comenzar, el tribunal constitucional señala que en la relación a la responsabilidad social de las empresas se dijo lo siguiente: “El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término ‘social’ respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como ‘Social y Democrático de Derecho’ cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como ‘Estado Democrático y Social de Derecho’. En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo ‘social’ se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi ‘natural’, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al

desarrollo de la vida. Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: ‘tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario’ (JOSE MIGUEL MORALES DASSO y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, 2005). De lo cual el Tribunal establece que las empresas radiodifusoras, en tanto cumplen roles establecidos explícitamente en la Constitución, y a partir de su configuración como instituciones, deben asumir su responsabilidad social, y que además deben regirse por la cláusula de progresividad en la protección de las personas, es decir se les debe exigir una no regresividad, razón por la cual en caso de que haya mejorado el nivel de su programación no pueden retornar a los paradigmas netamente comerciales, sino que siempre deben propender a educar y reforzar los valores éticos de la sociedad peruana. Esto último resulta interesante, ya que implicaría que los medios de comunicación busquen mejorar la calidad de su programación conforme avance el tiempo del desarrollo de sus actividades en nuestra sociedad.

Otra de las aclaraciones que hace el Tribunal respecto a la responsabilidad social de las empresas es en relación a la Economía Social de Mercado, sobre el cual cita lo siguiente: “La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro,

el combate a los oligopolios y monopolios. c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social (...). Y es que, dado el carácter ‘social’ del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos” (Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, 2003). Al respecto de los medios de comunicación el tribunal señala que en los fundamentos 12 y 13 de la STC N.º 3330- 2004-AA/TC se estableció que: “(...) Según está dispuesta la libertad de empresa, esta también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la economía social de mercado (...). Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. - En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado (...). - En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros). - En tercer lugar, está la libertad de competencia. - En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno” (Ludesminio Loja Mori , 2005).

Para finalizar, uno de los puntos interesantes en la fundamentación de la demanda es que los demandantes mismos incluyen o aplican el test de igualdad para sustentar que el tratamiento diferenciado que hace la norma es incompatible con la constitución. En el cuarto paso de dicho test, hacen una exposición cuando menos interesante respecto a la difusión de programas culturales por parte de las empresas de radiodifusión. Es así que reconocen lo siguiente: “En efecto, no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la

protección y promoción de la cultura e identidad nacional y la propiedad o porcentajes de participación nacional o extranjera en el capital de la empresa de radiodifusión. Lo primero (protección y promoción de la cultura) se refiere a los contenidos de la programación de la emisora, mientras que lo segundo tiene que ver con el origen nacional o extranjero de los propietarios y accionistas de la empresa. Manifiestan además que la legislación sobre radiodifusión establece o puede establecer medidas tales como la exigencia de un porcentaje de la programación que corresponde a la difusión de la cultura nacional y manifestaciones artísticas tradicionales, y que un determinado porcentaje de programas tenga que ser necesariamente producido en el País, con la participación de personal nacional. Se trata de obligaciones impuestas a toda emisora, que deben y pueden ser cumplidas sin importar quienes son los accionistas (...)” (Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2º párrafo del artículo 24 de la ley 28278, 2007). Como se puede observar, en esta fundamentación se hace mención o reconocimiento propio a que el Estado podría establecer medidas coercitivas respecto de la regulación de la programación de las televisoras públicas o privadas, y este es un reconocimiento propio por parte de los que se sienten afectados por la Ley de Radio y Televisión.

### **3. Caso de inconstitucionalidad de la ley que regula el gasto de publicidad estatal**

#### **1. Antecedentes**

El 18 de junio del 2018 fue publicada la ley que regulaba el gasto en publicidad del Estado peruano (Ley 30793). Esta ley buscaba prohibir toda clase de publicidad del estado en medios privados, señalando que dicha acción podría considerarse como delito malversación. A los 2 días, el 20 de junio del mismo año, el 25% del número legal de congresistas interponen demanda de inconstitucionalidad en contra de la ley 30793. Así mismo el 21 de junio del mismo año, el poder ejecutivo por medio del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional interpone también acción de inconstitucionalidad en contra de dicha norma. En consecuencia, el congreso a través de su apoderado contesta las demandas con fecha 8 y 14 de agosto del 2018 respectivamente, negándolas y contradiciéndolas en todos sus extremos, señalando que la ley cuestionada no contraviene la Constitución ni por la forma ni por el fondo, por lo que solicita que sean declaradas infundadas.

## 2. De la demanda y la contestación de la demanda.

Dentro de los argumentos de los congresistas que interpusieron la demanda de inconstitucionalidad de la ley, y en relación a la presente investigación, se señala que dicha norma era violatoria del derecho a la información en su dimensión como derecho de acceso a la información pública. Es así que los congresistas señalan que la prohibición de publicidad estatal establecida en el artículo 1 y 2 de la Ley 30793 contravienen el derecho de acceso a la información pública, regulado en el artículo 2, incisos 4 y 5 de la Constitución, a razón de que:

- a) Los medios públicos que posee el Estado no permiten cristalizar el principio de máxima divulgación que, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se desprende del artículo 13 de la CADH. Y es que los medios estatales pueden contribuir a la difusión de la información pública pero no pueden garantizar que esa difusión sea efectiva.
- b) La diferencia entre cobertura y rating explicando que los medios estatales pueden tener mayor cobertura, pero sus niveles de audiencia no son muy grandes. TV Perú, por ejemplo, llega a todo el Perú, pero sus niveles de audiencia no superan el 3%. Por lo tanto, si el Estado publicita información sobre servicios o medidas políticas, muy poca gente se enteraría de ellos.
- c) De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI) el acceso al servicio de internet en el Perú no es masivo y en algunas localidades no existe posibilidad de que lo sea por falta de infraestructura y logística. En este caso, ya no se trata de un problema de rating sino de cobertura y acceso, contraviniendo el derecho de acceso a la información.
- d) El impacto de esta ley en algunos medios de comunicación significaría su cierre. Por consiguiente, esta norma estaría promoviendo una censura indirecta, prohibida por el artículo 13, inciso 3, de la CADH. Señalan que la Ley 30793 constituye un peligro latente contra la línea editorial de los medios independientes y alternativos, lo que tendrán que atemperar sus posiciones, por cuanto se volverán

económicamente dependientes del financiamiento privado (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

De otro lado, el poder ejecutivo dentro de los argumentos de su demanda de inconstitucionalidad también señala que habría una vulneración al derecho a la libertad de información dado que el artículo 3 de la Ley 30793 contravendría el derecho de toda persona a recibir información, contemplado en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución y artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Respecto a ello el poder ejecutivo alega que:

La publicidad estatal constituye en la actualidad una vía mediante la cual se brinda información a la ciudadanía respecto al desarrollo de sus múltiples actividades. En tal sentido, la prohibición de la difusión de publicidad estatal en medios privados solo puede justificarse en la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos como el orden público, la seguridad nacional, la salud y la moral pública. Sin embargo, previo a la aprobación de la autógrafa de la ley no se aprecia que el legislador haya realizado este tipo de análisis. Por ello, al establecer una restricción sin sustento o justificación de índole constitucional o convencional, el artículo 3 de la ley cuestionada deviene en inconstitucional (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

En la misma línea el ejecutivo indicaría que dicha norma restringiría la obligación del Estado de garantizar el derecho de toda persona a recibir información. En tal sentido fundamenta dicha vulneración señalando que las normas que reconocen derechos fundamentales no solo se ven afectadas cuando se emiten leyes que restringen su ejercicio sino también cuando tales leyes impiden al Estado cumplir con sus obligaciones, constitucionales y convencionales a favor de las personas. Con ello, los artículos 1 y 3 de la Ley 30793 impiden al Estado cumplir con su obligación de brindar información pública a la ciudadanía y garantizar el ejercicio del derecho de toda persona a recibir información. Esto contraviene las obligaciones del Estado en materia de libertad de información, derivados de los artículos 2, incisos 4 y 44, de la Constitución, así como los artículos 1, 2 y 3 de la CADH (Caso de ley que regula el gasto de

publicidad estatal, 2018). Del mismo modo, alega una vulneración al derecho de igualdad para recibir información sobre las actividades estatales, señalando que:

Según cifras del INEI, el 40% de la población peruana no tiene acceso diario a Internet, y que, según la encuesta residencial de servicios de telecomunicaciones de OSIPTEL del 2016, el 34% de los hogares no cuenta con acceso a internet. Lo mismo ocurre con el 62% de los hogares del área rural y con el 67% de los hogares de nivel socioeconómico E. En consecuencia, el artículo 2 de la Ley 30793 implica que un sector de la población no podrá acceder a información del Estado, a diferencia de otro grupo que sí podría acceder a la misma por tener conexión a Internet y redes sociales. Ello origina una situación de desigualdad en el ejercicio del derecho a recibir información del Estado (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

El poder ejecutivo plantea además de la vulneración al derecho a la libertad de información, una vulneración al derecho a libertad de expresión al constituir una decisión sobre el uso de fondos públicos como medio de presión contra los medios de comunicación privados. En palabras del Tribunal constitucional, el demandante sostiene que la libertad de expresión se ve afectada cuando por medio de vías indirectas se impide la circulación de información, por lo que toda norma relacionada con ese derecho debe ser analizada desde esta perspectiva. En la misma línea, el poder ejecutivo señalaría que la Ley 30793 constituye una medida contraria a los medios de comunicación privados por la manera como informan sobre las actividades estatales y que por ello constituye una restricción indirecta para la libertad de expresión en contravención a lo estipulado en el artículo 13 de la CADH (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

Dentro de los argumentos de la defensa respecto a las vulneraciones a la libertad de expresión e información, la defensa señalaría que:

- a) La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe del año 2003, respecto de la publicidad oficial, indicó que dentro de las libertades de expresión e información no

se incluye el derecho de los medios a recibir recursos estatales por publicidad. Sí otorga en cambio una posición de derecho fundamental a no ser objeto de asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial.

- b) La jurisprudencia constitucional e interamericana (Sentencia 0905-2001-AA/TC, Opinión Consultiva 0C-5/85 y Sentencia del Caso Olmedo Bustos y otros v. Chile), el derecho a la libertad de información posee un contenido que incluye las siguientes posiciones: (a) el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; (b) derecho a fundar medios de comunicación, incluyendo la protección de estos contra restricciones arbitrarias e ilegales; (c) la proscripción de la censura previa; (d) proscripción de censura indirecta, incluyendo entre ellas la asignación discriminatoria de publicidad oficial; y, (e) protección contra restricciones no sustentadas en el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
- c) Que la parte demandante ha incurrido en un error al delimitar el derecho a la libertad de información, ya que no existe un derecho intrínseco a recibir la publicidad estatal. La supresión de dicha publicidad no se encuentra entre los actos de censura indirecta capaces de afectar el derecho invocado, sino su distribución arbitraria y discriminatoria.
- d) Que fuera de una profunda confusión entre el derecho a la libertad de información y el derecho de acceso a la información, puede sostenerse que la ley no interviene negativamente dentro de la esfera de protección del derecho de acceso a la información (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

### **3. Del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La presente sentencia cuenta con una Nota Técnica, de fecha 14 de agosto del 2018, elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, la cual hace un análisis de los alcances de la Ley materia de inconstitucionalidad a la luz de los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión.

Desde un inicio se deja en claro que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y colectiva, las cuales corresponden tanto a expresarse libremente como a recibir ideas y opiniones de toda índole. Siguiendo con el informe, se recuerda al Tribunal que el inciso 3 del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prohíbe expresamente el uso de mecanismos indirectos de censura que busquen impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones por cuanto suponen restricciones en el derecho a la libertad de expresión. Y que de acuerdo con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH estos mecanismos podrían incluir la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial, con el objeto de presionar, castigar, premiar o privilegiar a los medios de comunicación en función de su línea informativa.

Se señala además que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación, cuando el Estado asigna recursos de forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libertad de expresión. Por consecuencia, las leyes deben establecer que la asignación de publicidad estatal obedezca a criterios objetivos que garanticen la eficiencia en el gasto y la prevención de abusos "electoreros" contando con mecanismos de transparencia y rendición de cuentas de dicho gasto, pero afectando en la menor medida posible el derecho a la libertad de expresión y el funcionamiento de medios independientes y libres. Por otro lado, sostiene que los Estados tienen la obligación de promover la diversidad y el pluralismo de medios de comunicación (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

Esta última oración siento que está directamente relacionada con los servicios de radiodifusión, recordemos que en el Perú se cuenta con tres formas de servicio que pueden realizar las empresas de radiodifusión, siendo el servicio comercial el que predomina en el mercado de las comunicaciones. Debemos entender entonces que el estado debe promover la diversificación de los servicios de radiodifusión, planteando parámetros bajo los cuales no solo la programación de entretenimiento y recreación sean las únicas en el mercado.

Siguiente la exposición del informe de la Relatoría, se señala que:

la asignación de publicidad oficial puede depender tanto la posibilidad de los medios de comunicación de expresarse libremente como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la CADH. Señala además que la ley cuestionada sería un mecanismo de censura indirecta de la libertad de expresión ya que se trataría de una medida innecesaria y desproporcionada para alcanzar un fin por lo demás constitucionalmente legítimo, que es eliminar la discrecionalidad y arbitrariedad en el gasto público de publicidad. A razón de que la publicidad representa una fuente de ingresos relevante para asegurar la viabilidad y desarrollo de los medios de comunicación que, en nuestra región, dependen en buena medida del acceso al financiamiento oficial. Así, concluye que la ley cuestionada genera el riesgo de cierre de medios de comunicación, lo que impactaría las fuentes informativas a disposición del público. Añadiendo que los más golpeados serían los pequeños medios locales, comunitarios, sin fines de lucro y aquellos que son la voz de los pueblos indígenas del Perú, afectando a los medios con menor acceso a publicidad privada” (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

#### **4. Fundamentos de la sentencia**

Cabe recordar que solo recogeré aquellos argumentos de utilidad para la presente investigación o en relación a cualquiera de los derechos o libertades expuestas en el capítulo precedente. Por consiguiente, la sentencia hace mención primeramente al derecho a la libertad de información. En tal sentido señala lo siguiente que la libertad de información se encuentra reconocida en inciso 4 del artículo 2 de la constitución política del Perú; señala además que los derechos reconocidos en dicha norma constitucional deben ser considerados como que no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad de la persona y un complemento inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculados al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad plural,

permitiendo la formación libre y racional de la opinión pública (Caso Ronald Adrian Arenas Córdova, 2013).

Así mismo, establece que el derecho de expresión e información, aun cuando uno nace del otro, ambos se configurarían como derechos independientes; estableciendo así que Mediante la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir. En cambio, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018). Esto ratificaría la línea interpretativa que va siguiendo el Tribunal constitucional desde hace algunas décadas y en esa misma línea señala que:

Este Tribunal tiene establecido también que por su propia naturaleza los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son estrictamente subjetivos y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad. Ello contrasta con lo que sucede con la información o hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

El tribunal constitucional también señala que la libertad de información garantiza, de acuerdo al derecho internacional, un complejo haz de libertades, las cuales comprende a la libertad de buscar, recibir y difundir información veraz. Así mismo establece que la libertad de información tutela tanto a los que reciben información como a los que deberían recibirla. Así, señala que, desde una dimensión colectiva, el derecho a la libertad de información garantiza *“(...) el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública, en consecuencia, no sólo al*

*informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información” (Caso caja rural de ahorro y crédito de san martín, 2002).*

En consecuente lógica, el tribunal determina que el derecho a la libertad de información guarda estrecha relación con la opinión pública y por consecuencia con el sistema democrático, es así que citando anterior jurisprudencia señala que:

La Constitución peruana protege la comunicación sin trabas de la información y de pensamiento. (...). Dicha protección incluye el derecho a la preparación, elaboración, selección y difusión de la noticia. La libertad de expresión y de información representa un valor básico político, pues es herramienta de control de los gobernantes y previene y detiene las arbitrariedades del poder. Más aún, su constitucionalización corresponde principalmente a tal finalidad. También corresponde a esa finalidad, el sitio privilegiado que ocupa entre los derechos fundamentales, y es por eso que toda limitación impuesta por el gobernante a su ejercicio, debe interpretarse restrictivamente (Exp. 02-2001-AI/TC, 2001).

En un diferente punto, respecto al contenido de la información difundida, el tribunal constitucional, en su fundamento 64 de la sentencia en comento, señala que:

La información suministrada no debe estructurar los debates de relevancia social orientando o favoreciendo ciertos puntos de vista, al menos en aquellos supuestos en los que no se advierte, por el ejercicio de las libertades comunicativas, la vulneración de algún derecho o principio constitucional. La posibilidad de que las personas se forjen un juicio sobre la comunidad y sus propios proyectos de vida no debe habilitar a la autoridad estatal a que, mediante mecanismos directos o indirectos, haga prevalecer una sola noción de lo correcto o lo justo a la ciudadanía (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

Ahora, en el fundamento 67 y siguientes se señala un tema relevante para la presente investigación, dado que se dice que:

(...) no deberían ser cuestionadas aquellas actividades en las que el Estado busca mantener informada a la colectividad sobre aspectos vinculados con la historia o cultura nacional, o, en general, sobre aquella información que es desatendida por el sector privado por no ser rentable y que, sin embargo, resulta de importante divulgación para la sociedad. Esto ocurre

porque los medios de comunicación privados, al momento de informar, actúan también como empresarios, y no necesariamente direccionan su accionar con el propósito exclusivo de brindar distintos puntos de vista sobre los asuntos públicos a la ciudadanía, lo cual, es importante decirlo, se ampara también en distintos derechos reconocidos por la Constitución. Por tanto, al verse disminuida la cantidad y calidad de la información que recibe la sociedad, se restringe, en algunos escenarios, el derecho a la participación política de las personas (...). A juicio de este Tribunal, en la práctica, el desconocimiento de la población sobre qué ocurre y, en consecuencia, de qué debe fiscalizar o no, resulta tan peligroso como la imposibilidad fáctica de hacer esto último (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

En dichos fundamentos el Tribunal Constitucional reconoce la actualidad que se vive dentro del tipo de servicios de brindan las empresas de radiodifusión; razón por lo cual entiendo que el Tribunal vería con buenos ojos cualquier política relacionada a la difusión de la cultura, cuando menos nacional.

## **5. De la libertad de información y el test de proporcionalidad**

Resulta trascendente este punto en el sentido que se realiza un test de proporcionalidad al derecho de a la libertad de información. Es así que el tribunal constitucional empieza delimitando el contenido del derecho fundamental presuntamente afectado (libertad de información), del cual señala que:

La libertad de información no solo tiene una dimensión individual, sino también una dimensión colectiva o social, lo que implica que la sociedad, en su conjunto, tiene el derecho a recibir información. En efecto, el desarrollo de la "opinión pública" -expresión que hace referencia al fenómeno social que se materializa a través del conjunto de opiniones y creencias de la comunidad- requiere de fuentes de información que se divulguen libremente, a fin que puedan llegar al conjunto de la sociedad (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

Dentro del mismo acápite se hace referencia a ciertas estadísticas que resultan relevantes para la presente investigación dado que demostrarían un problema en lo que respecta a la difusión de la información, es así que se señala lo siguiente:

105. (...) solo el 50.1% de la población de 6 y más años de edad del país accede a internet (Informe Técnico, Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, No. 4, diciembre 2017, p. 9). En este documento se aprecian diferencias en el uso de internet entre áreas rurales y urbanas, así como respecto de la población con educación primaria y la que cuenta con educación superior universitaria.
106. El INEI también ha subrayado que, en zonas rurales, solo el 15.2% accedió a internet en los meses de julio, agosto, y setiembre de 2017. Por su parte, el 19.8% de los ciudadanos con educación primaria accede a internet, mientras que el 91.3% de la población con educación superior universitaria lo hace.
107. Debe precisarse que no es solo la falta de utilización o la brecha existente en la implementación de las tecnologías necesarias para poder utilizar los medios digitales y redes sociales la única barrera existente. Aun en contextos en donde existe conectividad suficiente, hay ciertos sectores de la sociedad a los que les resulta muy difícil acceder a estos medios.
108. Ya en la Sentencia 0002-2001-AIITC este Tribunal se pronunció sobre los factores culturales que limitan el acceso a internet. En dicha ocasión se dijo que:  
  
(...) el acceso a internet exige un mínimo de aprestamiento técnico o capacitación del que carecen aún grandes sectores de la población peruana, teniendo en cuenta a tal efecto el predominante "analfabetismo informático" del que ésta aún padece.
109. Aunque dicha resolución fue emitida hace 17 años, aquel "analfabetismo informático", si bien se ha reducido, aún persiste significativamente, de conformidad con las cifras del propio INEI (Encuesta Nacional de Hogares, ver cuadro sobre población de más de 6 años de edad que hace uso de internet, según ámbito geográfico, 2007-2016). De esta forma, argumentar que la difusión de la publicidad estatal pueda realizarse por redes sociales o por todos aquellos medios que implican el uso del internet implicaría, sobre todo en el caso peruano, contar con un derecho o una libertad sin sustrato; es decir, que se tiene formalmente el derecho a obtener información, pero esa fuente será completamente inaccesible para

el ciudadano. La libertad de información también genera la exigencia para el Estado de no imponer obstáculos que desalienten o impidan el libre flujo de datos relevantes para la sociedad.

110. Respecto a la cobertura e índices de audiencia de los medios de comunicación estatales, el Poder Ejecutivo advirtió que TV Perú cuenta con una audiencia muy reducida (3%) en comparación con la audiencia televisiva de los medios de comunicación privados (97%) (Expediente 0013-2018-PFTC, fojas 19). Lo mismo ocurre, aunque en menor escala, con la audiencia radial, en donde el 72% de esta opta por medios de comunicación privados (Sentencia 0013-2018-PUTC, fojas 19).
111. Del mismo modo, estudios sobre audiencia radial en el Perú efectivamente detallan que las radios privadas son las más escuchadas, tanto el sector urbano y rural. En contraste, Radio Nacional no solo no estaría dentro de las cinco radios más escuchadas, sino que su audiencia radial no superaría el 2.3% del universo de oyentes. Y en la zona rural, no superaría el 1.1% (ver CPI, Marketreport, No. 2, abril 2018 y Marketreport, No. 7, julio 2018).
112. Todo lo expuesto tiene un efecto significativo en la difusión del mensaje transmitido mediante publicidad estatal. Y es que si se llega a menor público el mensaje tendrá menor efectividad, con las serias consecuencias que ello puede acarrear para el ciudadano, pues en muchas oportunidades la información suministrada le permite encontrarse informado respecto de distintas políticas de Estado, lo cual no solo le permite poder acceder a ellas, sino también criticarlas. Este dato es aún más relevante si es que se advierte que la cobertura de otras fuentes de información no tiene el mismo nivel de alcance que aquellos que se realizan mediante publicidad estatal institucional, y, por ende, no alcanzan su misma cobertura” (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

Como podemos observar, en estos fundamentos se hace un correcto y detallado análisis de la situación actual que se vive en el Perú, donde el acceso a las Tecnologías de la información y comunicación aún sufre una gran brecha y limitaciones tanto físicas geográficas como de las mismas capacidades de las personas a las cuales podrían beneficiar, es en este contexto

donde la televisión y la radio ganan espacio y ventaja respecto al internet, y en donde el compromiso y obligaciones sociales de las empresas de radio y difusión deben tomar acción.

Siguiendo con el test de proporcionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, este nos señala este test o examen está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con ese criterio, el tribunal señala que se analizará si es que la ley cuestionada tiene un fin constitucional, si es idónea para realizar dicho fin, si no existen otras medidas que, pese a ser igualmente idóneas, sean menos gravosas para la libertad de información; y, finalmente, si la intervención en la libertad de información es menos intensa que la realización del fin constitucional perseguido por la ley impugnada.

Respecto al subcriterio de idoneidad el Tribunal determina que:

El objeto que persigue la ley impugnada es reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad. Y que, si bien la finalidad constitucional no ha sido especificada claramente por las partes, este Tribunal entiende que el principio constitucional que se pretende optimizar se encuentra comprendido dentro del ámbito del artículo 77 de la Constitución. Esto es, optimizar los criterios de ejecución eficiente para atender las necesidades sociales básicas del presupuesto de la república. Seguidamente el Tribunal debe determinar si es que existe una relación entre el medio y la finalidad perseguida. Es decir, se debe responder a la pregunta de si las medidas propuestas en la ley cuestionada realmente pueden cumplir con tal finalidad. Este Tribunal entiende que sí, pues con la prohibición absoluta de contratación por parte del Estado en medios de comunicación privados se ha reducido la posibilidad de arbitrariedad, discrecionalidad e ineficiencia en el gasto público en publicidad. Por lo tanto, se verifica una relación de medio-fin en la medida normativa impugnada (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

Una vez determinada la idoneidad, el tribunal sigue con el subcriterio de necesidad, respecto del cual señala que el criterio de necesidad implica la presencia de dos sub-fases: (i) determinar la presencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida; y (ii) una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene.

El tribunal determina respecto a la primera fase que la ley en cuestionamiento es una medida sin similares dentro de la normatividad peruana salvo determinadas excepciones, por lo que se supera dicha fase; respecto a la segunda fase señala que al no encontrarse una medida al mismo nivel de prohibición que la norma en cuestión, la segunda fase también sería superada.

En este punto el Tribunal Constitucional señala que es necesario ingresar un nuevo criterio dentro del test de proporcionalidad a razón de que existe un importante grado de aflicción de un derecho fundamental, es por ello que analiza algunas medidas alternativas aun cuando no sean igualmente idóneas a la ley impugnada. Es por que señala que, pese a la singularidad de la ley en cuestión, ello no implica que no existan medidas alternativas que permitan restringir la arbitrariedad del gasto público en publicidad. En esa misma línea lógica el tribunal se pregunta si es que existen otras medidas menos gravosas para la libertad de información y que a la vez permitan reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal. En tan sentido, dicho tribunal determina que si existen medidas alternativas como medidas de fiscalización o con la introducción de límites al financiamiento lo cual permitiría reglamentar el uso y control del gasto público en publicidad. Es por esto que, a razón de que existen estas medidas alternativas el tribunal resuelve que la ley impugnada no supera el subcriterio de necesidad y por consecuencia al existir medidas alternativas que permiten garantizar la finalidad perseguida por el legislador -consistente en controlar la regularidad de la contratación por parte del estado de publicidad- publicidad-, y que afectan de manera grave el derecho a la información de la población, el tribunal declara inconstitucional la ley impugnada.

### **CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DE EMISIÓN DE PROGRAMAS CULTURALES**

#### **1. Proyecto de ley 03465/2013-CR**

La búsqueda por regular la inclusión de programas culturales en la televisión peruana no es nueva, es así que con fecha 7 de mayo del año 2014 se presenta el proyecto de ley N° 3465/2013-CR (Proyecto de ley de promoción y difusión de la programación cultural a través de la televisión de señal abierta); dicho proyecto de ley tiene por objeto la promoción y difusión de la programación cultural a través de la televisión de señal abierta, que permita complementar la formación moral y cultural de los niños y adolescentes. Así mismo el proyecto de ley establece la modificación a la quinta y octava disposición complementaria final de la Ley de Radio y televisión, las cuales buscarían que la integre dentro de la franja educativa un mínimo de 2 horas de programación cultural, educativa y moral diaria al horario comprendido entre las 15:00 y 20:00 horas; pero en forma contraria también establece que la producción nacional con contenido cultural, educativo y cultural podrá transmitirse entre las 5:00 y 20:00 horas. Este proyecto también dispondría que el incumplimiento del mismo sería considerado como falta grave por lo cual se le aplicaría lo establecido en el artículo 82 de la ley de radio y televisión.

##### **1.1. De la exposición de motivos**

La iniciativa legislativa encuentra sustento en el artículo 14 de la constitución, la cual señala que los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural. Así mismo, señala los artículos 4 y 33 de la Ley de Radio y Televisión, la cual menciona las finalidades del servicio de radiodifusión y el deber de las empresas de radiodifusión de contribuir a proteger los derechos fundamentales de las personas.

También se hace mención a la necesidad pública de cultura y al rol que ocupan los medios de comunicación en la formación de adolescentes y niños en el territorio peruano; así mismo, señala que la difusión de programas culturales atendería las necesidades de públicos más

vulnerables. Dado el interés público de cultura, interpretan los autores del proyecto de ley, no se estaría vulnerando el principio de libertad de empresa en el País mediante dicha normativa; además, señala que la normativa responde a una falta de cumplimiento por parte de las empresas de radiodifusión en transmitir la cultura, señalando que solo el canal nacional (TV Perú) sería el único que transmite programación cultural.

Por otro lado, los autores del presente proyecto agregan que, en países como Chile, Gran Bretaña y Francia ya contarían con normas que busquen la difusión de la cultura o la identidad mediante los medios de radiodifusión; y que, del Informe del Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes el Perú ocuparía el penúltimo lugar, siendo trascendente la elaboración de políticas educativo-culturales que busquen atenuar el problema, aun cuando esta no sea la solución más idónea.

Resulta interesante acotar que del análisis costo/beneficio realizado por los autores de este proyecto, señalan que la aprobación de una ley de difusión de la cultura y educación mediante programas televisivos o radiales no generaría ningún gasto público.

## **1.2. Dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del congreso.**

El 11 de diciembre del año 2014 se obtiene el dictamen sobre el proyecto de ley en comento, por parte de la Comisión de Transportes y Comunicaciones, el cual señalaría lo siguiente:

### **1.2.1. Análisis técnico**

Desde un aspecto técnico, la comisión señalaría que la televisión cumple un rol de fuente efectiva para formación de niños y adolescentes. Haciendo así referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente, en el cual se establece que los Estados parte, reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y que velan por que el niño tenga acceso a una información y material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual, moral, salud física y mental. En tal sentido los estados parte

alentarían a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño. Así mismo, se señala que, en la Ley General de Educación, se establecería que los medios de comunicación social deben contribuir a la formación ética, cívica, cultural y democrática de la población mediante la difusión de contenidos que respeten a la persona humana y su dignidad, aunque se establezca que dicha medida se garantizaría mediante el reconocimiento de tal deber dentro de sus códigos de ética.

Respecto a los servicios de radiodifusión se señalaría que estos son servicios privados de interés público. Además, se señalaría que los medios de comunicación social ocupan un espacio importante dentro de la sociedad dado que se configuran como las principales fuentes de información, entretenimiento y formación cultural, y por consecuencia tienen una gran responsabilidad y deber de colaborar con la educación y la formación cultural y moral de la población más allá de solamente satisfacer requerimientos de patrocinadores y anunciantes.

Por otra parte, la comisión señala que las empresas de radio y televisión vienen incumpliendo las disposiciones finales quinta y octava de la ley 28278 (Ley de Radio y Televisión) razón por la cual deben hacer precisiones en la norma. Así mismo, señala que de las atribuciones del CONCERTV, se estaría limitando y debilitando las facultades que tiene el Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto a su rol como garante del cumplimiento de las obligaciones de la ley 28278. A dicha problemática la comisión plantea que se busque la modificación a la composición de dicho consejo, dado que este estaría conformado en su mayoría por instituciones privadas, las cuales no estarían dispuestas a limitar sus propios intereses antes que el bien público. Por lo cual se pretende incluir dentro del CONCERTV a un representante del Ministerio de Educación, uno del Instituto de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual, un representante más de la asociación de usuarios y finalmente proponen reducir solo a uno al representante de los titulares de autorizaciones de servicios de radiodifusión sonora, de televisión comercial y televisión educativa.

Dentro de un marco de legislación comparada, la comisión toma referencia países como Gran Bretaña, donde todos los canales estarían obligados a cumplir un rol de servicio público y se les exige la transmisión de dos horas a la semana de documentales, 30 minutos de arte y 3 horas de programas educativos. También se toma en cuenta Francia, donde la regulación estaría orientada a fortalecer y promover una suerte de identidad francesa. El caso de

Venezuela, donde existe una Ley de Responsabilidad Social, el cual definiría a los programas educativos y culturales como aquellos que están dirigidos a la formación integral de los usuarios y usuarias en los más altos valores del humanismo y la diversidad cultura, así como en los principios de la participación protagónica del ciudadano en la sociedad y el Estado, en este país además se establecería que serían siete horas diarias las destinadas a la producción nacional, de las cuales cuatro deberían dar prioridad a la transmisión de programas culturales y educativos e informativos. Por otra parte, se tendría países como Canadá y Estados Unidos donde no existe la definición de programa cultural, aunque en Canadá si se exigiese un 60% de programación nacional. Finalmente mencionan a Colombia, donde se considera programación cultural a todo aquel contenido destinado a elevar el desarrollo humano o social, fortalecer su identidad cultural o propender a la conservación de la democracia y convivencia nacional; aunque no se habría normativizado la obligatoriedad de este tipo de emisiones televisivas o radiales.

### **1.2.2. Análisis del marco normativo y efecto de la vigencia de la norma**

En el análisis normativo, la comisión señala que el proyecto de Ley bajo comentario, se encontraría acorde con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución, las diferentes disposiciones de la Ley de Radio y Televisión, así como con la Ley 28044 (Ley General de Educación) y la Ley 29571 (Código de Protección y Defensa del Consumidor). Dentro de los efectos que podría ocasionar la aprobación del proyecto de ley, la comisión señalaría que esta permitiría que los receptores del servicio de radiodifusión que son los niños y la comunidad en general sean atendidos adecuadamente en sus derechos y además sería una norma complementaria de la existente.

Si analizamos el anterior análisis hecho por la comisión, encontraríamos que se olvida de mencionar los posibles conflictos que ocasionaría con los derechos a la libertad de empresa y los derechos comunicativos, problemas que deberían debelarse para evitar una posible acción de inconstitucionalidad en contra de esta norma.

### 1.2.3. Del análisis sobre las opiniones recibidas

La presente comisión solicitó y recibió las opiniones del Ministerio de economía y finanzas y el Ministerio de cultura; las cuales señalaron respectivamente que al establecerse una emisión de programas de contenido cultural y educativo de dos horas de duración entre las 15:00 y 20:00 horas restringiría la fuente de ingresos de los distintos medios de comunicación, pudiendo finalmente impedir la permanencia de sus actividades y, consecuente, su concurrencia en el mercado; así mismo el Ministerio de Economía y Finanzas le señalaría a la comisión que la propuesta de ley es innecesaria dado que la Ley de Radio y Televisión ya recogería dicho objeto. Por otra parte, el Ministerio de Cultura les recomienda o sugeriría el establecimiento de una franja educativa en la que se involucren a todos los niños y adolescentes de acuerdo a sus horarios de estudio y de conformidad con la realidad educativa.

A razón de lo anteriormente expuesto es que la Comisión de transportes y comunicaciones recomendó la aprobación del proyecto de Ley 3465/2013.

Actualmente el proyecto de ley aún no ha sido aprobado o discutido en el pleno del congreso, siendo el 2 de octubre del 2018 cuando ha sido decretado y recibido en la Comisión de Constitución y Reglamento para su análisis. Al respecto debo señalar que dicha iniciativa es buena pero que carece de un análisis suficiente; el demandar a las empresas de radiodifusión una emisión de 2 horas diarias en horarios de alta audiencia podría poner en peligro la autonomía económica de las dichas empresas. Además, recordemos que no nos brinda ningún significado de lo que debiese considerarse como programa cultural y fundamenta su propuesta a razón de diversas regulaciones de distintos países. Nuestro país es único, como todos los otros, y tiene sus propias características y matices a nivel social y normativo, es por esto que el cumplimiento de las normas también obedece a características propias de nuestra cultura. El desarrollo implica avanzar en base a razones y necesidades, estando ya en un punto donde las empresas de radiodifusión han logrado un estado de solidez y auto-solvencia es momento de demandar más colaboración con el desarrollo humano y social, y cabe preguntarse así mismo cual debe ser el rol social idóneo de las empresas de radiodifusión,

siendo que en la constitución ya existe un camino predeterminado en cuando al rol que dichas empresas deben cumplir, es hora de materializar dicho mandato pero sin iniciativas con sustentos que solo buscan importar libertad sin reflexión.

## **2. De los aspectos a tomar en cuenta en la regulación de la emisión de programas culturales**

Para el desarrollo del presente título se tomará en cuenta todo lo que ya se ha venido exponiendo en relación a lo que significa el acceso a la cultura y medios de comunicación. Así mismo deberá tenerse en cuenta que los programas culturales encontrarán sus límites tanto en instrumentos internacionales como en los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución, tal es el caso de los derechos comunicativos y de los derechos a la libertad de empresa e iniciativa privada.

### **2.1. Definición del contenido de un programa cultural**

El contenido del programa cultural será determinado por la significación de cultura dada en el presente trabajo de investigación, es así que un programa cultural será todo aquel que guarde un contenido de emisión sobre un conjunto de conocimientos que permita a alguien desarrollar su juicio crítico o reflexión. Podremos agregar también que esos conocimientos deben estar relacionados con el contenido que le brindan diferentes dispositivos internacionales como normas nacionales, los cuales señalarían que cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

### **2.2. Duración de los programas culturales**

El tema del tiempo de duración de los programas culturales es muy ambiguo, las emisiones de programas o películas en televisión suelen tener una duración de entre 30 minutos a 120 minutos, mientras que en la radio suelen ser de más duración, llegando incluso a las 3 horas. Además, debemos comprender que establecer una duración fija acarreará consecuencias directas dentro de las empresas de radiodifusión y su mercado, por eso la intervención no debe ser de modo alguno invasiva. Es decir, aun si la constitución y los instrumentos internacionales fija que las empresas de radio difusión juegan un rol importante en el desarrollo de la sociedad y el hombre, no se debe emplear políticas abusivas que puedan poner en riesgo el mercado de los medios de comunicación a efectos de no afectar su propia auto-existencia. Considero que se debe empezar con una programación mínima de 7 horas semanales a efectos de que las empresas puedan gestionarlo y dividirlos a sus propios intereses. Una división de estas horas en cada día de la semana daría como resultado un mínimo de 30 minutos diarios de programación culturales en los hogares peruanos.

### **2.3. Horario de transmisión**

La ley 28278, ley de radio y televisión, establece un horario familiar que se comprende de las 6 a las 22:00 horas, pero no es suficiente o resultaría por lo menos ineficiente el dejar a las empresas de radio y televisión el determinar a hora dentro del horario familiar se deba de transmitir su emisión de programa cultura. Soy de la opinión que determinar un horario fijo es ineficiente e insustentable, por esta razón es que considero que los programas deban transmitirse dentro de las horas de alta audiencia propias de cada emisora radial o televisiva; y además que se de preferencia a horarios en los cuales la mayor cantidad de niños y adolescentes tengan mayor disponibilidad de acceso.

## **3. De la aplicación del test de proporcionalidad a la propuesta normativa de la presente tesis como principal fundamento lógico jurídico a mí propuesta normativa**

### **3.1. Libertad de empresa e iniciativa privada y acceso a la cultura**

Antes de empezar con el test habría que señalar los siguientes datos. Primeramente, que el argumento destinado a justificarse en que el estado ya cuenta con medios por los cuales puede dirigir sus políticas de difusión de cultura, educación y moral no es válido, en razón que el artículo 14 de la constitución no hace ninguna distinción entre los medios de comunicación social. Adicionalmente habría que señalar que la audiencia peruana prefiere medios de comunicación privados, llegando este a tener 97% de audiencia, en comparación a un 3% de audiencia de TV Perú. De la misma forma, al tratarse de la de la radio, donde la audiencia de Radio Nacional no supera el 2.3% del universo de oyentes (Caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 2018).

Lo expuesto anteriormente debe llevarnos a señalar que resulta necesario hacer valer el artículo 14 de la constitución a fin de materializar la contribución por parte de las empresas privadas de radiodifusión en la formación cultural, moral y educativa en el País.

Habiendo determinado la importancia de las empresas de radiodifusión en el País, debe determinarse si estas ya se encuentran colaborando con la difusión de la cultura. Por lo que deberá tenerse en cuenta que los canales con más cobertura en el País son TV Perú, ATV, América TV, Latina y Panamericana (debemos descartar a TV Perú dado que aun cuando este tiene la mayor cobertura a nivel nacional, su audiencia no supera el 2.3%) (Compañía peruana de estudios de mercados y opinión pública s.a.c., 2018). Por otro lado, tenemos que, en materia de audiencia radial, el 89,6% de personas mayores de 11 años escuchan radio en un promedio de 21 horas a la semana o de 3 horas diarias; además, las emisoras más escuchadas son Radio Programas del Perú (25.2%), Moda (16%), La Karibeña (15%) y Nueva Q (13.1%) (Compañía peruana de estudios de mercado y opinión pública S.A.C., 2018).

Respecto a ATV, encontramos que su programación semanal, dentro del horario familiar, de lunes a viernes se transmiten los siguientes programas: ATV Noticias edición matinal, Mujer: casos de la vida real, Segunda opinión, Teresa, Amores verdaderos, Un refugio para el amor, Destilando amor, Amar es primavera y Combate; los sábados: Canto Andino, Chespirito, Mujer: casos de la vida real, Como dice el dicho, Aletra Cobra IX, Agentes de shield, Cine Sábado y Día 6; mientras que los domingos se transmite: Canto Andino, Chespirito, Mujer: casos de la vida real, Como dice el dicho, Alerta Cobra IX De película, Agentes de Shield,

Gran Premiere y Nunca más. De los programas anteriores ninguno tiene una finalidad cultural.

Respecto Latina tenemos que de lunes a viernes transmiten los siguientes programas: 90 matinal nacional, 90 Matinal, En casa, Caso cerrado, La mujer en el espejo, 90 Mediodía, Caso cerrado, Válgame Dios, Tengo algo que decirte, Caso cerrado, 90 Central, Amor à Vida; los sábados: El wasap de JB, 90 sábados, Espectáculos, Los animales me importan, Caso cerrado, Amor à Vida – Resumen, Clásicos animados, Función estelar, Los reyes del playback y El wasap de JB; mientras que los domingos se transmite: 90 Dominical, Reporte semanal, Los animales me importan, Bravazo, Cine Plus, Cine explosivo, Reporte semanal, El wasap de JB y Punto final; de los cuales ninguno se transmitiría con una finalidad netamente cultural.

Por último, respecto América TV, tenemos que de lunes a viernes transmiten: América noticias (primera edición), Tenías que ser tú, La gata, América noticias (edición mediodía), En boca de todos, Al fondo hay sitio, Me declaro culpable, La rosa de Guadalupe, Esto es guerra, De vuelta al barrio y Mi esperanza; los sábados se transmite: Especiales AméricaAmérica noticias - Edición Sabatina, Estás en todas, Cinescape, El Chavo, Solamente milagros, La rosa de Guadalupe, La previa, El reventonazo de la Chola y El artista del año; mientras que los domingos se transmite: Estás en todas, América noticias: edición dominical, Domingo al día, TEC, El Chavo, Cine, La rosa de Guadalupe, Mi mamá cocina mejor que la tuya, Cuarto poder. Ninguno de los anteriores programas tampoco guardaría un contenido ni finalidad cultural.

Por otro lado, dentro de las empresas radiales analizaremos la programación emitida por las que tienen mayor audiencia, tales como Radio Programas del Perú, Moda y Karibeña. Respecto a Radio Programas del Perú encontramos que de lunes a viernes se transmite: la rotativa del aire, ampliación noticias, encendidos, fútbol como cancha, los chistosos, sin vueltas y conexión; los sábados se transmite: la rotativa del aire, ampliación de noticias, enfoque de los sábados, diálogo de fe, familia punto com, cuidando tu salud, en escena y a todo gol; mientras que los domingos se transmite: la rotativa del aire, ampliación noticias, domingo es fiesta, la divina comida, letras en el tiempo, a todo gol y buscapersonas. Sinceramente encuentro contenido de muy alta calidad y diverso en lo que sería esta emisora

de radio, podría considerar que su programa de letras en el tiempo ciertamente tiene un contenido cultural en la esfera de las artes y letras, pero es un programa que solo se transmite 2 horas a la semana, siendo los demás programas de contenido informativo noticioso o deportivos.

Respecto a radio Moda, encontramos que su programación de lunes a viernes es: Yo te levanto, el show de carloncho, Luigi flow y jojojonathan; los sabados transmitirían: Luigi flow, el ranking de la semana, el show de carloncho, fin de semana con moda y moda estrenos; mientras que los domingos se transmitiría: domingo de moda, fin de semana con moda y el juergón de moda. No hay una descripción del contenido de sus programas, pero en su mayoría son de entretenimiento y musical, careciendo así de un contenido cultural en toda su programación.

Finalmente, respecto a karibeña tenemos que su programación de lunes a sábado es: el super show, la ruleta karibeña, los karibepedidos, la hora regalona, la selección de la cumbia, karibeña en vivo, tardes en el karibe, la ruleta karibeña, el ranking del día, la sabrosura karibeña la selección de la cumbia y noches en el karibe; mientras que los domingos se transmitiría: Rockola karibeña, domingos en el karibe, los karibepedidos, la hora regalona, el especial de orquesta papillón, colección de oro; aun cuando no hay una descripción de los programas de radio, estos son también en su mayoría de entretenimiento o musicales, sin ningún contenido cultural.

Con toda esta información respecto al contenido de los programas radiales o televisivos de las empresas privadas pasaremos a continuación con la aplicación del test de proporcionalidad en relación a los derechos ya enunciados.

Primeramente, como señalamos líneas atrás, deberemos determinar el contenido esencial de la libertad de empresa a fin de saber si alguno de estos contenidos va a ser objeto de restricción, de modo alguno no habrá razón de ser del presente análisis.

Respecto a la libertad de empresa el tribunal constitucional ha señalado que el contenido esencial de la libertad de empresa comprende tanto a la libertad de creación y acceso al mercado, como la libertad de organización, la libertad de competencia y de cese de

actividades (Caso Ludesminio Loja Mori, 2005). En el presente caso, cuando hablamos de la obligatoriedad respecto la emisión de programas culturales, hablamos del rol del estado y de las empresas de radiodifusión de emitir programas culturales. En tanto que la libertad de empresa comprende como contenido esencial las libertades antes señaladas, la norma de emisión de programas culturales no guardaría conflicto con la misma.

Por otro lado, respecto a la iniciativa privada, debe indicarse que esta comprende que: “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material” (EXP. N.º 02111-2011-AA/TC, 2013). Es en esta libertad donde nuestra propuesta normativa encontraría su mayor conflicto, dado que, si hablamos del desarrollo con autonomía plena del servicio de radiodifusión, no podríamos hablar de la emisión de programas culturales sin el consentimiento de los accionistas de la empresa de radiodifusión; pero el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“17. (...) esta faceta de la libertad (refiriéndose a la libertad de iniciativa privada) debe ser coherente con la garantía de posibilidades adecuadas de autorrealización para el ser humano en todos los ámbitos de su personalidad.*

*18. Por ello, el Tribunal ha enfatizado que esta libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco o modelo de Constitución económica que contiene la Ley Fundamental, sino como conformante de ella y, en particular, de la directriz que contiene el artículo 58 de la Constitución, según la cual la iniciativa privada “se ejerce en una Economía Social de Mercado” y que “Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”” (Caso Ley de Protección a la Economía Familiar, 2014).*

De lo anteriormente expuesto, podemos indicar que si podría existir un conflicto normativo entre derechos fundamentales; siguiendo con el análisis, lo que seguiría a continuación sería la aplicación del test de proporcionalidad a la norma restrictiva.

En primer lugar, se deberá analizar la idoneidad de la norma (o aporte normativo, en el presente caso); este sub-principio responde a la legitimidad del objeto de la norma y a la idoneidad del medio utilizado, deberemos indicar entonces que el acceso a la cultura es un derecho fundamental reconocido por el inciso 8 del artículo 4 de la Constitución Peruana; respecto a la idoneidad del medio utilizado podremos indicar que es deber del estado garantizar acceso y promocionar la difusión de la cultura en el País; así mismo, las empresas de radio difusión encuentra su deber de colaboración con el estado en materia de formación moral y cultural según el último párrafo del artículo 14 de la Constitución. Dados estos argumentos, la difusión obligatoria de programas culturales pasaría dicho examen.

En segundo lugar, tendremos que analizar la necesidad de la norma; es en este sentido que debemos indicar si existe alguna otra norma con el mismo objeto y de existir dicha norma analizar el nivel de injerencia en la restricción al derecho fundamental de la iniciativa privada. Cabe decir que la norma que proponemos es una modificatoria a una norma existente por lo cual podremos indicar que si existe una norma con el mismo objeto; respecto a si resulta más o menos gravosa podremos indicar que en la actualidad no existe emisión de programas culturales dentro de todas las empresas de radiodifusión, y esto a razón de que la norma que se busca modificar no cumple con su objeto. Motivo por el cual se requiere de una modificación del mismo, cabe señalar que en el Perú no existe una ley que imponga una cantidad de horas fijas que deban brindar las empresas de radiodifusión. Razón por la cual superaría este segundo examen.

En tercer y último paso del test, de acuerdo al subprincipio de proporcionalidad strictu sensu, debe analizarse el nivel de intensidades que guardan ambos derechos fundamentales, vale aclarar que las exigencias descritas en la modificatoria son exigencias mínimas de intervención en el desarrollo pleno de las actividades que realice la empresa, así mismo, dicha imposición se hace a todas las empresas de radiodifusión que se encuentren bajo la normativa de la ley 28278 y que lo que busca la modificatoria es promover la difusión de programas culturales dentro de un ambiente de libre competencia. Razón por la cual se estaría pasando también el último examen del test de proporcionalidad.

### 3.2. Libertad de expresión e información y acceso a la cultura

Respecto a la libertad de expresión e información debemos primeramente señalar cual es el contenido esencial del mismo; al respecto señalaremos lo siguiente: *“A nivel de la doctrina se distingue entre las teorías monista y dualista en materia de libertad de expresión. La primera incluye dentro de este derecho la difusión de ideas e informaciones, mientras que la segunda identifica un derecho en particular respecto a cada acción, según se trate de la difusión de ideas (a la que identifican como libertad de expresión) o la difusión de información (a la que identifican como libertad de información). La idea central detrás de la teoría dualista es remarcar que existen diferencias importantes entre la difusión de ideas y la difusión de información. Sin embargo, tales precisiones pueden hacerse al margen de plantear la existencia de una opción monista o dualista”* (Guerrero, 2010).

Respecto de estas libertades, el tribunal constitucional ha señalado su contenido esencial diciendo que:

*(...)mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz(...)* (Caso Ronald Adrian Arenas Córdova, 2013).

Para el caso en abstracto de la presente investigación, la denominada libertad de información debe entenderse como la libertad de buscar, recibir o difundir informaciones, si bien lo que se buscaría es promover la difusión de información o su democratización, al establecer una definición a que debería entenderse por contenido cultural dentro de una emisión radial o televisiva presiento que se estaría entrando en conflicto con la vertiente de la libertad de difundir información, dado que se está imponiendo una definición y por consecuencia no se entenderá por cultura a cualquier contenido distinto. Por tal motivo encuentro necesario aplicar el test de proporcionalidad en el sentido anteriormente expuesto.

En primer lugar, respecto a la idoneidad de la norma podemos indicar que cualquier restricción a las libertades de expresión o información deben hacerse mediante dispositivos con rango de ley, además que para garantizar no solo el acceso a la cultura sino el cumplimiento real de difusión de cultura por parte del estado y colaboración de los medios de comunicación en dicho fin, resulta necesario predeterminar una definición a lo que debiese entenderse como contenido cultural. Así mismo el medio utilizado tendría una función de optimizar el fin del estado en garantizar el acceso a la cultura.

En un segundo lugar, respecto a la necesidad de la norma, debe señalarse que, si bien existe en nuestra legislación la adopción de la definición de cultura dada por instrumentos internacionales, no existe norma que señale en específico que debe entenderse por una emisión radial o televisiva con contenido cultural.

Finalmente, respecto de la proporcionalidad en sentido estricto deberá analizarse el si el fin de establecer una definición a lo que sería un contenido cultural dentro de una emisión televisiva o radial cumple con garantizar el acceso a la cultura y el nivel de afectación a la libertad de difundir información. Como hemos visto, las empresas de radio difusión juegan un papel importante en nuestra sociedad como medios de influencia masiva, la difusión por medio de ellos no solo garantizaría el acceso a la información cultural, sino que democratizaría esta clase de conocimiento. Además, el concepto de contenido cultural sigue los parámetros internacionales de que debe entenderse por cultura, por lo cual se estaría dando uso a dichos instrumentos en cumplimiento de compromisos internacionales pactados por el Perú.

Por otro lado, respecto a las restricciones a la libertad de expresión pueden hacerse de dos formas: a) prohibiendo la emisión de un determinado discurso (restricciones sobre el contenido) o; b) regulando la forma, tiempo, lugar o medio en que puede ser transmitido (restricciones neutras). Considero que no estaría prohibiendo la emisión de ningún discurso, por lo contrario, la modificatoria a la normativa actual se orientaría a diversificar el contenido de las emisiones en los medios de comunicación. En contrario, respecto a las restricciones neutras si es cierto que se pretende regular la forma y el tiempo en que sería emitidos este tipo de programas culturales, pero no un sentido prohibitivo, sino de optimización de la

emisión de dichos programas. Aun así, considero debe realizarse el análisis de proporcionalidad en razón a la posible afectación a esta esfera de este derecho fundamental.

En primer lugar, respecto a la idoneidad de la norma debemos señalar primeramente su legitimidad, seguido de la idoneidad del medio utilizado. Debemos indicar al igual que en líneas atrás que el acceso a la cultura es un derecho fundamental reconocido por el inciso 8 del artículo 4 de la Constitución Peruana y respecto a la idoneidad del medio utilizado podremos indicar en principio que la norma que se pretende modificar tiene rango de ley y que además es deber del estado garantizar acceso y promocionar la difusión de la cultura en el País. Dados estos fundamentos la norma superaría el examen de idoneidad.

En segundo lugar, debemos analizar la necesidad de la norma. Al respecto podemos indicar que si existe una norma con el mismo objeto pero que esta no cumple con su finalidad; en el sentido con la injerencia en la restricción al derecho fundamental de libertad de expresión podríamos indicar que esta primera norma si resulta menos gravosa, dado que no desarrolla un cumplimiento efectivo de la misma, sin definir una cantidad de horas y un horario en específico las empresas de radio difusión no se verían obligadas a transmitir, en estricto, programas culturales, y si lo hiciesen lo harían en horarios en los cuales no tenga un impacto real en la sociedad. Razón por la cual considero que se superaría este sub-principio de necesidad.

Finalmente, deberá analizarse la proporcionalidad en sentido estricto de la modificatoria; es decir, responder a la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental. Al establecer una cantidad de horas mínimas de transmisión y un horario preestablecido, si bien se afecta el derecho a la libertad de expresión de las empresas de radio difusión, también se estaría garantizando el derecho fundamental de acceso a la cultura de todo peruano; en respuesta primero al deber del estado de difundir la cultura y en segundo al compromiso de las empresas de radiodifusión de colaborar con la formación moral y cultural de la persona humana en el Perú. Razón por la cual considero que la modificatoria también pasaría este tercer y último examen.

Por las razones antes expuestas, considero que existe una necesidad y una posibilidad normativa de contar con una modificación a la ley de radio y televisión a fin de poder regular la emisión de programas culturales en señal abierta, en cumplimiento de la constitución y en garantía del desarrollo humano y social en nuestro País.



## IV. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

### 1. Conclusiones

- 1.1. En una economía social de mercado debe garantizarse el libre desarrollo de la empresa privada desde una perspectiva inclusiva del mismo en el desarrollo de la persona y la sociedad a razón de la responsabilidad social empresarial.
- 1.2. Los derechos a la libertad de expresión, opinión, información y difusión del pensamiento no son libertades irrestrictas ni ilimitadas, encontrando así sus límites dentro del desarrollo y protección de los demás derechos fundamentales, tales como el de acceso a la cultura de la persona.
- 1.3. Un proyecto de ley que tenga por objeto la difusión y garantía del acceso a la cultura no se contrapone a los fines propios de la libertad de empresa o de los derechos comunicativos; superando así el test de proporcionalidad que podría efectuarse al respecto.
- 1.4. La cultura es un concepto amplio, razón por la cual toda interpretación a lo que debería ser el contenido de un programa cultural tendrá que realizarse siempre en beneficio de los consumidores o receptores de dichos programas.

### 2. Sugerencias

- 4.1. La materialización de derechos y deberes constitucionales mediante una norma legal debe garantizar el pleno desarrollo del mismo; es así que deberá modificarse el marco legal bajo el cual se desenvuelven las empresas de radio y televisión a fin de obtener mayores beneficios en lo que respecta al desarrollo de la garantía constitucional de acceso a la cultura en el País.
- 4.2. Resulta necesario verificar y reformular las potestades y facultades de la CONCORTV a fin de garantizar un organismo autónomo y con plenas facultades para el desarrollo idóneo y armónico entre la sociedad y las empresas de radiodifusión.

### 3. Propuesta normativa

La propuesta normativa consta de la modificación a la quinta disposición complementaria de la Ley 28278, ley de radio y televisión. Razón por la cual dicho artículo se modificaría en el siguiente sentido:

Actual:

QUINTA. - Franja Educativa

De conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política, los medios de radiodifusión colaborarán con el Estado en la educación y la formación moral y cultural, destinando un porcentaje mínimo dentro de su programación a estos contenidos, que será establecido por los propios radiodifusores (Ley 28278, 2005).

Modificatoria:

QUINTA. - Franja Educativa

De conformidad con el inciso 8 del artículo 2, el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión; y con lo establecido en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política, los medios de radiodifusión colaborarán con el Estado en la educación y la formación moral y cultural, razón por la cual los medios de radiodifusión destinarán un promedio de siete (7) horas semanales a la emisión de contenidos culturales dentro de horarios de alta audiencia, procurándose preferencia a horarios de alta disponibilidad de acceso a medios radiales y televisivos por niños y adolescentes.

Para cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior deberá entenderse como programa cultural a todo aquel que guarde un contenido de emisión sobre un conjunto de conocimientos que permita a alguien desarrollar su juicio crítico o reflexión. Entendiéndose como conocimiento a todo conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social, propios y la de otros, y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

Lo dispuesto anteriormente no entraría en conflicto con la emisión de programas con fines de desarrollo educativo o moral.



## V. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, E. Q. (Noviembre de 2004). AUTONOMÍA INSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES. *Serie Documentos de Trabajo n.º 14*, 54. Lima, Perú: Escuela de Administración de Negocios para Graduados.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. Recuperado el 27 de noviembre de 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Bastos Pinto, M., Calixto Peñafiel, I., Canales Cama, C., Cuno Cruz, H., Indacochea Prevost, Ú., León Florián, J., . . . Zarzosa González, C. (2012). *Diccionario de derecho constitucional contemporáneo* (PRIMERA ed.). Lima, Perú: El Búho E.I.R.L. Recuperado el 19 de 09 de 2019
- Calandria, A. d. (2005). *Ley de Radio y Televisión. Análisis y comentarios*. (J. Ampuero, Ed.) Octubre, Lima, Perú: Calandria.
- Chirinos Soto, E., & Chirinos Soto, F. (2010). *La Constitución: Lectura y Comentario* (6ta. ed.). Lima, Perú: RODHAS S.A.C.
- Comité de Derechos Económicos , S. (2 a 20 de Noviembre de 2009). Derecho a toda persona a participar en la vida cultural. *Observación General N° 21*. Ginebra, Romandía, Suiza.
- Comité de Derechos Económicos , S. (2 a 20 de Noviembre de 2009). Observación General N° 21. *Derecho a toda persona a participar en la vida cultural*. Ginebra, Romandía, Suiza.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2 a 20 de Noviembre de 2009). Observación general N° 21. *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas*. Ginebra, suiza. Recuperado el 29 de Noviembre de 2018
- Compañía peruana de estudios de mercado y opinión pública S.A.C. (2018). *Audiencia Radial total Perú: Urbano y Rural – mayo 2018*. Lima. Recuperado el 2 de 12 de 2018, de [https://www.cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr\\_total\\_peru\\_radio\\_audiencia\\_2018.pdf](https://www.cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_total_peru_radio_audiencia_2018.pdf)
- Compañía peruana de estudios de mercados y opinión pública s.a.c. (2018). *Cobertura y Calidad de Señal Televisiva y Radial - Nivel Nacional Urbano 2017*. Recuperado el 2 de 18 de 2018, de [https://www.cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr\\_cobertura\\_tv\\_radio\\_2017.pdf](https://www.cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_cobertura_tv_radio_2017.pdf)
- CONCORTV. (s.f.). *Nosotros CONCORTV*. Recuperado el 07 de Abril de 2018, de Consejo consultivo de radio y televisión - Perú: <http://www.concortv.gob.pe/nosotros/>

- Constitución Política del Perú; 30 de diciembre del 1993. *Sistema Peruano de Información Jurídica*. Recuperado el 2019 de 09 de 08, de SPIJ:  
[http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- CORONEL, A. M. (2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *GACETA CONSTITUCIONAL*(47). Recuperado el 27 de Noviembre de 2018, de  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga\\_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)
- CORONEL, A. M. (s.f.). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *GACETA CONSTITUCIONAL*(47). Recuperado el 27 de Noviembre de 2018, de  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga\\_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)
- Denegri, M. A. (30 de octubre de 2012). Obtenido de  
<https://www.youtube.com/watch?v=ZYjClazhKbk>
- Denegri, M. A. (28 de septiembre de 2013). *Youtube*. Obtenido de Youtube:  
<https://www.youtube.com/watch?v=OTT2wovDr6c>
- Denegri, M. A. (12 de abril de 2015). *YouTube*. Obtenido de YouTube:  
<https://www.youtube.com/watch?v=wkzLJRHyISk>
- Frisch, J. R. (2009). Economía social de mercado. *Economía Social de Mercado*(Elena Noboa Jiménez). (E. N. Jiménez, Ed.) Quito, Ecuador: Fundación Konrad Adenauer. Recuperado el 17 de 09 de 2018, de [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_5945-1442-4-30.pdf?120218212220](http://www.kas.de/wf/doc/kas_5945-1442-4-30.pdf?120218212220)
- García, A. S. (Mayo de 2012). Recuperado el 07 de Septiembre de 2018, de Universidad Nacional Autónoma de Mexico:  
[http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos\\_final/506trabajo.pdf](http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/506trabajo.pdf)
- Guerrero, L. A. (2010). *Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio* (Primera ed.). Lima: El Búho E.I.R.L.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Estadísticas de las tecnologías de la información y Comunicación en los Hogares, Informe técnico N° 04*. Informe técnico, Inei. Recuperado el 25 de Enero de 2018, de  
[http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-n04\\_tecnologias-de-informacion-jul-ago-set-2017.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-n04_tecnologias-de-informacion-jul-ago-set-2017.pdf)
- Ley N° 29571. (14 de 09 de 2010). Código de protección y defensa del consumidor. *Código de protección y defensa del consumidor*. Lima, Perú.
- Lima Consulting. (diciembre de 2017). Estudio sobre consumo Televisivo y Radial . *Estudio cuantitativo - Consumo Televisivo y Radio 2017*. CONCORTV.
- Orbe, R. C. (2008). *Diccionario de Ciencia Política* (5° ed.). Lima: AFA editores e importadores.

- Orbe, R. C. (2011). *La constitución comentada* (6ta. ed., Vol. II). Arequipa, Perú: ADRUS S.R.L.
- Orbe, R. C. (2011). *La constitución comentada* (6ta. ed., Vol. I). Arequipa, Perú: ADRUS S.R.L.
- Organización de Estados Americanos. (16 de Febrero de 1967). PROTOCOLO DE BUENOS AIRES. Argentina. Recuperado el 29 de Noviembre de 2018, de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-31\\_Protocolo\\_de\\_Buenos\\_Aires.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-31_Protocolo_de_Buenos_Aires.htm)
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado el 29 de Noviembre de 2018, de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/DECLARACION-UNIVERSAL-DE-DERECHOS-HUMANOS.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, San José, Costa Rica.
- RAE. (2017). *Diccionario de la lengua española* (23° ed.). (R. A. Española, Ed.) España. Recuperado el 25 de Marzo de 2018, de Real Academia Española Web site: [www.rae.es](http://www.rae.es)
- Resico, M. F. (Noviembre de 2010). Introducción a la economía social de mercado. (J. Timor, Ed.) Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 18 de 09 de 2019, de [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_21532-1522-4-30.pdf?101228210501](http://www.kas.de/wf/doc/kas_21532-1522-4-30.pdf?101228210501)
- Comité de solución de quejas de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión del Perú. Resolución N° 008 -2015/CSQ-SNRTV, Expediente 006-2014, Gustavo Gomez; 18 de agosto de 2015. Obtenido de <http://snrtv.org.pe/wp-content/uploads/2016/02/RESOLUCI%C3%93N-008-2015.pdf>
- Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, STC N.° 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2003).
- RUBIO CORREA, M. A. (2014). *EL SISTEMA JURÍDICO Introducción al Derecho* (Décima ed.). Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SACIO, J. M. (2011). *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional* (Primera ed.). Lima, Perú: El Búho E.I.R.L. Obtenido de <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/gconsti/publicaciones/adj-bib/Coleccion%20de%20jurisprudencia%20ordinaria%20de%20relevancia%20constitucional/Guiateoricopracticaparautilizarloscriterios.pdf>
- Safra, E. C. (2015). ¿PIEDRA EN EL ZAPATO O PIEDRA DE MOLINO? ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS. *Actualidad mercantil*(4), 43. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14955/15489>
- Sartori, G. (1998). *Homo videns: La sociedad teledirigida*. Buenos Aires , Argentina: Taurus.

SNRTV 2018. (s.f.). *Quienes somos: Sociedad Nacional de Radio y Televisión*. (G. W. Desing, Editor)  
Recuperado el 07 de Mayo de 2018, de Sociedad Nacional de Radio y Televisión:  
<http://snrtv.org.pe/quienes-somos/>

Sociedad Nacional de Radio y Televisión. (12 de Mayo de 2004). Estatuto de la Asociación Nacional de Radio y Televisión. Lima, Perú. Obtenido de <http://snrtv.org.pe/estatutos/>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Empresa de transportes y turismo pullman corona real S.R.L., 07320-2005-PA/TC, García Toma; 23 de febrero del 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Corporación Rey S.A, 01405-2010-PA/TC, Mesía Ramírez; 06 de diciembre de 2010. Obtenido de  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 4232-2004-AA/TC, García Toma; 03 de 03 de 2005.  
Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso caja rural de ahorro y crédito de san martín, Rey Terry; 14 de agosto de 2002.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso CARABAYA INVERSIONES Y FINANZAS S.A, 0072-2004-AA/TC, Gonzales Ojeda ;7 de abril de 2005. Obtenido de  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00072-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso colegio de periodistas del Perú contra Ley 26937, 0027-2005-PI/TC, García Toma; 20 de Febrero de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso de ley que regula el gasto de publicidad estatal, 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, Espinoza-Saldaña Barrera; 11 de octubre de 2018. Recuperado el 22 de noviembre de 2018

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Empresa de transportes y turismo pullman corona real S.R.L., 7320-2005-AA, García Toma; 26 de febrero del 2006. Recuperado el 07 de Abril de 2018

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República, 0004-2006-PI/TC, García Toma; 29 de Marzo de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON, 03343-2007-PA/TC, Vergara Gotelli; 19 de febrero de 2009).

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Ley de Protección a la Economía Familiar, 0011-2013-PI-TC, Urviola Hani; 29 de Agosto de 2014. Recuperado el 30 de Noviembre de 2018, de [http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/Sentencia\\_0011-2013-PI-TC.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/Sentencia_0011-2013-PI-TC.pdf)

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso ley universitaria, 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC, Urviola Hani; 10 de noviembre de 2015. Recuperado el 07 de octubre de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00014-2014-AI%2000016-2014-AI%2000019-2014-AI%2000007-2015-AI.pdf>

- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Ludesminio Loja Mori, 3330-2004-AA/TC, Alva Orlandini; 11 de julio de 2005.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Luis Nicanor Maraví Arias, 00034-2004-PI/TC, Alva Orlandini; 15 de Febrero de 2005.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Prudencio Estrada Salvador, 3362-2004-AA/TC, García Toma; 29 de Agosto de 2006.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso Ronald Adrian Arenas Córdova, 02976-2012-PA/TC, Urviola Hani; 2 de setiembre de 2013. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02976-2012-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Exp. 02-2001-AI/TC, Aguirre Roca; 4 de abril de 2001. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00002-2001-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Exp. 02111-2011-AA/TC, Urviola Hani; 16 de abril de 2013. Recuperado el 30 de Noviembre de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02111-2011-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso sobre la Inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258 - Ley de regalía minera., 0048-2004-PI/TC, Alva Orlandini; 01 de abril de 2005.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso JOSE MIGUEL MORALES DASSO y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, 0048-2004-PI/TC, Alva Orlandini; 01 de Abril de 2005.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Caso Proceso de Inconstitucionalidad contra el 2º párrafo del artículo 24 de la ley 28278, 00013-2007-PI/TC, Landa Arroyo; 13 de Julio de 2007.
- Tribunal Constiucional del Perú. Sentencia del caso Ludesminio Loja Mori, 3330-2004-AA/TC, Alva Orlandini; 11 de Julio de 2005.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 045-2004-PI/TC, Alva Orlandini; 29 de Octubre de 2005. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 00017-2008-AI/TC, Vergara Gotelli; 15 de junio de 2010. Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00017-2008-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 0023-2007-PI/TC, Mesía Ramirez; 15 de 10 de 2008. Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00023-2007-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 0025-2006-PI/TC, Landa Arroyo ; 10 de Septiembre de 2007. Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00025-2006-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 010-2002-AI/TC, Alva Orlandini; 03 de 01 de 2003.

Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 00012-1996-AI/TC, Acosta Sanchez; 24 de abril de

1997. Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00012-1996-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Pleno Jurisdiccional 00037-2009-PI/TC, Mesía

Ramírez; 23 de junio de 2010). Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00037-2009-AI.html>

Toleto, W. A., & Villicaña, A. M. (2013). Derechos de privacidad e información en la sociedad de información y en el entorno. *IUS*, 7(31), 258. Obtenido de <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/26/21>

Unesco. (02 de Noviembre de 2001). Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural.

*Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural*. Paris, Francia.

Velaochaga, H. T. (2008). Los organismos reguladores de los servicios publicos. (M. O. Castro, Ed.)

*Revista de derecho administrativo*, 89 - 106. Recuperado el 18 de 11 de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/14527/15137>

## ANEXOS

### I. Proyecto de Investigación

# UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

## FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Proyecto de tesis presentado por el  
bachiller en Derecho:

Fernando Marcio Aguilar Alvarez

Para optar el título profesional de:

Abogado

Asesor:

AREQUIPA – PERÚ

AÑO 2018

1. TEMA: Derecho de acceso a la cultura y empresas de radiodifusión.

2. TITULO:

“ANÁLISIS JURÍDICO AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA CULTURA EN SU RELACIÓN CON EL DEBER DE LAS EMPRESAS DE RADIODIFUSIÓN EN DIFUNDIR LA CULTURA EN EL PERÚ. AÑO 2018.”

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 1° de Octubre del año 2014, en la república de Chile, entró en vigencia su reglamento sobre la transmisión de programas culturales, norma a la cual tenían que acogerse tanto concesionarias de televisión abierta y permisionarios de servicios limitados de televisión. Dicha norma establecía la obligación que tienen las empresas antes mencionadas sobre la transmisión de programas de culturales por un periodo de al menos 4 horas por semana. Así pues, nuestro País vecino reconoce mediante esta norma la importancia de la televisión, como medio masivo de comunicación, para el incremento y desarrollo de su cultura y su conocimiento, tal y como lo cita en el reglamento aprobado por su Consejo Nacional de Televisión<sup>1</sup>.

En el Perú nuestra Constitución Política establece en la parte final del octavo numeral del artículo 2 que *“El estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”*, así mismo el párrafo quinto de su artículo 14 señala que *“Los medios de comunicación social deben colaborar con el estado en la educación y en la formación moral y cultural”*. Con estos dos mandatos constitucionales debería uno empezar a cuestionarse sobre que está haciendo el Estado para propiciar y garantizar el acceso a la cultura, fomento de su desarrollo y difusión, y así mismo que rol tienen las empresas encargadas de la radiodifusión en nuestro País respecto a la difusión de la cultura. Dentro de las estadísticas tenemos que no menos del 74,5% de los hogares de nuestro país cuentan con acceso a una radio y 80 de cada 100 hogares cuentan con

---

<sup>1</sup> Norma sobre la transmisión de programas culturales – Chile.

acceso a un televisor<sup>2</sup>. Con tales estadísticas es evidente que una de las formas más fáciles de llegar a las personas son la Radio y la Televisión, medios que el Estado debería aprovechar para dar cumplimiento al mandato constitucional, norma suprema bajo la cual deberían estar las políticas de Estado, de propiciar el acceso a la cultura y fomento de su desarrollo y difusión.

Actualmente contamos con ley de la materia, que es la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, pero que en lo que respecta a regular el fomento y la difusión de programas culturales es poco precisa y útil. En principio establece en el literal f) del Artículo II de su Título Preliminar que: *“La prestación de los servicios de radiodifusión se rige por el principio de: f) el fomento de la educación, cultura y moral de la Nación”*. Así mismo, en su artículo 4 se establece como fin del servicio de Radiodifusión que: *“Los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional”*. Y finalmente en su Quinta disposición complementaria y final establece respecto a una franja educativa lo siguiente: *“De conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política, los medios de radiodifusión colaborarán con el Estado en la educación y la formación moral y cultural, destinando un porcentaje mínimo dentro de su programación a estos contenidos, que será establecido por los propios radiodifusores”*.

Como podemos observar, la Ley no regula nada en materia de la difusión de la cultura por parte de las empresas de radiodifusión en el Perú, sino que les delega tal mandato constitucional a las mismas empresas de radiodifusión (Sociedad Nacional de Radio y Televisión), y de lo que se observa día a día de las empresas de radiodifusión es que no aportan mucho o casi nada en materia de difusión de la cultura en nuestro País.

---

<sup>2</sup> Datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (Inei) del informe técnico No 4 – diciembre 2017.

Considero que al no contar con una ley que establezca una difusión mínima obligatoria de programas culturales, ni una definición de programa cultural, no se estaría garantizando de forma idónea lo establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución Política en relación a la colaboración de los medios de comunicación en la formación cultural de los ciudadanos, ni con el artículo 2 del mismo cuerpo normativo, en donde se establece que es el Estado quien propicia el acceso a la cultura. Sin una normatividad adecuada, las empresas no estarían obligadas estrictamente a transmitir programas con contenido fundamentalmente cultural y en consecuencia no se les podría sancionar por un presunto incumplimiento al artículo 14 de la nuestra Constitución Política o a los propios principios que contiene la Ley de Radio y Televisión en lo que respecta a la difusión de la cultura.

#### 4. JUSTIFICACIÓN

##### Relevancia académica:

La investigación es parte de nuestra vida universitaria ya que la presente investigación tiene por finalidad brindar información sobre el derecho de acceso a la cultura y la posibilidad de la regulación de emisión de programas culturales por parte de empresas de radiodifusión privadas. Siendo que nuestra Constitución Política reconoce la importancia de la difusión de la cultura en la sociedad, resulta beneficioso realizar una investigación en relación a los medios de radiodifusión privadas y su inclusión en políticas culturales.

##### Relevancia Jurídica:

Considero que mi investigación es importante para el campo del derecho en el sentido que el acceso y la difusión de la Cultura es un derecho y deber reconocido por nuestra Constitución Política. Siendo de que los medios de radiodifusión cuentan con un contacto más íntimo con nuestra sociedad, resultaría idóneo implementar normativas que conlleven al mejoramiento de la calidad de los programas de televisión o a la

emisión directa y obligatoria de programas con contenido fundamentalmente cultural y cuya finalidad sea la formación cultural de la persona. Los problemas surgirían al momento de definir que es un programa cultural, además de establecer la relación entre la difusión de programas culturales por parte de empresas de radiodifusión y el derecho constitucionalmente reconocido de los ciudadanos peruanos de acceso a la cultura. Así mismo, establecer una cantidad de horas mínimas de transmisión de programas culturales nos llevaría a una aparente colisión entre el derecho de acceso a la cultura y las libertades de empresa, expresión y pensamiento, además de tener que preguntarnos cuantas horas son las mínimas para garantizar el cumplimiento de un mandato constitucional, como lo es el de difundir la cultura.

#### Innovación:

Dado que nuestra realidad televisiva actual haría notar que no se estaría contando con normas que regulen a las empresas de radiodifusión sobre su deber constitucional, que comparten junto con el estado, de propiciar el acceso, fomento y difusión de la cultura y entendiendo que la Ley 28278 podría no resultar suficiente para lograr tal deber contenido en nuestra Constitución Política, resultaría beneficiosa la investigación sobre la implementación de una norma que regule la difusión de forma obligatoria de programas con contenido fundamentalmente cultural.

## 5. BASE TEÓRICA

### 5.1. Derecho constitucional de acceso a la cultura:

El derecho de acceso a la cultura se encuentra reconocido en nuestra Constitución Política en su artículo 2, inciso 8), el cual señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho (...) a la libertad de creación intelectual, artística técnica y científica, así como a la propiedad de dichas creaciones y a su producto. El estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.”

Este derecho es parte de lo que se denominan derechos culturales, los cuales fueron reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15, literal a) de su inciso 1., el cual señala que: “*Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural.*” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (CDESC) en la Observación Nro. 21 desarrolla el contenido del derecho del ser humano a participar en la vida cultural, dicho documento señala que “*El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para realizarlo, es necesario que el estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra.*” (Comité de Derechos Económicos , Observación General N° 21, 2009) Podríamos decir que el acceso a la cultura forma parte del desarrollo de un derecho fundamental, internacional y constitucionalmente reconocido que es el derecho a la cultura.

## 5.2. Programas Culturales:

Importante para el presente trabajo es definir lo que se entiende por cultura, o que es considerado como cultura para el derecho. Haciendo uso del método literal de interpretación tendremos que para la Real Academia Española, la cultura es aquel “*conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico*” (RAE, 2017). Otra definición sería la brindada por Unesco, la cual señala que: “*cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.*” (Unesco, 2001)

En el desarrollo del trabajo de investigación se darán muchas más definiciones a cultura para que así podemos llegar a elaborar un concepto de lo que se entendería por programa cultural.

### 5.3. Libertad de empresa:

La libertad de empresa se encuentra reconocida en el artículo 59 de nuestra constitución política. El derecho a la libertad de empresa se define como el derecho a elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o producción de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores y usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una situación económica auto determinativa, la cual implica que el modelo social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que deriven de la seguridad, la higiene, la moralidad, o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la constitución reconoce. (Caso Empresa de transportes y turismo pullma corona real S.R.L., 2005)

### 5.4. Libertad de pensamiento y expresión:

En la presente investigación resultaría prudente realizar un análisis de las posibles vicisitudes que conllevaría plantearse la regulación obligatoria de programas de contenido cultural. Siendo que el derecho a la libertad de expresión y pensamiento se encuentra reconocido por nuestra constitución en su inciso 4 de su artículo 2, el cual señala lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a: 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*”, resultaría necesario su análisis, para que junto al derecho de libertad de empresa y al derecho de acceso a la cultura se pueda demostrar su propia coexistencia que no devenga en inconstitucional.

Resulta interesante realizar un análisis del artículo antes citado, en razón que brinda la apariencia de que las libertades de expresión y pensamiento no tendrían límite alguno y que pudiesen ser ejercidas de forma irrestricta. Recordemos que el derecho a la libertad de expresión y pensamiento no solo encuentra su reconocimiento en nuestra constitución, sino que es La Convención Americana de Derechos Humanos quién recoge este derecho, así en el numeral 1 de su artículo 13 establece lo siguiente: *“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 consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”* (Organización de los Estados Americanos, 1969). Pero este mismo mecanismo Internacional señala ciertos límites a la libertad de expresión y pensamiento, así el numeral 2 de su artículo 13 señala lo siguiente: *“El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”* (Organización de los Estados Americanos, 1969). Como podemos observar, el ejercicio de estas libertades no es ilimitado ni irresponsable, y es ya el mismo mecanismo que le otorgó reconocimiento el que de la misma forma le impone límites. Para el presente trabajo de investigación resulta necesario hacer un análisis de si el planteamiento de una ley que regule la emisión de programas de contenido cultural se tornaría en una censura o impedimento al ejercicio de dichas libertades, o si por el contrario podamos encontrarnos dentro de las excepciones.

#### 5.5. Empresas de radio y televisión:

Las empresas de radio y televisión privadas se encuentran reguladas por la ley de Radio y Televisión (Ley 28278) y su reglamento (Decreto supremo 005-2005-MTC), el objeto de dichas normas es regular la prestación de los servicios de radiodifusión, sea sonora o por televisión de señal abierta, así como la gestión y control del espectro radioeléctrico atribuido a dicho servicio de radiodifusión.

Como representante de las empresas de Radio y Televisión privadas tenemos a la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, la cual se constituyó el 12 de mayo del año 2004 con el objeto de representar a sus asociados en cuanto a ser el ente gremial que los agrupa en el desarrollo que éstos realizan del servicio de radiodifusión comercial y la producción televisiva y radial, procurando promover el crecimiento y consolidación de los servicios de radiodifusión comercial y la producción televisiva y radial en todo el Perú; defendiendo los principios básicos de la radiodifusión privada, con especial atención en la defensa de los principios de la libre y leal competencia; participando de manera activa, propiciando y organizando seminarios, conversatorios, diálogos y reuniones con autoridades políticas, públicas o privadas, en especial las que tienen a su cargo la labor reguladora de las comunicaciones. (SNRTV 2018, s.f.)

Como órgano consultivo tenemos al Consejo Consultivo de Radio y Televisión (CONCORTV), el cual es un órgano autónomo, plural y consultivo adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones. El cual fue creado a partir de la ley de Radio y Televisión (Ley 28278). Cabe recalcar que el CONCORTV no es un órgano de regulación ni de control, siendo su finalidad la de propiciar buenas prácticas en la radio y televisión peruana a través de la producción de información confiable y la creación de un clima de diálogo entre todos los actores involucrados. (CONCORTV, s.f.)

## 6. INTERROGANTES

6.1.¿Qué es el derecho de acceso a la cultura?

6.2.¿Cómo definir un programa con contenido cultural?

6.3.¿Cómo se justifica la exigencia de difusión de programas culturales en medios de radio y televisión?

6.4.¿Cómo y en qué forma podría la regulación de emisión obligatoria de programas culturales restringir derechos fundamentales de la libertad de empresa, iniciativa privada y derechos comunicativos?

6.5.¿Se encuentra idóneamente desarrollado el derecho de acceso a la cultura en la Ley de Radio y Televisión (Ley 28278)?

## 7. OBJETIVOS

7.1.Determinar el contenido y alcance del derecho de acceso a la cultura y el deber del estado en difusión de cultura, así como el compromiso de las empresas de radiodifusión de colaborar con la formación cultural de la persona.

7.2.Determinar si la ley de Radio y Televisión (Ley 28278) desarrolla en forma idónea el derecho constitucional de acceso a la cultura.

7.3.Determinar si la regulación de emisión obligatoria de programas culturales devendría en inconstitucional por restringir derechos como la libertad de empresa, iniciativa privada o las libertades de pensamiento o expresión.

7.4.Proponer un proyecto de Ley cuya naturaleza sea la difusión de programas culturales por parte de las emisoras de radiodifusión.

## 8. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Borea Odría, Alberto (2015), La obligación de los medios en la consolidación institucional del estado democrático moderno. Artículo académico extraído de la Revista de Derecho THĒMIS, (N°67), páginas 141-153.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14463/15075>

Urrutia Mendoza, Milka Andrea (2017), La cultura como herramienta para el desarrollo: la estrategia de la red de microcines del Grupo Chaski. Tesis para optar por el grado de Magíster en Gerencia Social. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9125>

## 9. HIPOTESIS

9.1. Hipótesis 1: Dado que el Acceso a la Cultura es un derecho constitucional reconocido por el Estado, es posible la regulación de emisión y difusión de Programas Culturales por parte de empresas de radiodifusión en el Perú.

9.2. Hipótesis 2: Dado que la ley de Radio y Televisión (Ley 28278) resulta ambigua respecto a la emisión de programas culturales por parte de las empresas emisoras de radiodifusión, es probable que las empresas de radiodifusión no estén cumpliendo de manera idónea con su deber constitucional de colaborar con el estado en la educación y en la formación moral y cultural.

## 10. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

### 10.1. La cultura

#### 10.1.1. Definición:

#### 10.1.2. La cultura y la constitución:

10.1.3. La cultura y el derecho:

10.1.4. La cultura y la sociedad:

10.1.5. La cultura y los medios de comunicación:

10.2. Derecho de acceso a la cultura:

10.2.1. Definición:

10.2.2. Orígenes:

10.2.3. Contenido y alcance:

10.2.4. Acceso a la cultura y la Constitución Peruana:

10.2.4.1. Libertad de empresa

10.2.4.2. Libertad de expresión y pensamiento

10.3. Empresas de Radiodifusión:

10.3.1. Definición:

10.3.2. Legislación aplicable:

10.3.3. Difusión de cultura:

10.3.4. El espectro electromagnético:

10.3.5. Sociedad:

10.4. Conclusiones y sugerencias

## 11. MARCO OPERATIVO

### 11.1. FUENTES DE CONSULTA

11.1.1. PRIMARIAS: Constitución Política del Perú, Legislación nacional y extranjera, tratados internacionales.

11.1.2. SECUNDARIAS: Doctrina nacional y extranjera, artículos.

### 11.2. ESTRATEGIA METODOLOGICA

11.2.1. Primero, se analizará el deber constitucional del estado peruano de propiciar el acceso a la cultura y fomento de su desarrollo y su difusión, contenido en el segundo párrafo del artículo 8 de la Constitución, así mismo se hará un estudio de lo que representa un mandato constitucional y de las implicancias de ser un Estado Constitucional de Derecho.

11.2.2. Segundo, se investigará y analizará la Ley 28278 en relación al derecho de acceso a la cultura.

11.2.3. Tercero, se hará un análisis entre el deber del estado de difundir la cultura y el deber de las empresas de radiodifusión en la difusión de la cultura.

11.2.4. Por último, se planteará y presentará un proyecto de ley cuya finalidad será la difusión de la cultura por parte de las empresas de radio difusión por medio de programas culturales.

## 12. CRONOGRAMA

|          |
|----------|
| Año 2017 |
|----------|

| Tarea                          | Comienzo   | Fin        |
|--------------------------------|------------|------------|
| Planteamiento del problema     | 04/11/2017 | 10/03/2018 |
| Presentación del proyecto      | 15/03/2018 | 26/03/2018 |
| Recopilación de la información | 26/01/2018 | 01/04/2018 |
| Revisión de la bibliografía    | 26/01/2018 | 05/0/2018  |
| Redacción del informe final    | 08/04/2018 | 05/08/2018 |

### 13. BIBLIOGRAFIA CITADA

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Caso Empresa de transportes y turismo pullma corona real S.R.L., 7320-2005-AA (Tribunal Constitucional 2005). Recuperado el 07 de Abril de 2018
- Chirinos Soto, E., & Chirinos Soto, F. (2010). *La Constitución: Lectura y Comentario* (6ta. ed.). Lima, Perú: RODHAS S.A.C.
- Comité de Derechos Económicos, S. (2 a 20 de Noviembre de 2009). Derecho a toda persona a participar en la vida cultural. *Observación General N° 21*. Ginebra, Romandía, Suiza.
- CONCORTV. (s.f.). *Nosotros CONCORTV*. Recuperado el 07 de Abril de 2018, de Consejo consultivo de radio y televisión - Perú: <http://www.concortv.gob.pe/nosotros/>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Estadísticas de las tecnologías de la información y Comunicación en los Hogares, Informe técnico N° 04*. Informe técnico, Inei. Recuperado el 25 de Enero de 2018, de [http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-n04\\_tecnologias-de-informacion-jul-ago-set-2017.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-n04_tecnologias-de-informacion-jul-ago-set-2017.pdf)
- Orbe, R. C. (2011). *La constitución comentada* (6ta. ed., Vol. I). Arequipa, Perú: ADRUS S.R.L.
- Orbe, R. C. (2011). *La constitución comentada* (6ta. ed., Vol. II). Arequipa, Perú: ADRUS S.R.L.
- RAE. (2017). *Diccionario de la lengua española* (23° ed.). (R. A. Española, Ed.) España. Recuperado el 25 de Marzo de 2018, de Real Academia Española Web site: [www.rae.es](http://www.rae.es)
- RUBIO CORREA, M. A. (2014). *EL SISTEMA JURÍDICO Introducción al Derecho* (Décima ed.). Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SNRTV 2018. (s.f.). *Quienes somos: Sociedad Nacional de Radio y Televisión*. (G. W. Desing, Editor) Recuperado el 07 de Mayo de 2018, de Sociedad Nacional de Radio y Televisión: <http://snrtv.org.pe/quienes-somos/>

Unesco. (02 de Noviembre de 2001). Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural.  
*Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural*. Paris, Francia.

**Normas:**

Constitución Política del Perú de 1992

Ley 28278

Reglamento de la ley 28278

