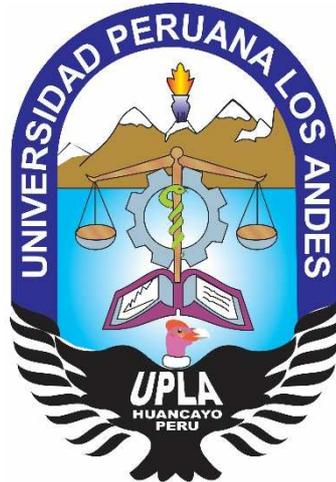


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

TÍTULO: : LA REGULACIÓN DE CONTENIDOS Y LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL PERÚ

PARA OPTAR : EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR : POUL JHASSTYN PALACIOS PÉREZ

ASESOR: : DR. PIERRE CHIPANA LOAYZA

LINEA DE INV. : DERECHO CONSTITUCIONAL

INSTITUCIONAL

FECHA DE INICIO Y : DICIEMBRE DE 2015 A JULIO DE 2019

CULMINACIÓN

HUANCAYO – PERÚ

2019

ASESOR:

DR. PIERRE CHIPANA LOAYZA

Catedrático de La Universidad Peruana los Andes

DEDICATORIA:

«A mi familia, por el apoyo, la paciencia y la constancia a lo largo de estos años».

AGRADECIMIENTOS

En el desarrollo de la presente investigación, cuya tarea ha sido ardua, han aportado valiosísimamente, de distintas formas, muchas personas que han alentado la culminación de la misma, ya sea de forma directa e indirecta.

En ese sentido, en el presente apartado es meritorio expresar el más profundo agradecimiento a todas aquellas personas sin cuya colaboración la elaboración y culminación de la presente tesis hubiese resultado imposible. Así pues, quiero prestar la atención debida a mi familia; ya que, de no haber contado con su valioso apoyo y constante aliento, la presente no hubiese visto la luz, de modo que aprecio profundamente su paciencia y apoyo a lo largo de todo este tiempo.

También creo importante mostrar mi agradecimiento a los profesores, Dr. Pierre Chipana Lozayza, asesor de la tesis, por los consejos y paciencia mostrada en la formación y el moldeamiento de este trabajo; también creo pertinente agradecer a la Dra. Rosa Solórzano Macetas, estimada maestra y amiga, cuyos consejos profesionales y aliento, aportaron de manera fundamental en la elaboración de esta investigación.

Finalmente quiero agradecer también a mis amigos de Universidad, cuya hermandad está aún muy presente, a ustedes muchas gracias por su apoyo.

RESUMEN

La presente investigación analiza la problemática de la regulación de contenidos en los medios de comunicación audiovisual en nuestro país, y como es así que esta puede hallar su relación bajo el principio de libre competencia consagrado en la constitución y que es uno de los pilares del régimen económico de nuestro país, para que así se encuentre un equilibrio entre las libertades económicas reservadas a los agentes económicos y del mismo modo se protejan los derechos sociales que versan sobre el interés general, el mismo que debe interpretarse en conformidad al reconocimiento y naturaleza de los mercados de medios de comunicación en nuestro país.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación persigue como objetivo analizar si puede una regulación de contenidos relacionarse con la Libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú; para ello se realizó un trabajo de orden dogmático, analizando instituciones como el régimen económico constitucional, la libre competencia, los mercados de medios de comunicación, las fallas de mercado, el interés público y los sistemas de regulación de contenidos en medios de comunicación.

Con ese fin, se utilizaron, como métodos Generales de la investigación los métodos científicos inductivo-deductivo y analítico-sintético. El nivel de nuestra investigación se caracteriza también, por ser explicativo y descriptivo, siendo el diseño de la misma de carácter no experimental. Es por estas características que afirmamos que nuestra investigación es de naturaleza jurídico dogmática, siendo además de tipo básico.

Como instrumentos de recolección de datos se han utilizado la recolección de datos directa, a través de libros, artículos y revistas de carácter científico jurídico.

Concluyentemente, podemos sostener que en virtud del análisis y estudio de las distintas pociones vertidas en la doctrina jurídica, la regulación de contenidos, puede fortalecer la libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú, por medio de la creación de un organismo de regulación autónomo, lo que implica que nuestro país adopte un sistema de co-regulación, que sea el reflejo de un balance racional entre las libertades de libre competencia y empresa y el interés público que existe alrededor de la información proveída en los mercados de medios de comunicación en nuestro país.

Palabras Clave: Regulación de contenidos, medios de comunicación, libre competencia, interés público, sistemas de regulación.

ABSTRAC

The present investigation analyzes the problematic of the regulation of contents in the media of audio-visual communication in our country, and as it is so that this can find its relation under the principle of free competition consecrated in the constitution and that is one of the pillars of the regime economic development of our country, so that a balance is found between the economic freedoms reserved for economic agents and, in the same way, social rights that are related to the general interest are protected, which must be interpreted in accordance with the recognition and nature of the media markets in our country.

In this sense, this research work aims to analyze whether content regulation can relate to Free competition in the media market in Peru; For this purpose, a dogmatic work was carried out, analyzing institutions such as the constitutional economic regime, free competition, media markets, market failures, public interest and systems for regulating content in the media.

To that end, the inductive-deductive and analytic-synthetic scientific methods were used methodologically as general methods of research. The level of our research is also characterized, as it is explanatory and descriptive, being the design of it non-experimental. It is because of these characteristics that we affirm that our research is of a dogmatic legal nature, being also a basic type.

As data collection instruments, direct data collection has been used, through books, articles and journals of a scientific and legal nature.

Concluding, we can argue that by virtue of the analysis and study of the different potions poured into the legal doctrine, content regulation can strengthen free

competition in the media market in Peru, through the creation of a autonomous regulation body, which implies that our country adopts a system of co-regulation, which is the reflection of a rational balance between the freedoms of free competition and business and the public interest that exists around the information provided in the markets of media in our country.

Key words: Regulation of contents, means of communication, free competition

Keywords: Content regulation, media, free competition, public interest, regulatory systems.

INDICE

DEDICATORIA:.....	iii
AGRADECIMIENTOS	iv
RESUMEN	v
ABSTRAC	vii

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-.....	18
1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:.....	18
1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:	21
1.1.2.1. EN EL AMBITO NACIONAL.....	21
1.1.2.2. EN AL AMBITO INTERNACIONAL.....	25
1.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	28
1.1.3.1. PROBLEMA GENERAL:.....	28
1.1.3.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS:.....	28
1.1.4. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN	29
1.1.5. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA.....	29
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.-	30
1.2.1. OBJETIVO GENERAL:.....	30
1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	30
1.3. HIPÓTESIS O SUPUESTOS.-	31

1.3.1.	HIPÓTESIS GENERAL:	31
1.3.2.	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:.....	31
1.4.	VARIABLES, INDICADORES Y OPERACIONALIZACION.....	31
1.4.1.	DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE:.....	31
1.4.2.	DE LA VARIABLE DEPENDIENTE:	32
1.5.	MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.-	32
1.5.1.	MÉTODOS GENERALES.-	32
1.5.2.	MÉTODOS ESPECÍFICOS	33
1.6.	TIPOS DE INVESTIGACIÓN.-	34
1.6.1.	INVESTIGACIÓN BÁSICA:	34
1.6.2.	INVESTIGACIÓN JURÍDICO-DOGMATICO:	34
1.7.	NIVELES Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.-	34
1.7.1.	NIVELES DE LA INVESTIGACIÓN:.....	34
1.7.1.1.	EXPLICATIVO:	34
1.7.1.2.	DESCRIPTIVO:.....	35
1.7.2.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	35
1.7.2.1.	DISEÑO NO EXPERIMENTAL:	35
1.8.	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN:.....	35
1.8.1.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:	35

CAPITULO II

CONCEPTOS PREVIOS:

ESTADO, REGULACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA

2.1.	EL ESTADO EN LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO.....	37
2.1.1.	LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.-.....	37
2.1.2.	LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO:	45
2.1.2.1.	LOS PRINCIPIOS DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.....	56
2.1.3.	LA FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, PLASMADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993...	57
2.1.3.1.	JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL ROL ESTATAL EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.....	66
2.2.	LA LIBRE COMPETENCIA EN UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO	73
2.2.1.	LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS: DOCTRINA ECONÓMICA Y JURÍDICA RESPECTO DE SU CONTENIDO.-	73
2.2.1.1.	EL MERCADO, ESCENARIO, ELEMENTOS Y MERCADO RELEVANTE:.....	74
2.2.2.	LA LIBRE COMPETENCIA COMO PRINCIPIO EN LA CONSTITUCION POLITICA VIGENTE	79
2.2.3.	EL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA A TRAVES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL INDECOPI.	80

2.2.3.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:	80
2.2.3.2. EL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL:.....	82
2.3. TEORIA DE LA REGULACION Y TECNICA REGULADORA EN EL MERCADO	83
2.3.1. LA TEORÍA DE LA REGULACION.-.....	83
2.3.2. ASPECTOS RELEVANTES PARA LA REGULACION ESTATAL EN LOS MERCADOS.-.....	86
2.3.2.1. EL INTERÉS PÚBLICO:	87
2.3.2.2. AGENCIAS DE COMPETENCIA, ORGANISMOS REGULADORES Y LA EFICIENCIA DE LOS MERCADOS	93

CAPITULO III

LA REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

3.1. LOS SISTEMAS DE REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	104
3.1.1. LA REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.-.....	104
3.1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS RESPECTO DE LA REGULACION DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN:	106
3.1.3. ALCANCE DE LOS SISTEMAS DE REGULACION DE CONTENIDOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN	109
3.1.4. SISTEMAS DE REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	112

3.1.4.1.	REGULACION ESTATAL DE CONTENIDOS.....	116
3.1.4.2.	LA AUTORREGULACION	117
3.1.4.3.	LA CORREGULACION	119
3.2.	LA AUTORREGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL PERÚ	121
3.2.1.	CONTEXTUALIZACION DE LA REGULACION DE CONTENIDOS EN EL PERU: ORGANISMOS Y NORMATIVIDAD.....	121
3.2.1.1.	LA LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACIÓN:	122
3.2.1.2.	LA LEY DE RADIO Y TELEVISIÓN	128
3.2.1.1.	EL CONSEJO CONSULTIVO DE RADIO Y TELEVISION ..	137
3.2.1.3.	SOCIEDAD NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN.	142
3.2.1.4.	EL PACTO DE AUTORREGULACIÓN:	144
3.2.1.5.	EL CODIGO DE ETICA:.....	146
3.3.	REGULACIÓN DE CONTENIDOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	150
3.3.1.	FRANCIA: EL CONSEJO SUPERIOR DE LO AUDIOVISUAL.-.	150
3.3.2.	ESTADOS UNIDOS: LA COMISIÓN FEDERAL DE COMUNICACIONES.-	154
3.3.3.	MÉXICO: LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN Y EL INSTITUTO MEXICANO DE LA RADIO.-.....	160
3.3.4.	CHILE: EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN.-.....	163
3.3.5.	ECUADOR:	164

3.3.6. ARGENTINA: LA AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS AUDIOVISUALES.....	165
--	-----

CAPITULO IV

LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE MEDIOS DE COMUNICACION

4.1. LOS MERCADOS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA.....	168
4.1.1. LOS MERCADOS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN.-	168
4.1.2. MERCADOS RELEVANTES Y COMPORTAMIENTOS COMPETITIVOS:	169
4.1.2.1. LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE RADIODIFUSIÓN EN SEÑAL ABIERTA.	170
4.1.2.2. EL MERCADO DE LA TELEVISION RESTRINGIDA.	174
4.1.3. ASPECTOS RELEVANTES EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL:	175
4.1.3.1. LA PRODUCCION DE INFORMACIÓN Y SU NATURALEZA COMO BIEN DE MERCADO:.....	175
4.1.3.2. LOS CONSUMIDORES	180
4.1.3.3. EL INTERÉS PÚBLICO EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	181
4.1.4. LA ERA DE LA CONVERGENCIA CON LAS TECNOLOGIAS DIGITALES EN INTERNET:	185

4.2. EL MERCADO Y LA COMPETENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL PERÚ	187
4.2.1. LAS EMPRESAS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN.-	187
4.2.2. LA OFERTA INFORMATIVA AUDIOVISUAL	189
4.2.3. LOS CONSUMIDORES DE INFORMACION.	192
4.2.4. DEL LA PRESENTACIÓN DE CODIGOS DE ETICA Y LA AUTORREGULACIÓN	194

CAPITULO V

LA REGULACION DE CONTENIDOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN: SU JUSTIFICACION Y LEGITIMIDAD RESPECTO DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO EN EL PERÚ

5.1. FUNDAMENTOS PARA LA REGULACION DE CONTENDIOS EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	196
5.1.1. EL INTERES PÚBLICO EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	196
5.1.2. LOS FALLOS DE MERCADO EN EL SECTOR	201
5.1.3. AUTO-DETERMINACION DE LA OFERTA INFORMATIVA..	205
5.1.4. PROPUESTA ORGANIZACIONAL Y NORMATIVA.....	206
5.1.4.1. UN ORGANISMO REGULADOR DE CONTENIDOS AUTONOMO.....	211
5.2. CONCLUSIONES FIANLES:	213

CAPITULO VI

CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

6.1.	DE LA HIPOTESIS GENERAL	216
6.1.1.	De la variable Independiente: La Regulación de Contenidos	216
6.1.1.1.	La Regulación de Contenidos en Medios de Comunicación	216
6.1.1.2.	Los Sistemas de Regulación de Contenidos en Medios de Comunicación.....	218
6.1.1.3.	La Autorregulación de Contenidos en el Perú.....	221
6.1.1.4.	Normativa:.....	222
6.1.2.	De la variable Dependiente: Libre competencia en el mercado de medios de comunicación	231
6.1.2.1.	La Libre Competencia.....	231
6.1.2.2.	El Mercado de los Medios de Comunicación	234
6.1.2.3.	La libre competencia en el mercado de medios de comunicación en el Perú	234
6.1.2.4.	El interés público en el mercado de los medios de comunicación.	235
6.1.2.5.	Los fallos de mercado en el sector	238
6.1.2.6.	Conclusión de la Primera Hipótesis	240
6.2.	DE LAS HIPOTESIS ESPECÍFICAS	241

6.2.1. “La regulación de contenidos incide en la libre auto-determinación de la oferta informativa, fomentando su diversidad, calidad y la responsabilidad social de su contenido”.....	241
6.2.1.1. De la variable Dependiente: Auto determinación de oferta informativa.....	241
6.2.1.2. Conclusiones de la Hipótesis Especifica:.....	252
6.2.2. “La Libre Competencia persigue como fin último el bienestar del consumidor, así se ve reforzada por la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú”	253
6.2.2.1. De la variable Independiente:	253
6.2.2.2. De la variable dependiente	253
6.2.2.3. Conclusión de la Segunda Hipótesis	253

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES:	255
7.2. RECOMENDACIONES:.....	256
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	258
ANEXOS	268

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-

1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

En un escenario democrático como el de nuestro país, donde la delimitación de los derechos y deberes exige un análisis multidisciplinario y sistemático de su contenido, ya que la existencia de estos en la realidad denota constante confrontación de sus titulares en la práctica; subsiste la connotación sobre el papel regulador del estado en las actividades de mercado, según las particularidades que este tenga. El debate al que han estado sujetas las tendencias de regulación en los medios de comunicación en nuestro país tienen diferentes aristas, algunas de ellas antagónicas.

Así, estas van desde el planteamiento de un Control previo de fusiones y adquisiciones en los medios de comunicación, hasta el cuestionamiento del sistema de autorregulación en medios de comunicación audiovisuales. Es en esta última línea que se centra la problemática sobre la cual la presente investigación intenta versar sus resultados.

En los últimos años se han discutido arduamente las políticas de control y regulación respecto al rol de los medios de comunicación en muchos de los papeles en los que se desenvuelven, pasando por su función social y política, como uno de los principales agentes en los que se encarna la democracia y la concatenación con su función informativa y difusora de valores culturales y sociales; hasta atravesar por su desempeño en un modelo económico como el nuestro, con las características propias del mercado en el que participan y que las diferencian del común mercado de bienes y servicios, por la naturaleza propia de su oferta, la información.

En nuestro país la regulación sobre medios de comunicación está orientada a normar el acceso, la organización y manejo del sector de medios de comunicación audiovisuales (Radio y televisión en señal abierta), con respecto a la concesión y uso del espectro radioeléctrico; sin embargo, no se ha establecido una regulación que verse sobre el contenido emitido, existiendo un pacto de autorregulación. En el caso de los medios de comunicación escritos, no existe a la actualidad ley alguna que regule el contenido de sus líneas editoriales.

Esta autorregulación es la arista que ha servido de anclaje para plantearse incógnitas importantes sobre los límites a los que la acción de los medios de comunicación están sujetos. Una de las prerrogativas que más atención mediática ha tenido es la que cuestiona la calidad del contenido emitido por los canales de televisión en señal abierta. Dicho cuestionamiento, apoyado por colectivos, figuras mediáticas, artistas, intelectuales y políticos de nuestro país, argumenta que la programación que se emite no se concatena con los valores culturales y sociales que nuestra sociedad debiera perseguir, y que muy al contrario de impulsarlos, transmite y genera la denigración de los mismos, así el estado de cosas, vulnera y transgrede al respeto y a la dignidad de las personas con contenido de mala calidad; no toma en cuenta también los principios que la constitución Política vigente y la normativa existente sobre la materia exige para los medios de comunicación a la hora de plantear y programar su oferta informativa. A estas iniciativas, se sumó el proyecto de ley N° 3465/2013-CR nominada **“Ley que modifica la ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión, para la difusión de la programación cultural a través de la televisión de señal abierta”**¹ presentada el 11 de Diciembre de 2014, pero que sin embargo ha quedado en evaluación².

¹ Véase el Anexo A-4

² Fuente: Portal Web del Diario la Republica en un artículo denominado **“PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MEJORAR LA CALIDAD DE LA TELEVISION PERUANA, SE ENCUENTRA ESTANCADO EN EL CONGRESO”**, publicado el 21/02/2015. Véase: <http://larepublica.pe/21-02-2015/proyecto-de-ley-que-propone-mejorar-nivel-de-la-tv-se-encuentra-estancado-en-el-congreso> (Consultado el 25/04/2015)

La problemática que surge de esta discusión, y que es el tema central de esta investigación, radica en el analizar la relación que subyace entre regulación de contenidos y la Libre competencia en el mercado de medios de comunicación, así también sobre la libertad de determinación de la oferta -en este caso la oferta informativa- que la libre competencia, como principio rector y como contenido esencial de la libertad de empresa, contempla y protege³.

En tal sentido, el rol del estado ante esta problemática debe repensarse, así como los lineamientos de una política regulatoria toda vez que el estado tiene limitaciones en su actuación en la economía salve del Régimen económico de la constitución, -el de una economía social de mercado- cuyo fundamento principal se centra en la libertad de competencia, como ya se ha mencionado.

1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:

1.1.2.1. EN EL AMBITO NACIONAL

A. “El siguiente paso: La corregulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria” - Alex Sosa

³ Como expone el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **Exp. N° 018-2003-AI/TC**:
“La libre competencia se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.

Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes:

- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.*
- b) La auto-determinación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).*
- c) La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).”*

Huapaya: Sostiene, en los punto concluyentes y los que importan más a nuestra investigación, los que siguen:

- 1) *“La existencia de los sistemas de autorregulación no es un tema novedoso, estos se han ido desarrollando desde el inicio de las actividades comerciales de los hombres, pues desde antes de que apareciera la regulación por parte de la monarquía o estado a estas actividades, los comerciantes buscaban establecer sus propias reglas para establecer un comercio leal entre ellos. Así hasta nuestros tiempos, hemos podido ver que en muchos sectores del mercado, donde no existe regulación o la regulación es mínima, los agentes privados buscan autorregularse entre ellos, estableciendo normas y sanciones a sus actos.*

- 2) *Existen muchas críticas a los sistemas de autorregulación en el mundo, los cuales se basan no solo en los posibles conflictos que puedan suscitarse entre los sistemas de autorregulación y las normas del derecho ordenador del mercado, sino también – y en igual magnitud - en la desconfianza que puede existir sobre el sistema al pensarse que estos están creados para proteger a sus asociados.”⁴*

B. “Preceptos Normativos Que Respaldan al Estado Peruano para Regular el derecho a la Libertad de Expresión,

⁴ Tesis sustentada para optar el grado de magíster en derecho de la competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Permitiendo la erradicación de la Televisión Basura” – José Luis Gálvez Aduato. Sostiene, en los punto concluyentes y los que importan más a nuestra investigación, los que siguen:

1) *“La libertad de expresión regula la programación en la televisión transmitida por señal abierta en el horario familiar porque es el continente y fundamento del derecho de difusión, al igual que el derecho de información, y opinión actualmente. La reglamentación de la ley de radio y televisión optó por acceder a un sistema de medios de autoregulación, a la fecha no existe otra explicación que la usencia de criterio regulador eficiente de los medios de comunicación social en nuestro país se ejerce un abuso sistemático de la autoregulación de la programación, porque no existe criterios para plantear eficientemente una regulación que permita un equilibrio sano entre lo que se debe difundir y lo que se quiere expresar. Los códigos de ética del ANDA y de la SNRTV, son meras cartas aspiracionales donde las responsabilidades son tan flojas como las sanciones para los infractores.*

2) *La libertad de expresión justifica la erradicación de la televisión. Basura transmitida por señal abierta en el horario familiar cuando se interpreta en razón de sus límites y restricciones con el fin de proteger y salvaguardar la moral y el orden público, además el derecho de libertad de expresión tiene como fundamento político la democracia, la misma que se debe a los*

principios democráticos entre ellos la participación ciudadana, igualdad y el estado constitucional de derecho.

3) La regulación de medios de comunicación garantiza la calidad televisiva porque establece estándares de correulación y control de programas televisivos emitidos en el horario familiar, cuando se impulsó jurídicamente la ley de radio y televisión se esperaba que los medios de comunicación usaran sus potestades para contribuir a un sistema de medios de comunicación que cumplieran con sus obligaciones constitucionales, el deber de colaborar con el estado en la formación de la cultura, la educación y la moral de la nación peruana. Pero como siempre pasa en nuestro país, dicha prerrogativa fue desestimada porque se concibió la libertad de expresión como un negocio y no como un derecho.

4) La regulación de medios de comunicación influye en la programación porque establece patrones y estándares de calidad televisiva para la transmisión de programas emitidos por señal abierta en el horario familiar, La erradicación de la televisión basura depende de una adecuada regulación de medios de comunicación entre los principios de la ley de radio y televisión donde se puede destacar la defensa y el respeto irrestricto de la dignidad humana, además del fomento del ejercicio de la libertad de expresión, además del respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.

5) *La regulación de medios de comunicación erradicaría la televisión Basura si se hace efectiva mediante un sistema de control y regulación de medios que no vulnere la libertad de expresión. Este sistema de control no es otro que el sistema de regulación estatal y preventiva, en razón de la defensa de los valores y derechos como la cultura, la educación y la moral.*⁵

1.1.2.2. EN AL AMBITO INTERNACIONAL

A. La regulación de los medios de comunicación y los derechos de los niños, niñas y adolescentes: un análisis del marco legal de 14 países latinoamericanos, desde la perspectiva de la promoción y protección - Carlos Mamani Jiménez (Bolivia), Mario Chamorro (Nicaragua), Marta Benítez (Paraguay) y Veet Vivarta (Brasil): En las conclusiones de la investigación sostienen que:

1) *“Como hemos visto, los medios de comunicación de masas ocupan un puesto destacado en ese panorama y constituyen uno de los más importantes instrumentos de socialización en las sociedades contemporáneas. Por lo tanto, comprender la manera como un país regula tales instancias es un importante camino para llegar al trato concreto que le da esa nación a la infancia. El análisis de la bibliografía existente y el examen de*

⁵ Tesis sustentada para optar el título de Abogado por la Universidad Peruana los Andes, el año 2015.

las legislaciones latinoamericanas y sueca en el área nos permiten subrayar algunos elementos de especial importancia:

- ✓ No existe ninguna regulación exitosa que se aleje de una visión más amplia de la protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes;*
- ✓ Frecuentemente, los instrumentos legislativos intentan regular los excesos potenciales (o efectos nocivos) de los medios de comunicación; sin embargo, se invierte poco en estimular las potencialidades positivas de los medios de comunicación;*
- ✓ El establecimiento de normas sin la institucionalización de organismos reguladores independientes –y sin la realización periódica de investigaciones sobre el tema– tiende a resultar poco eficaz;*
- ✓ Del mismo modo, la efectividad de las normas establecidas depende de que exista una sociedad civil organizada actuante –y educada en lo que se refiere a los contornos de la temática en cuestión;*
- ✓ De forma general, incluso en Suecia queda mucho por hacer en el campo de la educación para los medios de comunicación;*

- ✓ *Una mejoría de los marcos reguladores nacionales depende en gran medida de que se organicen debates más profundos y plurales acerca de este tema;*
- ✓ *Aunque no encontremos en el continente latinoamericano un modelo tan amplio y coherente como el sueco, no se puede hablar de un vacío regulador. Al revés, sea en las leyes existentes como en las propuestas de modificación encontradas, hay soluciones pertinentes y con potencial para ser reaplicadas en otras realidades nacionales.”⁶*

B. La regulación de los contenidos audiovisuales: presente y futuro - Beatriz Belando Garín y Gonzalo Montiel Roig : En su trabajo de Investigación, llegan a las siguientes conclusiones

- 1) *“La regulación de los medios audiovisuales ha generado un amplio debate cuyas ramificaciones políticas, sociales y económicas hemos descrito someramente. En el caso concreto del control de los mensajes que dichos medios producen y emiten, la polémica ha girado en torno al alcance del papel de los Estados en su supervisión, para lo que se han propuesto soluciones que van desde la mera autorregulación*

⁶ MAMANI JIMÉNEZ, Carlos; CHAMORRO, Mario; BENÍTEZ, Marta, y VIVARTA, Veet. Trabajo de Investigación Titulado: **“LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: UN ANÁLISIS DEL MARCO LEGAL DE 14 PAÍSES LATINOAMERICANOS, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN.”**

de los agentes del sector hasta una supervisión antes, durante y con posterioridad de la emisión de dichos mensajes.

2) *En el caso concreto de nuestro país, estamos en un proceso de reelaboración de la respuesta pública sobre el control de los contenidos audiovisuales, plasmada en el Proyecto de Ley general de medios audiovisuales de 23 de octubre de 2009, de cuya aprobación y desarrollo esperamos mejores resultados en el terreno de la regulación pública de los medios que los conseguidos hasta ahora con la dispersa legislación actual.”⁷*

1.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.1.3.1. PROBLEMA GENERAL:

¿Puede la regulación de contenidos relacionarse con la Libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú?

1.1.3.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS:

✓ ¿De qué manera la regulación de contenidos incide en la libertad de auto-determinación de la oferta informativa en el mercado de los medios de comunicación en el Perú?

⁷ Trabajo de investigación presentado en la Revista de Derecho de la **Universitat de València**. Véase: http://www.uv.es/genero/docs/public_com/reg_contenidos_aud.pdf (Consultado el 20/12/14)

- ✓ ¿En qué medida la Libre Competencia se concatena con la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú?

1.1.4. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN

Nuestra investigación encuentra su importancia teórica en el análisis, explicación, y determinación de los alcances de la regulación de contenidos en los medios de comunicación en nuestro país y siendo esto así, su repercusión en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo en el denominado principio de libre competencia, y de forma particular en la libre determinación de La oferta Informativa; el interés público, la libertad de Consumo y propiamente en las actividades de los agentes en los mercados de medios de comunicación en nuestro país.

Bajo esa intención, con el motivo de explicar de mejor modo las preguntas planteadas es propio el uso de métodos de carácter interpretativo, así como la revisión de algunos alcances brindados por la teoría económica y el análisis económico del derecho con respecto a la función de la información en un mercado donde los medios de comunicación son competidores y lanzan su oferta a quienes la consumen.

1.1.5. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA

Para efectos de la delimitación conceptual en el presente trabajo de investigación, nos ceñiremos al abordaje de los siguientes temas:

- a. Economía Social de Mercado
- b. Teoría de la Regulación
- c. Sistemas de Regulación en medios de comunicación
- d. Principio de Libre Competencia
- e. Mercado informativo
- f. Libertad de Expresión
- g. Libertad de Información

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.-

1.2.1. OBJETIVO GENERAL:

Analizar si puede la regulación de contenidos relacionarse con la Libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- ✓ Explicar de qué manera la regulación de contenidos incide en la libertad de determinación de la oferta informativa en el mercado de los medios de comunicación en el Perú
- ✓ Determinar en qué medida la Libre Competencia se concatena con la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú

1.3. HIPÓTESIS O SUPUESTOS.-

1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL:

La regulación de contenidos, puede fortalecer la libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú, por medio de la creación de un organismo de regulación autónomo.

1.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

- ✓ La regulación de contenidos incide en la libre auto-determinación de la oferta informativa, fomentando su diversidad, calidad y la responsabilidad social de su contenido.
- ✓ La Libre Competencia persigue como fin último el bienestar del consumidor, así se ve reforzada por la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú,

1.4. VARIABLES, INDICADORES Y OPERACIONALIZACION

1.4.1. DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE:

La Regulación de contenidos

Sub Variables:

- *Técnica Regulatoria*
- *Organismo Regulador*

Indicadores

- Interés Público
- Organismo Regulador

1.4.2. DE LA VARIABLE DEPENDIENTE:

La Libre Competencia en el mercado de los medios de comunicación

Sub Variables:

- Libre Auto-determinación de oferta Informativa
- Libertad de Consumo

Indicadores:

- Fallas de Mercado
- Libertad de Actuación en el Mercado

1.5. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.-

1.5.1. MÉTODOS GENERALES.-

A. INDUCTIVO Y DEDUCTIVO:

El método inductivo es aquel que establece proposiciones de carácter general obtenidos de la observación y análisis de conductas particulares. Así, delimitaremos como se desarrolla la teoría regulatoria estatal, sus justificaciones y como estas tienen asidero y se configuran en el mercado de los medios de

comunicación, para lo cual también analizaremos el propio concepto de libertad de competencia.

El método deductivo es aquel en que una proposición más general enuncia o explica las conductas particulares. A partir de lo esbozado en la doctrina nacional y extranjera, en cuanto a los principios y rasgos característicos de la regulación estatal y su justificación, y como esta encuentra su configuración en el mercado de los medios de comunicación en el Perú.

B. ANALÍTICO-SINTÉTICO:

El método analítico consiste en descomponer y distinguir los elementos de un todo; de manera que se situará como criterio básico la objetivación del tema desarrollado, en relación a su conceptualización doctrinal.

En método sintético tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos estudiados por el análisis, configurando de esa manera aspectos teóricos más específicos.

1.5.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS

A. EXPLICATIVO:

Utilizamos el método explicado por cuanto en la presente investigación nos concentramos en ubicar aquellos orígenes o fenomenológicos de las variables que hemos sometido a

estudio, buscando conocer así, las causas que fecundan los hechos que motivan el contexto problemático de nuestra tesis.

1.6. TIPOS DE INVESTIGACIÓN.-

1.6.1. INVESTIGACIÓN BÁSICA:

Destinada al planteamiento de una investigación fundada en explicar aspectos sustanciales y fundamentales del fenómeno estudiado.

1.6.2. INVESTIGACIÓN JURÍDICO-DOGMATICO:

Pues, el problema de investigación planteado involucra el estudio y análisis no solo de conceptos jurídicos, dogmáticos y normativos, sino que también hacen falta el estudio de conceptos fuera de esa ratio, de modo que el foco del estudio se centra en aquellos fenómenos de orden social generados por la interacción de las variables que hemos sometido a investigación y existe así entre la realidad empírico social y la norma. Así, la interacción entre el derecho regulatorio y sus alcances, para con los medios de comunicación y su contenido, se estaría teniendo como horizonte la libre competencia y su desarrollo.

1.7. NIVELES Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.-

1.7.1. NIVELES DE LA INVESTIGACIÓN:

1.7.1.1. EXPLICATIVO:

Se usara el nivel explicativo ya que en la relación que se encuentra entre la formulación de los problemas de investigación y la

formulación de sus respectivas hipótesis, el objeto se traduce en explicar los conceptos sometidos a estudio, para comprender su contenido y alcances, tal y como se extraen de la realidad problemática.

1.7.1.2. DESCRIPTIVO:

Pues por medio de este método se busca especificar las características, aspectos, variables o propiedades del fenómeno jurídico estudiado, tal y como se encuentran en la realidad normativa y Jurisprudencial.

1.7.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1.7.2.1. DISEÑO NO EXPERIMENTAL:

Es no experimental porque se realiza sin manipular deliberadamente variables. No hace variar intencionalmente las variables independientes, lo que este método permite es observar fenómenos tal y como se presentan en su contexto natural, para después analizarlos. Para tales fines, hemos de ubicar el diseño experimental, en un modelo de investigación No Longitudinal.

1.8. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN:

1.8.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

- a) Nuestra labor tendrá fuentes directas e indirectas por ello usaremos la observación (no conductiva)

b) Se usara fichaje para el aspecto teórico-dogmático y científico para recaudar información respecto de teorías y conceptos jurídicos y económicos por la naturaleza del tema de investigación.

CAPITULO II

CONCEPTOS PREVIOS:

ESTADO, REGULACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA

2.1. EL ESTADO EN LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO

2.1.1. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.-

La aparición de la “Constitución Económica” es reciente, por lo que su entendimiento y conceptualización adquiere nuevas luces con el paso del tiempo, esto se debe a que las constituciones del siglo antepasado no optaban por contemplar normas de carácter económico como parte de su programa constitucional, sin embargo, si un determinado conjunto de prerrogativas y potestades, como los derechos clásicos a la propiedad, la libertad de contratación, la libertad de comercio; cuyo contenido era con nitidez de naturaleza patrimonial. Bajo estos lineamientos, los derechos y libertades de carácter económicos, se

fundamentaban como integrantes de los denominados derechos generales de la personalidad, por lo que el desarrollo que en la actualidad alcanzan no tenían tal dimensión.

En ese contexto, la referida falta de constitucionalización del carácter económico, implica no un descuido por parte del legislador constitucional, sino que se deriva de la consideración de que tal expresión positiva del orden económico resultaba innecesario; ello pues, de acuerdo a un conjunto de inclinaciones de pensamiento de fisiocráticos y liberales, cuya línea de pensamiento, de acuerdo a la economía liberal clásica, comprendía de que la economía se desarrollaba bajo leyes naturales de cumplimiento ineluctable, de modo que el suplir las mismas con normas de carácter artificial resultaba ser una labor inútil, innecesaria y superflua.⁸ Es entonces que el contexto social e histórico de la Europa de las post guerras representa el escenario para el surgimiento de nuevas formas de entender el rol de la economía en el estado y por lo tanto, el surgimiento de conceptos que traten de explicar y viabilizar una modernización de un aparato público sumergido en depresiones sociales, ideológicas y económicas. La dotación de poder que caracterizaba al estado, y que se reflejaba en los modelos constitucionales de mediados del siglo XX, implicaba la omnipresencia estatal en todos los roles y actividades de los ciudadanos, incluyendo como no, la actividad económica. Este pensamiento que encontraba sus bases en el aseguramiento del

⁸ Cfr. **CHANAMÉ ORBE** citando a **IPARRAGUIRRE ACOSTA**, Vicente. **EXEGESIS DE LA CONSTITUCION ECONOMICA**. Revista Oficial del Poder Judicial. Año 3, Nº 5 /2009. p. 257

bienestar social y la igualdad, tuvo como justificación y antecedente, el resultado del caos que produjo la sobre explotación laboral y el enriquecimiento desmesurado de la burguesía en plena revolución industrial.

Sin embargo, la presencia constante del empresariado significó que bajo dichas condiciones, surgieran como novedosas formulas las economías neoliberales. Su acuñación, no siempre prolifa al ámbito constitucional debido al debate ideológico que representó, supuso sin embargo, el nacimiento de lo que hoy se conoce como Derecho Económico, así como también de la denominada Constitución Económica; término que “tiene su parición con la denominada constitución de Weimar, generalizándose hacia el año 1925. Su implementación en los textos académicos sería una tarea que llevaría a cabo Carl Schmitt mediante su trabajo titulado “La defensa de la Constitución” en el año de 1931, donde se insta la adopción de una suerte de régimen político, que incluya en su programa una bien dotada fundamentación económica.⁹

La constitución de Weimar representó un cambio importante en el paradigma respecto del régimen económico en la constitución, pues adopta al ámbito económico como parte fundamental del funcionamiento del estado, reconociendo y asegurando no solo la propiedad privada, el libre mercado y la libre iniciativa privada, sino también protege al individuo como sujeto de derechos económicos y

⁹ Cfr. **CHANAMÉ ORBE**, Raúl. Ob. Cit. p. 256

refrenda que el objeto del propio régimen económico es el alcanzar el bienestar general.

La “Constitución económica” como tal, no ha tenido un entendimiento uniforme por parte de la doctrina económica en sus inicios, y jurídica más tarde, por lo que llegar a una definición consensuada en todos sus extremos es difícil¹⁰. Por ejemplo, Beckerath quien en 1932, en lo que llamaría su “Constitución Política y Económica” o “*Politische und Wirtschaftsverfassung*”, por su título en idioma original, define a la Constitución Económica, como la estructura normativa fundamental que organiza el conjunto de dinámicas económicas que tiene cabida en el desarrollo de la vida social, obteniendo expresión concreta a través de instituciones como el derecho de propiedad, la libertad de contrato y el derecho al trabajo, empero tales dinámicas no obtienen su orden de por sí, sino que se reflejan en la constitución por medio de una medida intervención Estatal, cuya expresión práctica se denota en la organización y en la técnica de producción y distribución¹¹.

De modo similar sostiene Wilhelm Ropke, para quien sin embargo, la interrelación entre Constitución Política y Constitución Económica es necesaria e ineludible, pues como quiera que se trate de garantizar la libertad, tolerancia, respeto y contrapesos; el componente económico debe asentarse bajo las mismas premisas pues contrario sensu,

¹⁰ Como puede entenderse a decir de **BLUME FORTINI**, Ernesto. **CONSTITUCION ECONOMICA PERUANA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**. Revista THEMIS N° 36. p. 31

¹¹ Cfr. **FERNANDEZ SEGADO**, Francisco. **EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**. Editorial Dykinson, S.L., Madrid 1992. p. 514

plasmar un modelo económico que contraste con los principios generales albergados en la constitución, terminara con difuminar a aquellos en el terreno político y práctico¹². Así pues, en Ropke, notaremos que tanto la estructura económica y la estructura política implican dos dimensiones bajo el mismo concepto, cuyo condicionamiento e interrelación es ineludible, sosteniendo así que resulta ingenuo pensar “[...] que un Estado puede ser totalitario en el dominio económico, sin serlo simultáneamente en el político y espiritual y al revés”¹³

En el ámbito nacional, el tratamiento de la constitución económica ha tenido importante preocupación entre los tratadistas Constitucionales. Así pues, uno de los primeros en incluir mención del término fue Ochoa Cardich¹⁴, el mismo que señala que la concepción de la constitución económica implica el reconocer la participación de Estado y sociedad, en la dinámica económica, imponiendo para el primero límites propios a la naturaleza del régimen económico adoptado, del mismo modo que para la sociedad y el individuo en particular. Esto significa tener que considerar como es que se han concebido en la carta magna los derechos a la propiedad privada, a la libertad de contratar, a la libertad de comercio y de industria; así como también la impronta y grado de intervención de los poderes públicos en la

¹² **BLUME FORTINI**, Ernesto. **LA CONSTITUCION ECONOMICA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**. Revista Themis N° 36. p. 29

¹³ **GARCIA BELAUDE**, Domingo. **TEORIA Y PRÁCTICA DE LA CONSTITUCION PERUANA**. Tomo II. Ediciones Justo Valenzuela .E.I.R.L., Lima 1993, pp. 53-97.

¹⁴ Como señala **BLUME FORTINI**, Ernesto. Ob. Cit. p. 32

economía, así como también observar el grado de promoción de la libertad de iniciativa individual de los participantes en el mercado y su protección¹⁵. El contenido de estas cláusulas económicas debe de ser interpretado dentro de márgenes razonables de flexibilidad, teniéndose en consideración el contexto histórico, económico y hasta político, en el que tienen cabida; bajo los márgenes del régimen económico adoptado, que como el nuestro, el de una economía social de Mercado, busque el equilibrio entre la subsidiariedad del estado y la solidaridad social¹⁶.

En una línea similar, Baldo Kresalja Roselló, entiende por constitución Económica al *“conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las empresas y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan los derechos, deberes y responsabilidades de cada cual;*¹⁷y cuya concepción intrínseca en la actualidad, se denota como contenido esencial de la constitución, tan igual como lo es el orden político, social y estructural del estado¹⁸

Sin embargo, el mismo autor señala propio e importante deslindar la formalización constitucional de un modelo Económico con el

¹⁵ Como cita **OCHOA CARDICH**, Cesar a **JACQUEMIN**, Alex y **SCHARNS**, Guy. **CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA DE MERCADO**, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Diciembre de 1985. p. 231

¹⁶ Como puede entenderse de **OCHOA CARDICH**, Cesar en **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECONOMICA**. Ed. Caballero Bustamante. 2011. p. 23

¹⁷ **KRESALJA ROSELLO**, Baldo. **PERÚ: CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE LA COMPETENCIA ECONOMICA**. Revista de Derecho de la PUCP. Vol. 12, Núm. 12. 2007. p. 26

¹⁸ **Ibídem**. p. 26

establecimiento de una política económica aislada de viniente del partidismo político; y lo hace siguiendo al profesor español Justino Duque Domínguez, quien señala con énfasis que la Constitución Económica es aquella parte de la constitución que engloba el conjunto de principio y derechos que *“[...] legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa y las instancias jurisdiccionales ante las cuales se pueden hacer valer aquellos derechos, reclamar contra su vulneración y hacer efectiva la responsabilidad derivada del uso obsesivo de aquellos”*¹⁹

Para el Profesor Carlos Torres y Torres Lara la distinción temporal y motivacional es importante; así hace hincapié en que la constitución Económica y la Política tienen orígenes en contextos históricos, económicos y políticos distintos y distantes; citando como un claro ejemplo de su afirmación a la constitución estadounidense concebida como una Constitución Política de carácter típico, cuya preocupación central o foco normativo y estructural es la distribución y las relaciones de vinientes del poder político, preocupación que tiene como fuente el contexto de la época su formulación, esto es lo propio del carácter de las revoluciones del siglo XVIII. En tanto que en el curso del siglo XX, el foco de tratamiento cambia, preocupando más temas como la concentración económica en unos pocos agentes de mercado y la

¹⁹ Ibídem. p. 27

distribución de la riqueza producida por estos, temas que surgieron de las corrientes del socialismo moderno, los movimientos populares y la influencia de la social democracia y del social cristianismo²⁰.

Domingo García Belaunde, no tiene un acercamiento propio al tratar de conceptualizar a la Constitución Económica, pero desarrolla un importante paralelismo; y así observa la existencia de una doble dimensión de la constitución económica: Vista como contenido y como norma Jurídica. Como contenido, se le denomina también constitución económica Material, esto es, el ordenamiento real de la economía en una comunidad determinada. En cambio, vista como norma jurídica o como Constitución Económica Formal, importa la forma en que la constitución escrita reconoce o regula esta realidad.²¹

Como se ha ido observando, el nacimiento y desarrollo de la constitución económica y su conceptualización, resultan estamentos de vital importancia para entender la preponderancia que “lo económico” tiene en el desarrollo de las actividades del aparato estatal, el mercado y la sociedad. Su reflejo en la constitución Política es, entre otros, el producto propio de la necesidad de reconocer el “que hacer económico”, en exigencia de una mención en propiedad a sus normas en el mercado que siendo recogidas por el texto constitucional, forman los parámetros de actuación sobre los cuales el régimen económico

²⁰ **TORRES Y TORRES LARA, Carlos. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA. p. 297**

²¹ **GARCIA BELAUNDE, Domingo. Op Cit. p. 58**

sujeto a elección ha de actuar. Sin embargo, no se debe de creer que esta interpretación ha de ser asistémica, sino todo lo contrario, pues la constitución económica requiere para su vigencia de la constitución política, ya que en ella encuentra al Estado, esto es, en primer término, los derechos fundamentales que recoge y protege, y del mismo modo la forma en la que se organiza. Aquello significa que ambas se complementan y se sostienen en conformidad con el principio de Unidad de la Constitución²²; tal y como también lo ha previsto y desarrollado el propio Tribunal Constitucional en senda jurisprudencia²³.

2.1.2. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO:

La Economía social de mercado, régimen económico adoptado por nuestra actual Constitución Política, tiene sus orígenes en la denominada Escuela de Friburgo u Ordoliberal²⁴, en cuyo seno destacados economistas alemanes trataron de discernir y formar sus lineamientos. Así, surge como un híbrido entre las economías Liberales, neoliberales contemporáneas²⁵ y las Economías de

²² Por el cual se entiende que: “*las normas constitucionales deben han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales [y siendo así, la interpretación soluble debe guardar] consonancia con las decisiones básicas de la Constitución [para evitar] su limitación unilateral a aspectos parciales*”. Como señala HESSE, Konrad. **ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL: Traducción de Pedro Cruz Villalón**. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

²³ Véase: **STC 1091-2002-HC**, Fundamento 4; **STC 0008-2003-AI**, Fundamento 5; **STC 0045-2004-HC**, Fundamento 3, y STC recaída en el **EXP. N.º 5854-2005-PA/TC**, Fundamento 12.

²⁴ Que plantea que no es el estado el que amenaza la economía del mercado libre, sino la economía en sí misma.

²⁵ La primera desarrollada en los siglos XVII y XVIII y encabezada por Adam Smith, cuya máxima *laissez faire, laissez passer* (Traducción Literal de “Dejar hacer, dejar pasar” implicaba la libertad en el accionar de la fuerza de manufactura y libre tránsito de comercio en las aduanas) postulada por Vincent de Gournay, propugnaba una absoluta libertad del mercado rechazando toda intromisión del estado. La Segunda surgida en la década de los 80, como resultado del

Bienestar o de Planificación²⁶; cuya propuesta es la de “*buscar, por medio de un estado fuerte y capaz de implantar un marco adecuado para la libre competencia, un equilibrio entre la economía de mercado y la Seguridad Social*”²⁷.

Aunque su desarrollo teórico es aún indeterminado según la doctrina económica, la mayoría coincide que el término es introducido en el contexto académico por el economista alemán Müller-Armack, en el interior de libro “Economía Planificada y Economía de Mercado” o *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, en su idioma original. El trabajo de Müller-Armack, se caracteriza por enfatizar de que el núcleo u objeto de la Economía Social de Mercado es “combinar el principio de la libertad con el principio de la compensación social del mercado²⁸”; de modo que la libertad del hombre, en su carácter práctico y conceptual se halla complementado por la justicia social, como un bien jurídico general, siendo así que la intervención social se justifica, en tanto que actúe en armonía con el principio de conformidad con el mercado.

Con estos argumentos la economía Social de Mercado intenta justificar un mercado socialmente responsable en la constitución, que

resurgimiento de las ideas neoliberalismo desarrollado en los años 30 (Que más adelante formularía la aparición del Ordo liberalismo), persigue sin embargo una posición más sesgada hacia la defensa a ultranza del *laisser faire, laisser passer*.

²⁶ Doctrina que configura un Estado proteccionista, cuya presencia en la actividad Económica es indubitable y según esta posición, necesaria.

²⁷ **OCHOA CARDICH**, César. **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECONOMICA**. Ed. Caballero Bustamante. 2011. p. 45

²⁸ **MÜLLER-ARMACK**, Alfred. **WIRTSCHAFTSLENKUNG UND MARKTWIRTSCHAF**. Stuttgart: Fischer. 1956 p. 390.

lejos de estar sujeto a una autodeterminación a ultranza, aboga por esgrimir un marco limitante que sin llegar a intervenciones excesivas e injustificadas, propicie la competitividad natural de los mercados, corrigiendo conductas impropias, cuando estas rebasen sus propios parámetros; entonces de lo que se trata es de reconocer “que el mercado en tanto sistema de conducción, no [*puede*] quedar librado a si mismo sino que, para ser socialmente soportable [*necesita de*] condiciones marco acordes con el sistema.²⁹ Sin Embargo, de la naturaleza de la Economía Social de Mercado no existe algún consenso al que se haya arribado pues, la dificultad de esgrimir con claridad alguna conceptualización unánime radica, entre otras, en establecer si se trata de un Modelo Económico en puridad o que en cambio, comparte matices Socio-Políticos. Se sostiene, por ejemplo, que resulta erróneo entender a la Economía Social de Mercado como un régimen sostenido por la ciencia Económica, recayendo en la Ciencia Política dicha titularidad ya que, a diferencia de un modelo económico cuya *ratio* de predictibilidad sobre el funcionamiento de los fenómenos económicos en los mercados se presenta como finalidad; por medio de un modelo Socio –Económico y Político como este se “*intenta comprender y dirigir los fenómenos económicos*”³⁰. En efecto, pues como es característico de este régimen, su flexibilidad la hace

²⁹ Como señala ERHARD, Ludwig. **ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO: SU VALOR PERMANENTE**. Madrid. RIALP, 1994. p.40

³⁰ CRUCES BURGA, Alberto. **¿QUÉ SIGNIFICA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL PERÚ?** En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N° 79*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2014 p. 174

*“susceptible de realización en muy diversos modelos económicos”³¹, debemos entender entonces que se trata de un modelo que rebasa el purismo de las ciencias económicas y nutre sus argumentos de las ciencias sociales y políticas. El componente social es el distintivo propio de este modelo, que siendo guiado una economía de mercado en esencia, incorpora el sustantivo anterior para intentar responder con mayor eficiencia los fines y necesidades de la sociedad, *“pues el contenido social que se asigna al mercado relleva la condición humana de quienes intervienen en el proceso económico.”*³²*

Sin perjuicio de lo antes señalado, resulta propicio hacer mención de los principios que revisten a la Economía Social de Mercado, en atención de un mejor entendimiento de su aplicación; así el profesor Hans Tietmeyer³³ señala los siguientes lineamientos:

- a) El mercado, así como la competencia, son elementos que sirven en garantía de la libertad de los consumidores, empleadores, trabajadores, de modo que permiten incrementar el rendimiento de la empresa, la producción y el mercado; y en ningún caso son elementos privados ni exclusivos de unos cuantos.

³¹ DE LOJENDIO, Ignacio María. **DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO**. En: *Constitución y Economía. La Ordenación del sistema Económico en las Constituciones Occidentales*. Coordinado por Luis Sánchez Agesta. Revista de Derecho Privado. Ed. Derecho Reunidas. 1977. p. 82

³² QUISPE CORREA, Alfredo. **LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA**. Gráfica Horizonte. Lima, 2002, p. 44

³³ Como señala TIETMEYER, Hans. **LAS BASES HISTÓRICAS Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA**. En: *“Economía Social del Mercado”*, transcripción del coloquio organizado por la Cámara de Comercio e Industria Peruano – Alemana, Lima. 1980. pp. 30-31

- b) Los carteles y la concentración de poder económico, ponen en riesgo la estructura de la economía social de mercado, sus objetivos y fines, de modo que es preponderante el establecimiento de una legislación anti-trust.

- c) Tanto el mercado como la competencia operan de manera eficiente conforme el estado propenda normas claras a través de su política monetaria y su sistema jurídico, empero evitando intervenir en el proceso económico, a menos de que esto sea estrictamente necesario. Para lograr esto, es necesario tener una estructura estatal institucionalmente fuerte e independiente, que no se vea comprometida por los grupos de poder económico, adicionándose a este carácter, la existencia de poderes administrativos y judiciales con la suficiente independencia, que los libre de prácticas colusorias.

- d) La puesta en marcha del régimen de economía social de mercado, implica la observancia de dos fundamentos o principios básicos; en primer la solidaridad, por la cual se exige la existencia de un balance entre lo político-social, la promoción del bien común, y las obligaciones sociales derivadas del derecho de propiedad y; por otro lado, el principio de subsidiariedad, en que conmina al estado no intervenir o proveer aquello que el individuo o el privado de forma autónoma puede dar a través del mercado.

Sin embargo ante los principios- generales- antes señalados por Tietmeyer, y como ya se ha expresado en líneas anteriores, siendo

la Economía Social de Mercado un régimen económico constitucionalizado, persigue también principios Socio Políticos y Principios económicos en pureza, esto es, como se concibe al “mercado” y al “Estado” bajo sus lineamientos. Siendo esto así, de los principios Socio Políticos se pueden señalar los siguientes³⁴:

a) La Responsabilidad Personal; Este principio prevé que las políticas del estado en deben de afectar todo lo menos que les sea posible derechos como la libertad personas; empero también implica la menor afectación a las responsabilidades de las personas. En ese sentido, la responsabilidad, para que sea constitutiva de menor lesividad, requiere del elemento fundamental de la autonomía, atributo que es característico del desarrollo de la persona humana; así como de sus asociaciones más espontáneas, como por ejemplo la familia, las sociedades, el comercio entro otros.

b) Solidaridad; El principio de solidaridad implica que la convivencia social se fundamente bajo la comprensión de interés comunes que derivan en la ayuda y la mutua cooperación, de modo que los esfuerzos individuales han de estar encaminados a un mayor desarrollo colectivo. Bajo esta perspectiva, la asociación de personas sobre la cual se fundamentan las sociedades que tienen un carácter

³⁴ Como clasifica RESICO, Marcelo F. **INTRODUCCION A LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**. Konrad-Adenauer-Stiftung. Edición Latinoamericana. 2010. pp. 114 - 117

subsidiario, se conforman mediante grupos o esquemas constitutivos de cooperación mutua, como es el caso de las familias; y que por medio de organizaciones intermedias y el estado logran concretizar sus esfuerzos. De este modo, el principio de solidaridad, encuentra en el estado como el organismo de última instancia que garantiza y protege el orden social, la prevención y la provisión; protegiendo así las necesidades de la sociedad.

c) Subsidiariedad; En acuerdo a este principio, debe de primar la acción particular y auto asistida de los ciudadanos, estando la prestación estatal como un recurso de última ratio; además, también se configura cuando existe la interacción y asistencia mutua interinstitucional, donde aquellas organizaciones de mayor dimensión, ayudan a que las menores alcance y cumplan sus metas. En ese sentido, el principio, establece de que aquello que el ser humano haga y asuma bajo el espectro de su responsabilidad, ya sea por sí mismo, o en conocimiento de su círculo privado, no tiene por qué ser de interés del estado ni de sus organismos; de este modo, tiene como presupuesto la protección de la autonomía de la persona y de las organizaciones de la sociedad civil, respecto de la intervención estatal.

d) Consenso; Por medio de este principio, ha de existir un espíritu de consenso y cooperativismo entre la política social y

la política económica; en ese sentido, en un modelo económico determinado, pueden darse dos escenarios: o bien uno de cooperación o uno de contradicciones o conflictos. Así pues, para la economía social de mercado, no es necesario de que exista una coincidencia absoluta y permanente entre los intereses de todos los sectores de la sociedad, empero, no puede hallar un óptimo funcionamiento si es que el conflicto es continuo, lo que le resta eficiencia en el cumplimiento de sus objetivos. De este modo, en distintos modelos económicos que tienen cierta compatibilidad con el estado de derecho y los principios democráticos estos escenarios son similares, como no es que sucede claramente con los sistemas autoritarios.

En cuanto a los principios Económicos podemos encontrar dos clases de Principios: a) Los Estructurales y b) Los Reguladores³⁵.

a) Los principios estructurales Estos principios, están diseñados y encaminados a garantizar y asegurar la libertad económica, por lo que implican el correcto despliegue de una economía de mercado. Entre estos principios se pueden encontrar a los siguientes³⁶:

- ✓ Los medios de producción son de propiedad privada;

³⁵ RESICO, Marcelo F. Ob. Cit. pp. 118-119

³⁶ *Ibíd.*

- ✓ Los mercados deben de ser abiertos y competitivos;
- ✓ Existe libertad de contrastación bajo la premisa de estar informados debidamente del contenido de los mismos y ;
- ✓ Debe de primar la existencia de políticas económicas solidas que amparen políticas monetarias flexibles a acorde al mercado

b) Los Principios Reguladores: Son principios por medio de los cuales se previenen y repelen los posibles abusos de las libertades Económicas que detenta la economía social de mercado, y que por lo mismo, sirven para poder garantizar de que los beneficios que el libre mercado genere, puedan ser difundidos de un modo socialmente justo; así pues, tienen que ver con el marco institucional y la política económica a cargo del Estado. Dentro de estos principios podemos indicar a los siguientes³⁷:

- ✓ El estado debe proponerse como defensor de las políticas de libre competencia, reduciendo el poder monopólico de los grupos de poder.

³⁷ RESICO, Marcelo F. Ob. Cit. pp. 118-119

- ✓ La primacía de las políticas anti-cíclicas integrales que favorezcan escenarios de moderación de auges y recesiones, y;
- ✓ La implementación de una política social, que defienda la igualdad en el acceso a oportunidades, así como favorecer y promocionar las prácticas de precio que permitan reflejar el total de costos de modo que se pueda internalizar en el mercado, todos los beneficios y costos externos que no se tendrían en cuenta, implicando así la existencia de límites a la a determinadas conductas como la depredación y contaminación.

Como se ve, estos principios simbolizan el marco de atención y delimitación impuesto tanto al estado como a los agentes económicos y se traducen, como veremos más adelante, en los roles de actor vigilante y garante de la libre competencia, así como de subsidiariedad en lo que este último concierne. En efecto, en una economía social de mercado, los deberos de carácter específico, son asumidos en su conjunto por los privados y por el estado, siendo el rol de los particulares el de ejercitar las libertades económicas observando la responsabilidad social, en tanto que para el estado, se inquiera el cumplimiento del rol vigilante,

garantista y corrector, ante la presencia de deficiencias y fallos del mercado, así como de la actuación de los particulares³⁸.

La descripción ofrecida anteriormente relata también un tema de crucial importancia y que pensamos, ayuda a definir mejor la referencia al “mercado ideal” que se intenta perseguir con la economía social de mercado: Los mercados abiertos y competitivos o Mercados de Libre Competencia. Esta designación, en apariencia ambigua, ubica las características propias del mercado que yace bajo la Economía Social de Mercado; así, los mercados Competitivos y abiertos se caracterizan por la elasticidad y movilidad autónoma de la competencia de los agentes de mercado, donde productores y consumidores son los que definen las políticas de precios, la calidad y cantidad de la producción de bienes y servicios en función a la interacción de la oferta y la demanda; condición que resulta beneficiosa para los consumidores pues la competencia entendida así, incrementa el valor agregado de los recursos ofertados en el mercado y multiplica las opciones de recursos a elegir. Cuando esta concepción de la competencia se ve mermada por los fallos de mercado, es cuando la intervención estatal se hace viable y visible, esta función correctora involucra por lo general, una labor *ex post* y para ello es que nacen como instrumento las normas de protección de libre competencia o anti trust, tendencia de origen anglo-americano, por medio de la cual el

³⁸ Como es que se puede entender de lo señalado en la sentencia recaída en el **EXP. N° 1963-2006-PA/TC**. Fundamento 6

estado corrige las conductas anticompetitivas reclamando así un rol sancionador. Sin embargo, en los últimos años hemos visto como a este rol sancionador se le ha ido sumando un rol preventivo, en el que las políticas de libre competencia intentan premunir posibles atentados al correcto funcionamiento de los mercados, postura que para algunos, al ser muchas veces especulativa, resultaría incluso más lesiva que las propias fallas de mercado.

2.1.2.1. LOS PRINCIPIOS DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

Nuestra actual Carta Constitucional ha recogido en buena parte los principios generales que describen a la economía Social de Mercado tal como la concibió en su tiempo la Escuela ordoliberal; y lo hace en el capítulo I, del Título III: Del Régimen Económico, denominado Principios Generales. En él se mencionan las prerrogativas del régimen económico adoptado. Siendo así, es menester el agrupar los principios contemplados en la constitución económica, según los hemos señalado ya con anterioridad.

- 1) En primer lugar, se trata de ubicar al estado un régimen económico de esta naturaleza; así, en el Artículo 58° sostiene que, bajo el régimen de una economía Social de mercado el estado obtiene un rol orientador, de este modo, su actuación se encuentra limitada a la promoción del empleo, la salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Como se ha visto, el *ratio* de intervención estatal se encuentra delimitado a ciertos supuestos, luego, sería viable ubicar esta disposición dentro de los principios reguladores, pues enmarcan la posición del estado en cuanto a la promoción y búsqueda de la equidad social.

- 2) Del mismo modo, dentro de este grupo de principios, nos es posible señalar al contenido en el artículo 61, por el cual el estado tiene la potestad para vigilar y facilitar la libre competencia y así como para sancionar toda practica que limite su normal desenvolvimiento y, de forma resultante, el abuso de los monopolios y posiciones dominantes en los mercados.

2.1.3. LA FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, PLASMADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

Como se ha visto hasta ahora, la Economía Social de Mercado impone límites a la actuación del estado en materia económica, estas prerrogativas no son antojadizas; al contrario, como ya se ha intentado conceptualizar, provienen de lo que el propio modelo Económico y socio-Político requiere. Hemos intentado arribar a una conclusión lo más cercana posible respecto al contenido de la Economía Social de Mercado y como es que se le conceptualiza; sin embargo, dicha labor sería insulsa sin que antes podamos delimitar con detalle el rol que el estado cumple según la concepción de nuestro régimen Económico tal y como se ha plasmado en la constitución vigente.

Como se ha revisado ya, la Economía Social de Mercado le reserva al estado una función Orientadora y Correctora en la Economía. La primera no es invasiva, sino que delimitadora en función a los principios del régimen Económico, los cuales hemos detallado con anterioridad; en tanto que la segunda es de última *ratio*, y faculta a la administración pública a repeler y combatir toda practica que altere, limite y menoscabe la libre competencia y de forma correspondiente, las libertades económicas que la propia constitución reconoce.³⁹

Sin embargo, esta postura no siempre se ha mantenido prolija, así púes, es menester señalar que una de las mayores expresiones del cambio en el capítulo económico que contiene la constitución de 1993 está graficada en la segunda parte del artículo 58° afirmando que, “*Bajo este régimen [El de una Economía Social de Mercado], el Estado orienta el desarrollo del país*”⁴⁰, así se describe, de forma explícita, un Estado orientador en materia económica, y sumado a este, sirve como refuerzo el propio rol subsidiario. No lo es así en cambio, cuando hacemos referencia a su rol corrector, pero podemos entenderlo tal cual cuando se cita el artículo 61° de la carta constitucional en su segundo párrafo exponiendo que un régimen económico como este, se “*Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas*”⁴¹.

³⁹ Como también afirma Alfredo **QUISPE CORREA**. En **PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE LA CONSTITUCIÓN**. Revista Cultura N° 20 de la USMP. Lima. p. 509

⁴⁰ **Artículo 58°.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, *el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*

⁴¹ **Artículo 61°.-** *El Estado facilita y vigila la libre competencia.* Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

(...)

Esta visión del régimen económico está muy distante del modelo consagrado en la Constitución de 1979 en el que se le entregaron al Estado "*facultades muy significativas para intervenir en la marcha económica, lo que por cierto desdibujaba, hasta hacerlo difícil de identificar, a un sistema de economía de mercado*"⁴²

La doctrina y la jurisprudencia constitucional y en materia de Libre competencia, como se verá oportunamente, han ido moldeando el concepto del Rol del estado en una economía social de mercado, que en síntesis, define a este como un Estado regulador si, pero en esencia promotor y corrector, mas no así intervencionista, de modo que solo le son asignados roles de supervisión, regulación y fiscalización en la provisión de servicios Públicos, alentando y orientando la libre competencia, así como garante de que los bienes y servicios sean de calidad , bajo reglas de precio, en obediencia de la oferta y la demanda, en beneficio directo de los usuarios y/o consumidores, los mismos que conservan iguales derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna⁴³.

El estado entonces asume un rol garantista de las libertades económicas y por ende del propio mercado, sin embargo, como la constitución señala, dicho ejercicio debe en principio ser guiado a la

⁴² Como señala **KRESALJA ROSELLÓ**, Baldo. **LA RESERVA DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS A FAVOR DEL ESTADO Y EL RÉGIMEN DE MONOPOLIOS EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993**. En: "Ius et Ventas" N° 22, p. 274.

⁴³ **Artículo 65°.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.[...]

consecución de la equidad, contenido claramente social; así como no ser lesivo de otros derechos fundamentales⁴⁴.

La doctrina nacional ha nutrido el desarrollo del Rol estatal en nuestro régimen económico, así Bernaldes Ballesteros, indica que *“[...] el rol del Estado no es el de intervenir directamente en la vida económica del país sino orientarla, comprendiendo en dicha orientación su actividad reguladora; [de modo que] la orientación, permite al Estado canalizar iniciativas hacia sectores prioritarios. [Así...] el Estado podrá fijar objetivos y prioridades a las cuales orientará el desarrollo del país.”*⁴⁵

Para el profesor Chanamé Orbe la perspectiva de una economía social de mercado retratada en nuestra actual constitución inquiriere que el Estado se convierta *“[...] en un vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas.”*⁴⁶.

En este entender, destaca el profesor Quispe Correa que *“la economía social de mercado se funda en la libertad humana, donde prima la iniciativa privada libre, la economía social de mercado, por antonomasia, la ausencia de planificación, la actividad subsidiaria del Estado, el pluralismo y la libre competencia”*. Del mismo modo afirma que la intervención del Estado en la economía *“solo debe operar en la*

⁴⁴ **Artículo 59°.-** 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.[...]

⁴⁵ **BERNALES BAILESTEROS**, Enrique. **LA CONSTITUCIÓN DE 1993: ANÁLISIS COMPARADO**. Editora Rao, Lima, 1999, pp. 352-353

⁴⁶ **CHANAMÉ ORBE**, Raúl. Ob. Cit. p. 277

medida en que la propia subsistencia del mercado peligre, o cuando la crisis social demande medidas urgentes, sin que ello sea óbice para que desarrolle su papel regulador".⁴⁷

Bajo tales argumentos de parte doctrina nacional, sería acertado señalar que nuestra actual carta magna se inclina con claridad por otorgar la fuerza productiva y creativa al empresariado, enfatizando la instauración y desarrollo de mercados competitivos basados en la libre iniciativa privada⁴⁸; así se esgrimen argumentos similares, infiriendo que es el estado el que lidere y oriente económicamente el desarrollo del país no necesariamente interviniendo en la actividad propiamente dicha, pero sí brindando la información estratégica que la toma de decisiones requiere.

Como puede verse hasta ahora, la intervención del estado en la economía está claramente delimitada en función a supuestos detallados en la propia constitución y que en extensión fueron desarrollados por la jurisprudencia del propio tribunal y del INDECOPI; nace así el rol subsidiario del estado, esencialmente con un carácter promotor, pues por su intermedio medio el Estado puede atender sectores y necesidades en mercados en los que el sector privado no

⁴⁷ **QUISPE CORREA**, Alfredo. **LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA**. Gráfica Horizonte. Lima, 2002, pp. 42-57.

⁴⁸ **GONZÁLEZ VIGIL**, Fernando. **NUEVO REGIMEN ECONOMICO CONSTITUCIONAL Y POLITICA EXTERIOR**. Revista Agenda Internacional, Año II, N° 3, Enero-Julio, pp. 29-33, Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima

tiene capacidad, ya sea por el alto coste de la producción y/o generación del servicio.

En la formación de los mercados es natural hablar de distintas formas de empresas o de personas jurídicas con capacidad empresarial, en tal sentido, la teoría administrativa empresarial y la doctrina jurídica en la materia, se han encargado de arrojar conceptos y clasificaciones a la empresa; sin embargo podemos decir con acierto que este abundamiento teórico no existe de manera antojadiza, sino que sustenta de forma necesaria el reconocimiento de las distintas formas en los que los empresarios deciden organizarse para existir en el mercado. Entender esto es fundamental, pues contiene una de las bases principistas de una economía en libre competencia; el pluralismo económico. El artículo 60° de nuestra constitución vigente refleja este criterio de forma taxativa, y así lo expresa; sin embargo su interpretación debe guardar una amplitud necesaria a fin de comprender ontológicamente el sentido propio de la norma constitucional; esto es, el reconocimiento de la empresa como actor, no único, pero si el principal en los mercados.

La importancia de la empresa como unidad y agente económico radica en la función simplificadora que representa cuando de organizar y dirigir esfuerzos de producción en los mercados se trata. Por medio de ella se puede llegar a producir y ofertar bienes y servicios de manera más eficiente, que de otro modo se harían de forma individual. La implicancia de entender así a la empresa resulta útil e importante, pues

como se ha señalado ya, la empresa, como unidad de producción, representa un fundamento vital a la hora de hablar del costo de las normas -o del derecho- en los mercados; estamos haciendo referencia a los costos de transacción⁴⁹, que no son otra cosa que sujetar el costo de la producción, al costo de que esta se realice y oferte de forma legal en los mercados, esto significaría –de forma acertada pensamos- el sostener que por medio de la empresa la reducción de los citados costos de transacción se hagan visibles, haciendo más eficiente las operaciones de producción y oferta de productos y servicios, como ya hemos señalado, así como también ampliar las opciones y ponerlas (ofertarlas) al alcance de los consumidores, procurándoles para tal efecto, las herramientas, y la información necesaria y oportuna para la satisfacción de sus necesidades.

Bajo dichas consideraciones, y dentro de lo que la propia constitución señala, se reconoce implícitamente a la empresa pública, claro está, con significativas diferencias y finalidades en comparación a la empresa privada.⁵⁰ Así cuando el estado requiera formar parte del mercado como empresario habrá de hacerlo bajo ciertas prerrogativas. El artículo 60° anteriormente señalado, menciona los supuestos bajo los cuales el estado puede realizar actividad empresarial, estos son: a) alto interés público o; b) manifiesta conveniencia nacional. Sin

⁴⁹ El primer Estudio importante respecto al tema fue realizado por **COASE**, titulado “**El Problema del Costo Social**”

⁵⁰ **STIGLITZ** Joseph señala que la empresa privada tiene como objeto la maximización de beneficios; en tanto las públicas pueden perseguir objetivos económicos y no económicos, completando por ejemplo su objetivo no económico, en desfavor de su rentabilidad. En **LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO**. Barcelona: Editorial Bosch, 2002.

embargo, a riesgo de calificar de escueta esta prescripción normativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI -oportunamente- ha desarrollado de forma extensiva y detallada como es que debe entenderse el rol subsidiario del estado en la actividad empresarial, estableciendo niveles de análisis⁵¹.

En Primer lugar, para que esta actividad sea considerada como lícita y por lo mismo permitida; debe darse por medio de una ley de carácter expreso.; la misma que debe de establecer de forma clara que por medio de la actividad estatal, la empresa pública se halla habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad; de modo que las autorizaciones tácitas; así como las interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación, se encuentran con rotundidad prohibidas. En segundo orden, debe existir un análisis respecto de que si la actividad de la empresa pública, al tener un carácter subsidiario, se dirige a la satisfacción de las necesidades de un segmento de consumidores, que ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial, no puedan hacerlo por medio de estas y si por aquella. En tercer lugar la revisión de que esta actividad revista un alto Interés Público, lo que a nuestro entender reviste de vital importancia, pues justifica en plenitud la intervención estatal en las actividades económicas; sin embargo, el

⁵¹ Resolución **N° 3134-2010/SC1-INDECOPI**, recaída en el **Exp. 201-2008/CCD** mediante el cual se **APRUEBA UN PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA** que interpreta la aplicación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal–, el cual califica como acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas el desarrollo de actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. El mismo documento se caracteriza por desarrollar extensivamente las características del Rol subsidiario del Estado.

desarrollo del concepto de Interés Público no ocuparemos en un acápite en particular, pues es un tema que reviste amplia discusión y delimitación.

Concluyentemente, el rol del Estado en una Economía Social de Mercado, tiene escenarios distintos y bajo determinados supuestos. En primer lugar una función orientadora y vigilante *prima facie* de las actividades económicas de los particulares en los mercados, velando por el correcto funcionamiento de los mercados en función a la naturaleza que atiende el régimen de la economía social de mercado. En segundo lugar una función correctora, cuya presencia se asienta cuando se vulneran las normas del régimen económico y en tercer lugar- añadimos- una función subsidiaria, estrechamente vinculada a la defender y atender áreas de Interés Público, “*relacionadas básicamente con asuntos sociales esenciales, como la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*”⁵².

⁵² RUBIO CORREA, Marcial. **ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p.197.

2.1.3.1. JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL ROL ESTATAL EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

A. DESDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para poder comprender el Rol del Estado en una economía Social de Mercado desde la perspectiva del Último Interpretador de la Norma Constitucional es necesario indicar como es que este entiende al Régimen Económico Adoptado, así la perspectiva de una economía social de Mercado.

En la Sentencia recaída en el **Exp. N° 0008-2003-AI/TC**, el tribunal constitucional (en adelante TC) entiende que la Economía Social de Mercado es un régimen en el que:

“imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”, siendo así, “tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del laissez faire, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico”.

Así mismo sostiene el tribunal que:

“Dado el carácter “social” del modelo económico [...], 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”.*⁵³

Como se ve, la hibridación de este modelo queda retratada en palabras del tribunal que entiende a la Economía Social de Mercado como el equilibrio entre el bienestar social y la actuación de los agentes económicos bajo las reglas de un mercado libre, en atención de un estado vigilante. Esta posición la ha establecido también en la Sentencia recaída en el **Exp. N° 0048-2004-PI/TC** sosteniendo que la participación de los agentes económicos está condicionada en armonía con el bien común y el respeto por el interés General⁵⁴.

Sin embargo, también reconoce en igual cabida el pluralismo económico - sujeto bajo las diferentes formas de empresa-, así como la importancia de la protección de las libertades económicas concedidas por nuestro régimen a los agentes económicos. De este modo, mediante la sentencia emitida en el **Exp. N° 0018-2003-AI/TC**, se reconoce que en equivalencia a su objeto social y solidario, mediante la Economía Social de Mercado se busca:

“Asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre

⁵³ STC. Recaída en el **Exp. N° 008-2003-AI/TC**. Fundamento 16.

⁵⁴ Ibidem. Fundamento 15

competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general.”⁵⁵.

Esta acepción, no sería completa si no se reconoce la importancia de las libertades económicas que forman parte fundamental del Régimen económico. En consecuencia, la sentencia recaída en el **EXP. N° 03116-2009-AA** enfatiza que:

“en una economía social de mercado, el derecho a libertad de empresa, junto con los derechos a libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista”⁵⁶.

Como se puede observar, bajo la interpretación del Tribunal, uno de los roles del Estado en una economía social de Mercado es el de ser un garante de libertades y derechos, los de contenido social como objeto último, y el funcionamiento eficiente del libre mercado, cuya resultante es el bienestar general, procurando que la participación de los beneficios sean los más extensivos.

Entonces para el tribunal, la libertad de actuación de los agentes económicos en los mercados resulta ser de vital importancia,

⁵⁵ STC recaída en el **Exp. N° 0018-2003-AI/TC**. Fundamento 6

⁵⁶ STC recaída en el **EXP. N° 3116-2009-AA**. Fundamento 7

pues fundamenta principistamente la existencia del libre mercado. La sentencia contenida en el **Exp. N° EXP N° 10063-2006-PA/TC** expone lo anteriormente señalado, explicando que:

“La economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre la oferta y la demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios”⁵⁷

Del mismo, el rol corrector estatal queda asumido en cuanto el TC sostiene que el estado tiene la potestad de, no solo rechazar, sino también repeler y corregir aquellas fallas de mercado que no siendo propias de una Economía Social de Mercado, afecten la eficiencia natural de los mercados en libre competencia⁵⁸

⁵⁷ STC recaída en el **EXP N° 10063-2006-PA/TC**

⁵⁸ STC recaída en el **EXP. N° 1963-2006-PA/TC**. Fundamento 6

En esta misma línea, respecto del Rol subsidiario del Estado, el máximo intérprete constitucional ha señalado que este se ubica como uno de los elementos esenciales⁵⁹ de una economía social de mercado. Estos elementos son:

- ✓ *Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.*
- ✓ *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.*
- ✓ *Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.*

Del mismo modo, en la **Sentencia del EXP. N.º 0008-2003-AI/TC** Indica también que:

“la subsidiariedad en el plano horizontal supone que la relación existente entre el Estado y la ciudadanía se desarrolle en el marco del respeto a la autonomía y la libre

⁵⁹ STC recaída en el **EXP. N.º 008-2003-AI/TC**. Fundamento 13

determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial.”⁶⁰

Como se puede observar el tribunal esboza claramente su posición y coloca al estado como un garante, corrector y vigilante de la economía, otorgándole a los agentes de mercado las prerrogativas propias para poder desenvolverse con libertad, sin embargo sostiene que:

“[...]Si bien la Constitución de 1993 busca garantizar el máximo respeto al ejercicio de las libertades económicas de los particulares, tal objetivo no puede concebirse de manera absoluta y aislada de la necesidad de protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. De ahí que el propio ejercicio de las llamadas libertades económicas no se concibe como fin en si mismo y ajeno al ideal del orden económico y social justo; prueba de ello es que la propia Constitución ha determinado los límites a su ejercicio, conforme se advierte de su artículo 59°, sancionando el abuso de estas libertades en perjuicio de la moral, la salud y las seguridades públicas; de igual modo, el artículo 60°, condiciona el ejercicio del derecho de propiedad a su armonización con el bien común.”⁶¹

⁶⁰ STC recaída en el **Exp. N° 008-2003-AI/TC**. Fundamento 19

⁶¹ STC recaída en el **EXP. N° 034-2004-PI/TC**. Fundamento 25.

Entonces, el ejercicio de las libertades económicas debe ser pleno, pero no irrestricto, y en esa categoría la empresa y su libertad para ejercer sus actividades, significan – a nuestro modo de ver- uno de los pilares del desarrollo de una economía Social de Mercado, donde el libre mercado tenga legitimad. Esto significa que no se pueden soslayar de forma arbitraria el ejercicio de las libertades que le dan dinámica a la libre competencia y consecuentemente al libre mercado. En esta última proposición ubicamos lo sostenido por el tribunal cuando dice que:

“[...]el artículo 59° de la Constitución recoge una cláusula de garantía para las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria;[...]. A juicio de este Tribunal, dicha cláusula no sólo determina un rol negativo para el legislador, de no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas, sino que al mismo tiempo le otorga un margen de actuación a fin de garantizar condiciones materiales de igualdad”⁶².

⁶² STC recaída en el **EXP. N° 034-2004-PI/TC**. Fundamento 30.

2.2. LA LIBRE COMPETENCIA EN UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO

2.2.1. LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS: DOCTRINA ECONÓMICA Y JURÍDICA RESPECTO DE SU CONTENIDO.-

La competencia es una condición de la naturaleza del hombre que se exterioriza primitivamente en el afán de obtener los recursos para sobrevivir; este carácter puede expresarse en diferentes aspectos de la vida del ser humano, siendo uno de ellos el de carácter económico el que para nosotros revela mayor importancia.

La competencia en su carácter económico significa la persecución de objetivos, que se traducen en la obtención u ofrecimiento de bienes, sean consumidores o productores⁶³, de ser el caso, en los que cada cual buscara la satisfacción de sus necesidades, los primeros buscaran una mayor rentabilidad en el mercado, entre tanto los otros perseguirán satisfacer requerimientos que varían desde el plano subjetivo, hasta las necesidades más básicas del ser humano.

Esta acepción, basada en la estructura de los mercados competencia, no sería sustentable sin reconocer que se apoya bastante en conceptos económicos, los cuales ayudan a perfilar de mejor modo la concepción que se tiene de la libre competencia tal y como la conocemos en la actualidad. Es por eso que con acierto nos es posible sostener que *“la dificultad para determinar el contenido jurídico del*

⁶³ Como puede entenderse en lo señalado por **BLUME FORTINI**, Ernesto. **LA CONSTITUCION ECONOMICA PERUANA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**. Revista de Derecho THEMIS N° 36. p. 34

*termino competencia proviene de su carácter económico y de la ausencia de un contenido univoco, pues en la ciencia económica se habla de diferentes clases o tipos de competencia: Perfecta, imperfecta, efectiva, monopolística, etc.”*⁶⁴

2.2.1.1. EL MERCADO, ESCENARIO, ELEMENTOS Y MERCADO

RELEVANTE:

Siendo así, nos preocupa en primer término intentar definir lo que las ciencias económicas y jurídicas entienden por “mercado” y poder graficar el escenario en el que el carácter competitivo en su función económica tiene cabida. Como escenario en primer lugar pues es ahí donde se desarrollan las actividades de los agentes económicos, sean productores y consumidores y como elemento, pues como señala Kresalja, con respecto a una economía de Mercado, “*presupone [una economía basada en el, confiándosele] el desenvolvimiento del proceso productivo*”.⁶⁵

Así, señala el Profesor Justino Duque por ejemplo que el mercado es “[...] *el espacio social en el que se encuentran demandantes y productores de los bienes y servicios donde estos son valorados equitativamente en concurrencia con otros productores*”⁶⁶

⁶⁴ **KRESALJA ROSELLÓ**, Baldo. **CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE LA COMPETENCIA ECONOMICA**. Revista Pensamiento Constitucional Año XII N° 12. p. 40.

⁶⁵ **KRESALJA ROSELLÓ**, Baldo. **CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE LA COMPETENCIA ECONOMICA**. p. 43

⁶⁶ **DUQUE DOMINGUEZ**, Justino Florencio. **INICITIVA PRIVADA Y EMPRESA**. Constitución y Economía, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, p. 67.

De modo similar Mankiw sostiene que el mercado es “un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. Los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto, y los vendedores, la oferta”⁶⁷

Wolfgang Fikentscher, señala que la existencia de los mercados está delimitada a tres elementos: a) Un bien; b) un espacio y; c) un tiempo. Señala así el autor que “*estas tres dimensiones están entre si unidas por una relación recíproca, de modo que el bien se determina a través del tiempo, y el tiempo a través del bien y del espacio*”⁶⁸.

Hasta aquí pude notarse sin mayor esfuerzo que los elementos básicos para la formación de un mercado son: a) los agentes, productores, vendedores, intermediarios y distribuidores; b) Un bien susceptible de ser comercializado y; c) El precio, que se da entre la interrelación propia de la oferta y la demanda.

A. TIPOS DE MERCADO:

Del complejo abanico de clasificaciones que existen en la teoría económica respecto de los tipos de mercado, nos preocupa en especial aquel que tiene que ver con el tipo de competencia que se le imprime, así tenemos:

⁶⁷ MANKIW, Gregory. **PRINCIPIOS DE ECONOMIA**. Ed. Paraninfo. 4ta Edición 2009. p. 47

⁶⁸ FIKENTSCHER, Wolfgang citado por KRESALJA. Ob cit. p. 42

1) MERCADOS DE COMPETENCIA PERFECTA:

Es un tipo de mercado en los que las empresas ofertan bienes y servicios que son homogéneos y equivalentes entre sí; de modo entre vendedores y compradores, existen posibilidades en proporciones homogéneas, lo que imposibilita la capacidad de estos en influir en la formación de los precios de mercado; siendo de este modo, los agentes participantes en este tipo de mercado, precio-aceptantes, ya que no tiene una mayor injerencia en la formación de precios.

2) MERCADOS DE COMPETENCIA IMPERFECTA:

Son los mercados más comunes por definición, donde son heterogéneas las posibilidades de los agentes de mercado de modo que o bien un solo agente o unos pocos, participan en la formación o manipulación de la cantidad de producto, afectando así la formación de los precios. Esto conlleva a que en dadas condiciones, estos agentes tengan un poder de mercado importante. En la teoría económica existen tipos de estructuras, caracterizadas por no ser competitivas, las cuales son:

a. MERCADOS MONOPOLICOS:

Los mercados monopólicos se caracterizan por la existencia de un único agente proveedor de bienes y

servicios, ya sea por la característica de estos, o producto de malas prácticas competitivas, lo que provoca un desplazamiento de otros competidores y provocando que el producto o servicio no tenga sustitutivos cercanos.

b. MERCADOS OLIGOPOLICOS:

Los mercados oligopólicos, se caracterizan por la presencia de una competencia limitada por la vigencia de pocos competidores en un sector determinado, los mismos que ofrecen productos y servicios en caracteres idénticos.

c. MERCADOS MONOPSONICOS

Son mercados limitados por la existencia de una cantidad compradores reducida para productos o servicios heterogéneos.

B. MERCADO RELEVANTE:

El mercado relevante es una categoría conceptual usada propiamente por los organismos reguladores de mercado, la misma que se emplea en el señalamiento y ubicación de un mercado determinado, con condiciones propias y características particulares de su dinámica; ya sea por la naturaleza de los bienes que en él se ofertan, o por la característica de los propios agentes de mercado. Sin embargo no se ha arribado aun a una conceptualización

unánime, pues como señala Pinas Flint, no existe consenso “[...] respecto si la definición de mercado relevante es una categoría jurídica o económica”⁶⁹ en propiedad.

Sin embargo, sostiene el mismo autor, esta imposibilidad no significa que “exista una vía *a priori*, para definir al mercado relevante, pues una definición estricta puede resultar adecuada en un caso e inapropiada en otro”⁷⁰.

En ese entender, Kresalja sostiene que “suele definirse a los mercados relevantes a aquellos delimitados por unos bienes y servicios determinados, caracterizados por su sustituibilidad, desde el punto de vista de la demanda, dentro de un ámbito temporal y geográfico determinado.”⁷¹

La determinación de los mercados relevantes revisten de vital importancia para efectos de determinar la vulneración de la libre competencia en los mercados, y la existencia de fallas en los mismos, pues se deben de considerar las características propias; como son las geográficas, de poder adquisitivo y necesidad; así como la naturaleza propia del bien en circulación, que puede ser público o privado.

⁶⁹ FLINT, Pinkas. **TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Estudio Exegético del D.L. 701.** Fondo Editorial de la PUCP. 2002. p.218

⁷⁰ FLINT, Pinkas, citando a NOVOA, Fernández. **TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. ESTUDIO EXEGÉTICO DEL D.L. 701.** p. 216

⁷¹ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. **CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE LA COMPETENCIA ECONOMICA.** p. 43

2.2.2. LA LIBRE COMPETENCIA COMO PRINCIPIO EN LA CONSTITUCION POLITICA VIGENTE

Como se ha revisado en el capítulo anterior, la economía social de Mercado reviste el dinamismo de los mercados de libre competencia con un claro objetivo social, esto es que el finalidad del quehacer económico se refleje en el bienestar social como objetivo último, así lo ha estimado la doctrina y la jurisprudencia constitucional hasta donde se ha revisado.

En ese entender, la libertad de competencia resulta no solamente un pilar importante y nuclear de la economía social de mercado, sino que además de ser un elemento vinculante entre las libertades demás económicas, se alza como un principio rector y cuyo contenido entendido como tal, resulta importante desarrollar a fin de comprender de mejor modo, como es que se configura.

La libre competencia, como ya hemos señalado líneas arriba, es un elemento vinculante entre las demás libertades económicas, pues es el sustento del propio mercado, por ejemplo, como ocurre con la libertad de empresa, cuyo contenido y finalidad quedaría estéril sin la posibilidad de competir con libertad en el mercado.⁷²

⁷² Al respecto véase:el **EXP. N° 03116-2009-PA/TC**.

Por las consideraciones anteriores, pensamos que resultaría mas didáctico reflejar la importancia de este principio en lo sostenido jurisprudencialmente por el tribunal constitucional y el INDECOPI.

2.2.3. EL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA A TRAVES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL INDECOPI.

2.2.3.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

El tribunal Constitucional, como es que también ha desarrollado en lo ya revisado de los caracteres económicos de la constitución, sendos pronunciamientos respecto del contenido de la libre competencia como pilar , característica y principio de la economía social de mercado. En ese sentido, mencionaremos los aspectos más importantes de las sentencias más relevantes del referido tribunal:

A. Expediente N.º 00018-2003-AI/TC:

En esta sentencia el tribunal determina los requisitos que se han de presentar en la configuración de la libre competencia, según se connota en nuestro régimen económico, siendo los siguientes aspectos:

- a. La autodeterminación para el acceso al mercado y el emprendimiento de iniciativas empresariales.
- b. La libertad y capacidad para autodeterminar las circunstancias, modos y formas en el ejercicio de las

actividades económicas, lo que implica pues, poder manejar libremente aspectos como la calidad, el modelo, el volumen de producción, entre otros aspectos. Esta es la referida, libertad de actuación en el mercado.

- c. La igualdad de los competidores ante la ley, por lo que no deben darse comportamientos discriminatorios entre ellos.

B. EXP. 3315-2004-AA/TC: Fundamentos 16 y 17

En esta sentencia, el tribunal ha estimado que el concepto de Libre competencia, el cual se aspira constitucionalmente, implica considerar a la libertad económica en su acepción más amplia, lo que implica los siguientes aspectos:

- a. La libertad de acceso y auto determinación, de modo de que nadie, ni siquiera el estado, ni otros agentes económicos impidan o restrinjan dicha participación.
- b. La libertad de Iniciativa o actuación en el mercado: de modo que una vez accedido al mercado, se debe de gozar de la suficiente capacidad auto determinación para competir bajo la ley de la oferta y la demanda

C. EXP. 03116-2009-PA/TC:

En esta sentencia se ha establecido, tomando como referencia otros pronunciamientos jurisprudenciales, que “[...] *uno de los elementos necesarios para la configuración del régimen económico social de mercado es la libre competencia*”. Bajo ese entender, el estado actúa como un garante del acceso al mercado, el mismo que debe de otorgarse en igualdad de condiciones, así también actúa como un represor del abuso de posiciones dominantes o monopólicas salvaguardando la participación de todos los agentes de mercado, entre consumidores y ofertantes, como es que ya se había señalado anteriormente en la sentencia que recae sobre el expediente N° 0034-2004-AI/TC, en su fundamento número 32.

Así también se ha indicado que la libre competencia, como principio, resulta ser una manifestación del orden público económico.

2.2.3.2. EL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL:

A. EXP. 002-2009/CLC – RES. N° 479-2014/SDC-INDECOPI

Fundamentos 12 y 13:

En esta resolución, el Indecopi, ha señalado que en condiciones de competencia, los precios, la cantidad y la calidad de los productos y/o servicios se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda; de modo que se

incentiva a los agentes económicos a ofrecer la mejor calidad posible al menor precio posible, lo que se traduce en una mayor eficiencia económica. Esto, permite el incremento del bienestar de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

Así también, se ha indicado que la libre competencia resulta ser un bien jurídico tutelado por la constitución .reconociéndola como como un principio esencial de la economía social de mercado

2.3. TEORIA DE LA REGULACION Y TECNICA REGULADORA EN EL MERCADO

2.3.1. LA TEORÍA DE LA REGULACION.-

El funcionamiento de los mercados contiene dinámicas complejas. La teoría Económica ha sostenido durante mucho tiempo que el libre juego de la oferta y la demanda en los mercados es el método más eficiente para la asignación de recursos, como ya hemos señalado en capítulos anteriores, en nuestro régimen económico se busca el equilibrio entre los intereses y beneficios ofrecidos por los mercados de libre competencia y el bienestar social, siendo que el objetivo final es esto último; hemos de entender entonces que el funcionamiento eficiente de un mercado- sea del sector que sea- se traduce en una correcta asignación de los recursos que en él se ofertan, cuyos beneficios se

entiende son Pareto óptimos, es decir un mercado en condiciones ideales.

Sin embargo la realidad muestra una cara muy distinta. La actividad propia de la competencia provoca mercados imperfectos. Debe comprenderse que los beneficios que reporta la operación de los mercados de libre competencia no afectan de la misma manera a todos, esto es, que no significa que todos los agentes de mercado perciban la misma cantidad “x” de beneficios, sino que lo hacen en función a la condición que ostentan y al costo de operar o actuar en dicho mercado.

Los denominados “fallos de mercado” evidencian a los mercados imperfectos, escenarios donde el tipo de competencia se desvía y orienta la balanza desmesuradamente a un agente de mercado o a un grupo de ellos, lo que resulta no solo en un aprovechamiento de los otros agentes de mercado- como son consumidores e intermediarios-, sino que propicia que el mercado sea menos eficiente que en condiciones normales, aunque estas no sean Pareto eficientes, como se ha dicho antes. Estas condiciones de ineficiencia se traducen en la existencia de carteles, abuso de posiciones dominantes, de monopolios, oligopolios, concertaciones de precios y asimetría informativa, como pueden identificarse otros que se establecen en la legislación *anti trust* que corresponda.

Mediante la Teoría de la Regulación económica, se evalúa la necesidad de la intervención del estado, generalmente esto inquiero el devolverle

a dichos mercados condiciones de eficiencia; así como procurar el bienestar de la gente, en tal sentido serán necesarias cumplir con ciertos requerimientos funcionales y estructurales, las mismas que Pistonesi⁷³ enumera del siguiente modo:

- a) ***Funciones vinculadas a la política específica:*** Aquellas que guían y orientan el conjunto de marcos legales de carácter fundamental, así como también a los reglamentos. En su interior se hallan aquellas características institucionales y los objetivos encomendados a las instituciones Fiscalizadoras y de Control, o, como son llamados en la doctrina jurídica, reguladores, que se encargan de modo mas específico, de un conjunto mas certero de funciones de regulación sectorizada.

- b) ***Funciones de fiscalización y control:*** Son aquellas funciones por las cuales se cautela el adecuado cumplimiento del marco normativo desarrollado, entre otros, por los entes reguladores, y los establecidos en la ya tratada dimensión política, que, por su puesto incluye a las concesiones de bienes públicos. Estas funciones son más asimilables o equiparables a las encomendadas al poder judicial, ya que se encarga de la interpretación, ejecución y cumplimiento de la ley regulatoria, lo que incluye la imposición de sanciones y la dirimencia de litigios. Bajo esas directrices, los pronunciamientos que

⁷³ PISTONESI CASTELLI, Héctor. ELEMENTOS DE TEORÍA ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN. APLICACIÓN A LAS INDUSTRIAS ENERGÉTICAS. Pp. 15-17

devengan de tales entidades, deberán de armonizarse con las funciones que desempeñan, así como tantas instancias operen en su jurisdicción.

La teoría de la regulación económica, como se ve, es un intento por programar la intervención estatal en los mercados, iniciando por justificar su necesidad, el grado de intervención y el éxito de sus resultados. Sin embargo, no existe un solo modo de esgrimir como la teoría regulatoria podrá tener asidero en un mercado, ya que, así como el la teoría económica, la teoría de la regulación ha tenido escuelas que han definido, cada una según mejor parecer, los correctos lineamientos de su aplicación.

2.3.2. ASPECTOS RELEVANTES PARA LA REGULACION ESTATAL EN LOS MERCADOS.-

Como se ha visto hasta aquí, la intervención estatal en los mercados esta sostenida por parámetros cuya evaluación debe ser rigurosa; en tal sentido toda regulación por parte del estado no debe ser irrazonable, sino que debe hallar una justificación que le de legitimidad normativa, económica y social.

Existen aspectos o ítems que pensamos son útiles para ayudar a esgrimir de que se tarta la denominada "*Técnica Reguladora del*

*Estado*⁷⁴, a fin de dar cuenta de una mejor comprensión teórica sobre lo que desde el quehacer del Estado entiende por regular.

En esa línea, preambularmente, consideramos importante, que así como a la regulación se le considera entre otros, la intromisión justificada y necesaria del estado en los mercados de manera excepcional, “[...] *la desregulación no implica únicamente la eliminación de normas sino, especialmente, transferir el protagonismo económico a los privados, suprimiendo intervenciones administrativas ineficientes que impiden el desarrollo de la iniciativa privada y el libre desenvolvimiento de los agentes de mercado en base a la concurrencia de la oferta y la demanda.*”⁷⁵

Hemos de entender entonces que así como cuando las condiciones de competencia generan fallas de mercado, las mismas que propician la ineficiencia de este, las regulaciones estatales pueden llegar a serlo también, siendo necesario suprimir trabas que le quiten dinamismo al mercado.

2.3.2.1. EL INTERÉS PÚBLICO:

La regulación Estatal en los mercados, como se ha visto ya, es limitada y en esa línea, el lograr un equilibrio que conmensure el ejercicio de las libertades económicas con el interés público y el

⁷⁴ Como denomina **RODRIGUEZ GARCIA**, Gustavo en su artículo **intitulado LA TÉCNICA DE REGULACIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.** Boletín Electrónico para egresados AEG-PUCP Véase. http://aeg.pucp.edu.pe/boletin/deinteres/boletin8/derecho_rodriguez.pdf (Consultado el 26/04/2016)

⁷⁵ **RODRIGUEZ GARCIA**, Gustavo. Ob. Cit. p. 2

bienestar social es un quehacer intrínseco y básico respecto de la redefinición de los roles que le son conferidos por la constitución, como ya se ha revisado con anterioridad; teniendo en cuenta que el fomento de inversión y de promoción de la libre competencia son temas de ineludible responsabilidad.

El interés público resulta entonces un elemento vital, que en muchas ocasiones, justifica, a veces de manera suficiente, la regulación del estado en los mercados, sobre todo tarándose de los llamados mercados monopolistas por naturaleza- en los que se ofertan los servicios públicos-, en cuya dinámica el costo de producción del servicio resulta muy cara para los particulares, dejándose esta facultad al estado. Así, resulta importante entender que el concepto de lo que el legislador entiende por Interés Público resulta una tarea nebulosa, pues no existe una concordancia exacta con respecto a lo que simboliza⁷⁶.

El tribunal Constitucional, sin embargo, ha ensayado alguna aproximación a su concepción y sostiene que:

“El interés público es “aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la

⁷⁶ **RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI - EXPEDIENTE 201-2008/CCD**, fundamento 122: *“Tanto el “interés público” como la “conveniencia nacional” son conceptos jurídicos indeterminados que no han sido definidos por la Constitución. Como bien señala el profesor Rubio, ambas categorías no tienen significado específico en el Derecho Constitucional, pero por su formulación altisonante claramente evidencian la intención de que sólo en casos muy excepcionales, en los cuales probadamente se proporcione un bien que tenga beneficiarios indeterminados, se deberá autorizar la existencia de actividad empresarial del Estado”*

comunidad”, refiriendo a continuación que “es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.”⁷⁷

Como puede observarse, el Interés público no es un concepto absoluto u omnipresente en una sola forma; el tribunal señala claramente que su inclusión para la justificación de la participación del estado debe ser maleable al contexto -y al caso concreto- de lo que se desee regular.

En todo caso, el concepto de interés público debe ajustarse a lo que lo “público” atañe en relevancia al bien que se desea proteger o cautelar: esto es por ejemplo, el acceso a la salud, la educación, la comunicación entre otros.

La caracterización del “Interés público” ha sido materia obligatoria en el Derecho administrativo, y es precisamente en esta rama jurídica donde se dan los preceptos más importantes, sea porque la propia denominación del término así lo sugiere, pues la palabra “público” es la que ha de

⁷⁷ STC. Recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC

aplicarse *“a la potestad, jurisdicción y autoridad que tiene el Estado, sus órganos y representantes para imponer decisiones, conducir a los gobernados o administrados y controlar los efectos de las decisiones de estos últimos”*⁷⁸

La maleabilidad consignada al concepto de interés público está ligada a la realidad cambiante y por su puesto a la mutabilidad de las situaciones jurídicas derivadas de ella. Así también el Profesor Morón Urbina sostiene que *“el obrar estatal siempre se encuentra frente a situaciones y circunstancias cambiantes, por lo que, de modo permanente e incesante, tiene que ser capaz de adaptarse a ellas para alcanzar el bienestar general y demás cometidos de interés público.”*⁷⁹

A. CARACTERÍSTICAS DEL INTERÉS PÚBLICO:

En la teoría administrativista, es posible encontrar algunos detalles que caracterizan al interés público, como un meta concepto, principio y norma orientadora de la actividad estatal. Así pues, señalamos los siguientes caracteres, que a decir del ya citado profesor Correa Fontecilla⁸⁰ :

⁷⁸ **CORREA FONTECILLA**, Jorge. **ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL INTERÉS PÚBLICO EN LA POLÍTICA Y EL DERECHO**. Revista española de control externo, Vol. 8, N° 24, 2006. p. 138.

⁷⁹ **MORÓN URBINA**, Juan Carlos. **LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS, INTERÉS PÚBLICO Y SEGURIDAD JURÍDICA**. Revista de Derecho de la PUCP. N° 67. 2011. pp. 423-424.

⁸⁰ Cfr. **CORREA FONTECILLA**, Jorge. **Ob. Cit.**. pp. 140-145.

- I. El interés público, se refleja en el bien común; así esta, representa la finalidad primordial y básica de la actividad del aparato estatal, e este modo pues, el bien común debe ser comprendido como uno de los ejes centrales del interés público⁸¹.

- II. El interés público, debe de contribuir a la materialización de la protección de la dignidad humana en una escala lo más amplia posible. Así pues, la protección de la dignidad humana, a través del interés público resulta ser una de las metas que más resalte e importancia tiene, esto pues por medio de ella se reconoce al hombre como tal y se incentiva su desarrollo y protección como finalidad del estado la sociedad en su conjunto; así como también materializa, el respeto de este por los derechos de los demás y los derechos de la comunidad en la que se desarrolla.

- III. El interés público, es un vehículo que permite fortalecer los principios de orden democrático; así como resalta la importancia de la convivencia pluralista.

⁸¹ En relación con esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986, apuntó que:

«el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático».

- IV. El interés público comprende los procesos de decisión y selección, por los cuales el estado en instancias administrativas y jurisdiccionales realiza actividades operativas y de fiscalización.
- V. El interés público, implica una norma – principio que permite el examen de derechos y deberes de carácter constitucional y legal, de este modo pues, gran parte, si no es acaso el total de los valores y principios inscritos en nuestra carta constitucional emanan de la interpretación del interés.
- VI. El interés público, respecto de la determinación concreta de su contenido, “*depende en gran medida de la elección de valores que cada sociedad adopte en una época determinada, como imperativos que deben regir la vida en comunidad*”.⁸²
- VII. El interés público, para que pueda ser materializado en la realidad jurídica, debe de inscribirse a través de un procedimiento de carácter administrativo, legislativo o jurisdiccional, por el cual se pondrá término, a la denominada etapa de toma de decisión, ala que hace referencia Fontecilla⁸³.

⁸² Cfr. **CORREA FONTECILLA**, Jorge. **Ob. Cit.**. p.145.

⁸³ **CORREA FONTECILLA**, Jorge. **Ob. Cit.**. p.145.

2.3.2.2. AGENCIAS DE COMPETENCIA, ORGANISMOS REGULADORES Y LA EFICIENCIA DE LOS MERCADOS

La regulación en materia económica en los mercados tiene su justificante en devolverle la eficiencia a los mismos ante la aparición de fallas de mercado, en tal sentido, los mercados eficientes son el objeto primordial para el estado en cuanto a su regulación refiere. En ese sentido el debate es extenso en cuanto las posiciones en favor y en contra de la regulación, así se exponen argumentos como por ejemplo el que sostiene el profesor Becker⁸⁴ cuando señala que, en el análisis clásico de los mercados que se realiza en la teoría económica, donde existe un intercambio de productos y servicios, esto es una dinámica de oferta y demanda, como producto de la competencia, los precios se encuentran por debajo del nivel de los costos de producción.

De ese modo, según el citado autor, si los precios logran exceder los costos las ganancias anormales, producidas como consecuencia de vender excedentes, esto fungirá como estímulo a los competidores para poder bajar sus respectivos precios de modo que puedan atraer clientes. Así, la presión ejercida sobre los precios por parte de la actividad de competencia, tiene como consecuencia un empuje de estos hasta que logren equivaler a

⁸⁴ **BECKER**, Gary. **LA NATURALEZA DE LA COMPETENCIA**. Conferencia Pronunciada en la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE). 09 de Noviembre de 2000. p. 1 Véase: http://www.eumed.net/cursecon/textos/Becker_naturaleza-competencia.pdf (Consultado el 15/05/2016)

sus respectivos costos. Por ello, se afirma según Becker, de que en la teoría económica, se explica el por qué los economistas sostienen de que la competencia es un medio eficiente. Puede verse entonces, que desde esta perspectiva, la eficiencia se mide a propósito de los bajos costos y su repercusión en los precios.

Cuando esta dinámica de libre juego entre oferta y demanda no se propicia de forma natural, o se distorsiona en los mercados, la regulación estatal se hace viable poder simular una situación de competencia cuando ella no se da o no se puede sostener en el tiempo. Bajo estas premisas el estado puede regular tarifas o tasas o costes de servicios, así como puede también crear requisitos para acceder a un mercado en específico, y del mismo modo las condiciones para que los que ya participan en el salgan, puede del mismo modo, establecer estándares o condiciones mínimas de calidad para la prestación de los servicios. Aquí es donde hace su aparición un actor importante de la Técnica Reguladora estatal: Los Organismos Reguladores y las Agencias de Competencia.

Como hemos venido observando en párrafos anteriores, por medio de la teoría de la regulación se pueden plantear la necesidad de la aparición de los organismos reguladores o de las agencias de competencia, cada cual observa diferencias sustanciales como señalaremos a continuación.

a. Agencias de Competencia: Las Agencias de Competencia son entidades cuya intervención en los mercados es *ex post*,

esto quiere decir que su actuación se halla condicionada a la aparición o producción de las conductas anticompetitivas que se consideran dañinas contra la libre competencia.

Por lo general, se considera que las agencias de competencia existen para la vigilia de correcto funcionamiento de los mercados, esto es la defensa de la libre competencia, asegurando la igualdad y la libertad para el uso y acceso de las condiciones para competir. Puede notarse entonces que la función sustantiva de las agencias de competencia es la de mantener el juego competitivo en los mercados, mientras que adjetivamente, hacen uso de un poder punitivo, sin el cual mantener las condiciones de competencia sería ilusorio.

b. Organismos Reguladores: Los Organismos reguladores, entre tanto, cumplen una función distinta, pues su tarea la velar por el uso correcto de los servicios públicos de los que el estado dispone, esto inquiera una tarea *ex ante*, lo que significa una tarea normativa, generadora de condiciones para el aprovechamiento de recursos y servicios cuya disponibilidad y producción en los mercados comunes, se entiende como costosa.

Estos tienen por características el ser entidades con independencia, política, administrativa, funcional y fiscalizadora- no lo es así en el ámbito presupuestal lo que es motivo de debates intensos en la teoría regulatoria. Siendo así,

estas unidades de control deben forjarse como entidades cuya neutralidad y autonomía esté garantizada de primer orden en la constitución Política; la finalidad de lo anterior resulta imperioso para *“minimizar el impacto de una Relación de Agencia⁸⁵ entre los poderes del Estado y los reguladores, lo que podría llevar a una especie de ‘captura del regulador’⁸⁶”*.

Entender esta neutralidad como una característica del ente regulador tiene importancia capital pues este “debe actuar como árbitro (neutral e imparcial) de los agentes del mercado: Estado, Consumidores y Empresas Prestadoras del Servicio”⁸⁷, como señala García Rodríguez.

Sigue el citado autor, cuando sostiene una ilustrativa verbigracia al señalar que “Si el rol del Organismo Regulador fuera tutelar a los consumidores, por ejemplo, entonces no existiría imparcialidad porque el interés estaría focalizado en un agente determinado”⁸⁸. Como puede notarse entonces, la neutralidad es una característica neural de un regulador”.

Los Organismos reguladores, son parte de una nueva forma de entender el impacto regulatorio estatal, por ello, dentro de las

⁸⁵ Como señala **CASTAÑO DUQUE**, Germán: *“La relación de agencia se establece cuando un principal delega ciertos derechos, en un agente que está obligado mediante contrato (el cual puede ser formal o informal) a defender los intereses del principal y como contrapartida cobra una remuneración bajo la forma que sea.”* En **TEORÍA DE LA AGENCIA Y SUS APLICACIONES**. Revista Decisión Administrativa. Universidad Nacional de Colombia. p.7.

⁸⁶ **RODRIGUEZ GARCIA**, Gustavo. Ob. Cit p.1.

⁸⁷ Ibidem. Ob Cit. p.2

⁸⁸ Ibidem. Ob. Cit p.2.

facultades que se les entiende, están también “sus obligaciones de prestación, la forma de fijación de tarifas, la resolución de las quejas de los usuarios, sus relaciones con las empresas competidoras etc., todo lo cual no se consideraba necesario⁸⁹.

En tal sentido, tanto las agencias de competencia como los organismos reguladores, a pesar de sus distintas finalidades, sirven a la teoría regulatoria, en merced de las finalidades que se deseen alcanzar. La eficiencia de los mercados, se entiende es, una de estas finalidades. La teoría económica inquiriere que los mercados de libre competencia son lo más parecido a un mercado paretoeficiente, tal vez por ello las condiciones de libre competencia sean las más óptimas tanto para la producción de bienes y servicios, así como para su asignación; siendo ello así, como señala Bullard Gonzales⁹⁰ que las políticas de competencia no deben de imponer la creación barreras que restrinjan el acceso al mercado, reduciendo así el número de opciones de las que puedan disponer los consumidores en su elección de compra o adquisición de un servicio, lo que inquiriere en otras palabras, tratar de no restarle eficiencia al mercado.

⁸⁹ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. “TRES POSTULADOS PARA EL NUEVO MARCO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS”. En Ariño & Asociados, p. 16.

⁹⁰ BULLARD GONZALES, Alfredo. EL INDECOPI: POR QUÉ NO ES UN ORGANISMO REGULADOR. En: Advocatus – Nueva Época. No. 8. Lima. 2001

Contrario sensu, las políticas de competencia, según entiende el citado autor, deben de procurar el que los partícipes del mercado y de manera enfática respecto del rol, del Estado, no propicien la creación de reglas que restrinjan la posibilidad de ejercer la actividad de competir. Empero, como resultante de sus esfuerzos su acción no se enfoca o conduce al resultado completo, sino solamente a la preservación del proceso competitivo⁹¹.

El mismo autor señala luego que muy por otra parte las políticas regulatorias en los mercados, se concentran, de manera especial en el resultado antes que el proceso. De este modo pues, las normas regulatorias intentan predecir un modelo de competencia estable o eficiente, esto por medio de la fijación de precios, calidad y condiciones de las cláusulas de contratación.⁹²

Para el profesor Huapaya, a visión regulatoria, y más aun, la intervención del estado en la economía, es posible en tanto nos encontremos delante de contextos monopólicos *naturales*.⁹³

De ese modo, la regulación comprende pues, para el citado autor, el accionar del poder público, por medio de un conjunto organizacional de agencias administrativas, que se ejerce en aquellos mercados que se encuentran sometidos a situaciones de

⁹¹ BULLARD GONZALES, Alfredo. **Ob. Cit.**

⁹² **Ibidem.**

⁹³ HUAPAYA TAPÍA, Ramón. **EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN, LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO TÉCNICA DE REVERSIÓN DEL ESTATISMO.** p. 83.

monopolio natural, con el propósito de poder ejercer acciones correctivas a las fallas o deficiencias que presenten estos mercados, enmarcados en el imperativo del rol subsidiario del estado.⁹⁴

Añadimos sin embargo, a lo que se ha sostenido hasta aquí, lo señalado por Rodríguez García, al manifestar los puntos negativos que la regulación -mal fijada pensamos, no la regulación *per se* conlleva; así menciona que *“la Técnica de Regulación Económica, no resulta tan beneficiosa como podría creerse y esto depende sobre todo del tipo de mercado a que pueda aplicarse la misma. La regulación, por diversos factores, puede constituirse en un mecanismo de excesiva intervención en la iniciativa privada”*⁹⁵.

Para el profesor Ariño Ortiz, la regulación, implica un método de sustitución de las condiciones de mercado en competencia, y cuya orientación se enfoca básicamente en dos aspectos medulares, el primero de ellos es el rol garantizador del suministro del servicio, actual y futuro y en segundo lugar, el rol de establecer aquellos niveles idóneos respecto de la calidad y el precio, esto pues, conforme al grado de desarrollo y las políticas y prioridades que la sociedad establezca.⁹⁶

⁹⁴ HUAPAYA TAPIÁ, Ramón. **Ob. Cit.**

⁹⁵ RODRIGUEZ GARCIA, Gustavo. **Ob. Cit.** p.3.

⁹⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **ECONOMÍA Y ESTADO: CRISIS Y REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO**. Marcial Pons Editores. Madrid. 1993. pp. 272 –273.

Por ello, y sirviendo como una postura algo adelantada a los fines de esta investigación, la intervención estatal, para los mercados en acciones generales debe de entenderse como mínima o reducida, de modo que debe de entenderse de que su aplicación debe darse en situación extremas o especiales, con previtud de un informe sustentado de sus condiciones, objetivos y efectos para el mercado en el que se desea aplicar.

Así pues, la restricción de la actividad empresarial del estado, así como de su participación regulatoria, al ser mínima, debe enfocarse en impulsar al sector privado a la correcta satisfacción de las condiciones de demanda⁹⁷. Bajo ese enfoque, la actividad del estado, se encuentra restringida a un rol promotor de las condiciones económicas ideales, para que los mercados accionen de manera libre sin la necesidad de una regulación.

Deben observarse sin embargo, dos aspectos de orden instrumental a la hora de fijar el espectro regulatorio.

a) Los Costos de la Regulación: Han de analizarse y tomarse en cuenta los costos que implica la acción regulatoria del Estado en temas económicos. De este modo Rodríguez García, en su citado artículo menciona que

⁹⁷LAZARTE MOLINA, Jorge: **EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EL PERÚ**. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Lima. 2005. p. 55

estos- por lo general- aparecen de los impuestos, por lo que existe la necesidad de que se establezcan.

b) La Creación de Necesidades: Como cita Rodríguez García, existe la tendencia en la “*creación una serie de carencias artificiales para subir los precios y dirigir todo en ese sentido*”⁹⁸; además que debe de considerarse de que todo intento regulatorio trae consigo un costo de carácter administrativo que, en su elaboración puede tener la tendencia de ser bastante elevado.

Por otro lado, al margen de las anteriores condiciones instrumentales, se debe de considerar de que en la estructuración y fijación de la técnica reguladora, es vital contar con un Organismo Regulador cuya actividad debe ser centrada e independiente, ya que el otro escenario posible es que este se pueda ver influenciado produciéndose así una captura de este por parte de los agentes del mercado.

Ahora, también es clara la observación de que los organismos reguladores, pueden tener un rol colaborativo como generadores de información de los mercados, empero, también resulta palpable el hecho de que surgen incrementos problemáticos con la falta de predictibilidad, la incertidumbre y personalización de las decisiones

⁹⁸Como cita **RODRIGUEZ GARCIA** a **EPSTEIN**, Richard A. **BUENA Y MALA REGULACIÓN**. Conferencia en el Seminario Internacional Reglas Simples para una Sociedad Libre. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Septiembre 2003. Ob. Cit p.4.

del regulador. De ese modo, los modelos regulatorios que se basan en la discreción amplia, permitiendo un rango amplio de negociación, así como de la personalidad del titular de la entidad, importan una causal de exposición más obvia hacia dichos problemas.⁹⁹

De modo similar es la opinión de Danós, para quien el nivel de regulación se encuentra directamente vinculado con la eficiencia del organismo regulador, de tal forma que si esta no es óptima, la regulación puede resultar apabullante, de modo que el panorama es más dramático, si prestamos especial atención que en el Perú, los reguladores tienen funciones de supervisión, regulación, legislación, fiscalización y sanción, solución de conflictos y controversias entre agentes de mercado.¹⁰⁰

Bajo esos argumentos es esencial poder considerar que la regulación, implica una medida excepcional o de última ratio, que se adopta frente a la ocurrencia de los monopolios naturales o ante otras fallas de mercado.

Falla Ezcurra, al respecto indica de que, la reducción de la actividad estatal en la empresas y la económica resulta ser una cosa de sentido común, de modo que esta es una modalidad de

⁹⁹ FALLA, Alejandro. **LAS NUEVAS AGENCIAS REGULADORAS: NI MUY MUY... NI TAN TAN.** En: *Ius Et Veritas*. No. 27. Lima. 2004. p. 174.

¹⁰⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. **LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ: SU RÉGIMEN JURÍDICO, ORGANIZACIÓN, FUNCIONES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y DE RECLAMOS DE USUARIOS.** En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. No. 57. Lima. 2004. pp. 59 - 94.

reconducción excepcional y restringida, usada en aquellos casos o supuestos donde la actividad de los agentes privados en el mercado sea inviable, debido por ejemplo a ciertas las limitaciones de carácter fiscal, de modo que, a consideración del citado autor, resulta ser injusto que el estado invierta sus recursos en hacer algo que los privados pueden”¹⁰¹.

Así pues, de modo concluyente en este acápite, podemos estar de acuerdo en que “[...] *la regulación económica sólo se justifica, en definitiva, cuando existe una buena razón para considerar que el desarrollo de un mercado competitivo es absolutamente improbable; no se justifica, en cambio cuando el nivel de las presiones competitivas no se ajusta a lo que el regulador esperaría observar en un entorno de competencia perfecta*”¹⁰².

¹⁰¹ FALLA, Alejandro. ZAPATERO A TUS ZAPATOS: DE LOS COSTOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN EL MERCADO Y DE LA CONVENIENCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SUBSIDIARIEDAD. En: Perú Económico. Marzo 2003.

¹⁰² HARO SEIJAS, José Juan. CONTRA LOS EXCESOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA: SOBRE MONOPOLIOS NATURALES, INSTALACIONES ESENCIALES Y OTROS FANTASMAS. En: Themis – Revista de Derecho. No. 50. Lima. 2005. p. 159.

CAPITULO III

LA REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

3.1. LOS SISTEMAS DE REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

3.1.1. LA REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.-

Regular los contenidos en medios de comunicación no ha supuesto una tarea fácil de emprender, sobre todo si se le ha de entender, tanto si como un deber del Estado, o como una política Gubernamental. La dificultad tiene muchas caras, sin embargo todas se centran en un único vínculo. La Información. Esto es así pues, el quehacer regulatorio de los contenidos inquiera estimar con sumo cuidado hasta donde los intereses de los medios de comunicación -que son varios- encuentran su límite con los intereses generales que están bajo la tutela del

estado. Bajo tal perspectiva, la orientación de la regulación ha sido procurar definir o estandarizar el contenido de la información que proveen los medios de comunicación, así pues se toman en cuenta aspectos como la finalidad de los medios de comunicación y su capacidad para influir en las masas. Esto tiene una relación con la producción de la información y los medios tecnológicos para su distribución.

La creación de contenidos en los medios de comunicación, así como el de cualquier empresa que manufactura algún producto u ofrece algún servicio, se ha servido del incremento tecnológico y la interconectividad, para llegar a más público y con costes de producción más afianzados, esto es así pues *“el explosivo crecimiento en contenidos se manifiesta también como una mayor disponibilidad de contenidos [...], lo que implica una menor posibilidad de control en cada país donde éstos se distribuyen. Cualquier individuo puede generar contenidos audiovisuales a partir de las herramientas gratuitas o de bajo costo disponibles en las plataformas digitales. La interactividad ocupa hoy un espacio al lado de la recepción pasiva y proliferan los soportes y aparatos de recepción”*¹⁰³

¹⁰³FLORENZANO, Cristóbal. **REGULACIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES EN ENTORNOS DE CONVERGENCIA DIGITAL.** Departamento de Estudios del Consejo Nacional de Televisión de Chile. p.5

Para una mejor sistematización de lo que en el presente capítulo se intenta desarrollar, creemos pertinente hacer mención de los antecedentes que nos han llevado a los actuales modelos regulatorios.

3.1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS RESPECTO DE LA REGULACION DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN:

En la regulación de los medios de comunicación, se ha pretendido siempre antes el contenido que la forma de estos; Así, detallaremos en este acápite algunos de los hitos más interesantes y fundamentales que propugnaron algunos de los modelos regulatorios actuales, como lo explica oportunamente Mcquail¹⁰⁴. De este modo, clara cuenta es lo ocurrido en el siglo XV, en la Europa occidental, donde la regulación de la producción de libros impresos era un detalle a resaltar. Así, cuando la imprenta, como práctica de producción de manuscritos, resultó ser un mecanismo mucho más eficiente, su supervisión quedó luego a cargo de la iglesia, en tanto era un representante del estado por intermedio de la monarquía. De este modo, las autoridades eclesiásticas, tomaron cada vez más interés en regular también, no solo las prácticas de manufactura, sino también los contenidos que en los libros producidos se publicaban y expendían; esto con el claro objetivo de combatir y erradicar la herejía y disidencia.

¹⁰⁴ **MCQUAIL,** Denis. **LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS.** Véase: http://politicasyplanificacion.sociales.uba.ar/files/2014/07/mcquail_la_regulacion_de_los_medios.pdf (Consultado el 20/12/2015)

De esa manera, la injerencia regulatoria, derivó en la permisión ex ante, para el ejercicio de la imprenta y la publicación de libros, de modo que los imprenteros, para poder publicar tenían que solicitar una suerte de licencia aprobada por el estado y la iglesia para que los textos pudieran ser publicados.

Esta regulación, también alcanzó, como es natural, a la exportación e importación de textos llegando a prohibir esta práctica, siendo por lo tanto autores e imprenteros, lo que recibían las sanciones más drásticas por aquellas publicaciones, que en consideración del estado, podrían haberse considerado como herejes u objeto de traición. Una situación más agravante se presentó en contextos como el imperio otomano o el ruso, donde la censura de la que fue objeto la imprenta, se extendió hasta casi dos siglos o más.

Más adelante, hacia los siglos XVI y XIX, la regulación de los medios de comunicación adquirió nuevos tintes, siendo en Europa occidental y América del Norte, donde temas como la libertad política, los derechos humanos, el comercio, la imprenta, y más recientemente los derechos de autor; fueron materia normativa, en tono de censura y control estatal.

Estas restricciones se fueron aboliendo de a poco, de modo que, por ejemplo, la libertad de publicar se alcanzaría recién con las ideas libertarias de Gran Bretaña y Francia en el siglo XVIII, para luego ser

abarcadas “[...] en los territorios del imperio austríaco y prusiano durante el siglo XIX.”¹⁰⁵

Situación de contraste era la que se percibía en otras latitudes, sobre todo durante la llamada *era moderna*, donde un modelo regulatorio de carácter represivo y más aun punitivo, en aras de salvaguardar un gaseoso interés del poder estatal, fue la norma imperante de la época.

Las invenciones en los medios de comunicación, según menciona Mcquail¹⁰⁶, representaron un nuevo paradigma en el esquema regulatorio , sobre todo durante el siglo XIX, y de forma especial con equipos como el telégrafo eléctrico, el teléfono y las tecnologías inalámbricas, encumbraron una de los objetos más preciados en los inicios de la comunicación masiva del siglo para 1920, esto es, la radio.

De este modo, con la llegada de los medios de comunicación masica, como es el caso de la radio, la regulación fue mas extensiva pero no desconocía los alcances de la libertad de expresión, por ejemplo, llegando así a tratarse en legislaciones de carácter nacional, así como también siendo reconocidas, por acuerdos internacionales, que empero, derivaban su normativa hacia aspectos técnicos, como es el caso del espectro radioeléctrico.

Así pues, los modelos regulatorios, se erigían bajo la forma de un control estatal, o aquellos derivados de los monopolios públicos, esto

¹⁰⁵ MCQUAIL, Denis. **Ob. Cit.**

¹⁰⁶ MCQUAIL, Denis. **Ob. Cit.**

por el acceso al espectro radioeléctrico. Por otro lado, el caso Estadounidense, con la creación de la Comisión Federal de Comunicaciones, representa uno de los organismos regulatorios más antiguos del continente. Explica Mcquail¹⁰⁷, que uno de los puntos de inflexión para establecer claramente la intención del modelo regulatorio, fue la distinción entre los medios de radiodifusión masiva, como es el caso de la radio y la televisión, con respecto de la prensa, siendo aquellos más regulados que esta.

Para 1980, siendo otra vez protagonistas avances tecnológicos, como la televisión por cable, se concibieron algunos regímenes regulatorios un tanto más displicentes con relación al contenido de los medios de comunicación. Empero, también se ha sabido de que la desregulación implica una suerte de respuesta al advenimiento de nuevas plataformas sujetas por lo tanto a un conjunto de novísimas condiciones de modo que es constante la modificación de los marcos normativos que sostiene dichas regulaciones en reflejo de nuevas prioridades tanto en los planos económicos y/o políticos.¹⁰⁸

3.1.3. ALCANCE DE LOS SISTEMAS DE REGULACION DE CONTENIDOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La regulación de contenidos en medios de comunicación, a través de su desarrollo, ha insistido por diferenciar a la prensa escrita, de los demás medios de comunicación, esto es así pues, la disponibilidad

¹⁰⁷ MCQUAIL, Denis. **Ob. Cit.**

¹⁰⁸ **Ibidem.**

tecnológica entre una fuente y otra no es equiparable; así como sus medios y métodos para llegar e influir en las audiencias.

En efecto, si se toma como un claro ejemplo a la televisión, como señala Mieres Mieres, esta es concebida como un medio, pero también implica en elemento formativo importante en la denominada opinión pública. Representa por ello, una fuente fundamental, y quizás el principal medio de información y distracción de las sociedades modernas.¹⁰⁹

Así también la televisión simboliza de modo singular, uno de los medios de comunicación con mayor fuerza de sugestión en los espectadores, ya que representa y presenta los sucesos como hechos reales, y por lo mismo, no solo define lo que se ve, sino además como es que se ve, o se percibe, proporciona de ese modo conceptos y clasificaciones, ya sea en su dimensión política, social, étnica y geográfica del contenido que importa.¹¹⁰

Estas consideraciones hacen que al diseñar e implementar un modelo de regulación, el estado tome como principio una política intensa, basada en principios diametralmente distantes de la norma que regla y protege a la prensa escrita. Bajo estas consideraciones, los medios de comunicación audiovisual no impetran el mismo estímulo que la prensa escrita, modo que también ha sido tomado en consideración por la

¹⁰⁹ MIERES MIERES, Luis Javier. LA REGULACION DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES.¿PORQUE Y COMO REGULAR? Revista de la UNAM N° 32. 2011. p. 247

¹¹⁰ *Ibíd.*

jurisprudencia construyéndose fundamentos que justifican la diferenciación entre la prensa y los medios audiovisuales.¹¹¹

Uno de los puntos que la jurisprudencia norteamericana ha tomado en consideración es la mayor penetración de la televisión como es que cita el Tribunal Supremo Norteamericano en su sentencia *FCC vs. Pacific Foundation*, siendo el otro elemento tomado en consideración el poder de captación hacia el espectador o radioyente.

Estas particularidades confieren a los medios de emisión de contenido audiovisual, un mayor rango de poder e influencia en la formación y estructuración de la toma de decisiones y la opinión pública¹¹², como es que señala el ya citado Mieres Mieres.

Así pues, por los caracteres ya descritos, es una tendencia en el mundo de que los principales modelos regulatorios planteen una estructura de regulación para medios audiovisuales, pero no así para la prensa escrita o llamados también medios impresos. Siendo estas en realidad denominadas por políticas genéricas circunscritas a la aprehensión garantista de preceptos democráticos de derecho como la libertad de información y comunicación..

¹¹¹ **Ibídem.**

¹¹² **Ibídem.**, p.248.

3.1.4. SISTEMAS DE REGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En la teoría regulatoria de los medios masivos de comunicación o de radio difusión, se encuentran un conjunto de métodos o modelos, por medio de los cuales los contenidos son objeto de moldeo; distinguiéndose entre ellos, tres formas o sistemas básicos: a) la regulación, b) la autorregulación y c) la corregulación. Estos modelos, preservan en su formación, connotaciones propias de las practicas, o bien dictatoriales, o democracias, según el grado de intervención, que fluyen a través de determinadas instituciones, como el caso de un parlamento, u otras entidades gubernamentales, organismos delegados independientes, empresas y organizaciones profesionales.

Las consideraciones y los debates son aún muy amplios, pues la pregunta genérica derivada trasluce a la problemática contextual, debe determinarse en todo caso que es lo que se desea regular y porque. En ese sentido, aspectos como la Libertad de expresión, la libertad de empresa, la protección de los espectadores menores de edad, el acceso a los discapacitados, la protección de los derechos del consumidor, relacionados al acceso a la información y la defensa de la calidad del producto audiovisual¹¹³, entre otros valores y aspectos importantes, son los que son tópicos internos a considerar en la regulación como modelo.

¹¹³ Consejo Nacional de Televisión de Chile. “**SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE REGULACIÓN DE LA TV. SANTIAGO**”. Consejo Nacional de Televisión de Chile.

La experiencia internacional, como se verá en adelante, señala que la regulación en general, como ya se ha visto también en un capítulo anterior, puede tener también una vertiente no obstruccionista, meramente indicativa, sino que instructora e impulsora de políticas en beneficios, recalcamos en este punto que, depende mucho de la naturaleza del sector el que una regulación alcance sus verdaderos méritos. Así pues, tratándose de los medios de comunicación, los modelos regulatorios no solamente son privativos o de carácter restringido, sino que existen también modelos abiertos, o permisivos, así como también los hay aquellos que son de carácter ecléctico o mixto. Los incentivos que se generen en cada modelo, serán dependientes de las finalidades propias del modelo regulatorio del que estamos hablando, así como de la entidad encargada de llevar a cabo su regulación, sea privada o estatal. Empero a lo anterior, es posible considerar *positivos aquellos incentivos que viabilizan la emisión de programas de servicio público, esto pues como una suerte de segmentos pro educativos, así como las noticias de comunidad, los programas de carácter pedagógico, los espacios para programas de salud, así como aquellos que en avocan al cuidado del ambiente.*¹¹⁴

Tal vez una diferencia sustancial sea la de prevenir una conceptualización más certera , pues es menester distinguir entre telecomunicaciones y medios de comunicación social al momento de

¹¹⁴ AGUADED, José y VERA, Ángel. “EL CONTROL DE LOS CONTENIDOS TELEVISIVOS EN LAS AUTORIDADES REGULADORAS Y LOS CONSEJOS AUDIOVISUALES”. Contratexto Digital, n.7, pp. 1-15

establecer regulaciones es vital, sea porque lo primero es competencia exclusiva del Estado, en el sentido de que por medio de este tipo de regulaciones se establecen los accesos a recursos propios del aparato estatal, como las frecuencias, por lo que la regulación se atañe en imperativa, por ser estos recursos públicos; en cambio, para los medios de comunicación, la tendencia se declina a una legislación muy básica y general, teniendo el Estado que regular aspectos básicos¹¹⁵. Lo anterior significa, en términos regulatorios, tener que separar los aspectos técnicos de aquellos relacionados al contenido, sin embargo, aquello no significa que ambas no puedan interrelacionarse entre sí¹¹⁶. En ese entender de idas, la división respecto de las políticas de regulación de vienen del conjunto de bienes jurídicos que son objeto de protección en el caso de los medios de comunicación audiovisuales. Así pues, sin afectar lo señalado atrás, el objetivo de protección en el caso de los medios de comunicación son aquel conjunto de valores constitucionales que son inherentes a las actividades de los radiodifusores y la comunicación social que implica la prestación de sus servicios.¹¹⁷.

¹¹⁵Como puede entenderse en lo señalado por **BOTELLA**, Joan. “**LA REGULACIÓN INDEPENDIENTE DEL SECTOR AUDIOVISUAL ESPAÑOL: UNA REFLEXIÓN SOBRE PROBLEMAS, PERSPECTIVAS Y POSIBILIDADES**”, Revista catalana de Dret Públic, N° 34, pp. 1 - 8.

¹¹⁶ Los Organismos reguladores, pueden tener interrelaciones con las agencias de competencia, y existen casos de híbridos que interactúan con esta dualidad, Véase: **TASSANO VELAOCHAGA**, Herbert. En **COMPETENCIA Y REGULACIÓN**. Revista de Derecho de la PUCP N° 76, 2016. pp.112-116.

¹¹⁷**GARCIA CASTILLEJO**, Ángel. “**EL CONSEJO AUDIOVISUAL DE ESPAÑA**”. Madrid: Fundación Alternativas p.18.

Ahora bien, la forma regulatoria, también debe de nutrirse del contexto tecnológico y del mercado que atañe a los medios de comunicación, en ese sentido, fenómenos como la denominada convergencia tecnológica, implica el análisis de escenarios novísimos que se deben de tomar en consideración. Así por ejemplo, existen contextos normativos, donde la integración de los aspectos regulatorios se han unificado en un solo organismo, esto es telecomunicaciones y sector audiovisual, bajo una sola entidad; como es que suceden con el OFCOM británico o la Autoridad para la Garantía de la Comunicación italiana.

Para García Castillejo la experiencia administrativa y académica, recomienda que la autoridad de control de los servicios de comunicación, ya sea desde una perspectiva general y de modo particular en el caso de los medios audiovisuales, debe de enfocarse en su constitución como entidades con suficiente independencia del estado, así como también de empresas mediáticas. En ese sentido resulta vital que la independencia del regulador se aplique tanto en la elección de sus miembros como en su financiación.¹¹⁸ Empero, para comprender esto, revisaremos metódicamente, los modelos de regulación en los medios de comunicación que previamente habíamos mencionado líneas arriba:

¹¹⁸ **Ibíd.** p. 20.

3.1.4.1. REGULACION ESTATAL DE CONTENIDOS

El modelo de regulación estatal de contenidos, o llamado propiamente, modelo regulatorio, implica el control respecto de la calidad del contenido emitido por los medios de comunicación de radiodifusión en el mercado de su sector. La aparición de este modelo regulatorio, encuentra su ser en la planificación de ciertas políticas de comunicación, debido a la insuficiente protección de temas preponderantes de interés público, y que se conexas con ciertos derechos fundamentales, como el de niños y adolescentes. Aguaded, y Vera, al estudiar los modelos regulatorios en los medios de comunicación, indican de que este sistema, importa su aparición, debido a “[...] *la desnaturalización de los mercados informativos, [lo que la] hace [,,] viable*”¹¹⁹, siendo que además debe entenderse que “*la necesidad de regular los contenidos que se emiten por los medios audiovisuales surge casi paralelamente a la aparición y divulgación de los medios de comunicación*”¹²⁰.

Esta necesidad regulatoria, con mención particular de los medio audiovisuales, encuentra también su justificación en aquellas políticas de comunicación que se encuentran vinculadas a la radio y la televisión; así, conforman una suerte de modalidad particular por la cual se materializa la intervención estatal, y que intrínsecamente se compone de un doble rol, esto como rector de

¹¹⁹ AGUADED, José y VERA, Ángel. **Ob. Cit.**, pp. 1-15.

¹²⁰ **Ibidem.**

una determinada política audiovisual y como impulsor en el desarrollo del sector, sus agentes y dinámicas.¹²¹

Como un modelo de control sobre el contenido en los medios de comunicación audiovisual, este sistema regulatorio no se ha encontrado exento de críticas, las mismas que van desde una manifiesta vulneración a derechos fundamentales, como el caso de la libertad de expresión, así como también una evidente politización del poder público auto atribuido al poder estatal, esto en el ejercicio de dirimir o estandarizar la calidad del contenido informativo, o lo que el concepto del mismo implique.

Conviene sin embargo, aclarar de que, en acuerdo con lo señalado por Aguaded, y Vera, “[...] *esta potestad auto irrogada, suele confundirse con los intereses, no del estado en si, sino partidarios de los gobiernos de turno, que desnaturalizan la propia funcionalidad de los mercados de medios de comunicación.*”¹²²

3.1.4.2. LA AUTORREGULACION

La autorregulación, implica en su concepción, una suerte de compromiso de carácter voluntario, el mismo que es ejercido por las empresas de medios de comunicación participantes en el proceso de emisión de contenido; que se encuentra encaminada a complementar dos aspectos básicos: a) la libertad de los medios y

¹²¹ CARNIEL, Ricardo. “ORGANISMOS INDEPENDIENTES DE REGULACIÓN DEL AUDIOVISUAL”. RUTA, Revista Universitaria de Trábalis Acadèemics, N° 2, pp. 1 - 34.

¹²² AGUADED, José y VERA, Ángel. **Ob. Cit.**, pp. 1-15.

b) su uso responsable; aspectos que deben guiarse por un conjunto de valores y fines intrínsecos de la propia actividad de comunicar¹²³. La autorregulación., se fundamenta en un precepto de carácter liberal y democrático, por lo que en su práctica, conlleva la participación activa de un conjunto importantes de actores civiles y de la empresa, esto es los medios de comunicación, de modo que se propende como un modelo que viabiliza las condiciones o factores para el goce de un número de libertades intelectuales imprescindibles en el desempeño de la actividad comunicacional, de modo que es su seno existe, al menos en modo teórico, “[...]un equilibrio entre responsabilidad y libertad informativa, materializada en la construcción de códigos en los que participan periodistas, público y empresas informativas”¹²⁴. En esa línea de argumentos, la autorregulación, persigue evitar que el estado o el mercado en su defecto, puedan conjugar las normas o reglas dinámicas. El instrumento por el cual giran las actividades de la autorregulación, son los códigos o pactos de autorregulación, los mismos que desempeñan roles normativos internos, con el fin de proteger bienes como la moral pública. Así también conserva roles de carácter externo, los mismos que se enfocan, por ejemplo, en la defensa de la libertad de expresión.

¹²³ AZNAR, Hugo. “ÉTICA DE LA COMUNICACIÓN Y NUEVOS RETOS SOCIALES. CÓDIGOS Y RECOMENDACIONES PARA LOS MEDIOS”. Barcelona p. 30

¹²⁴ GONZÁLEZ, María Luján. “LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA EN EL AUTOCONTROL Y EN LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA DE CINCO PAÍSES ANDINOS”. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias de la Información. España.

Una de las características de la autorregulación, es que representa un instrumento de autolimitación de los denominados abusos de la información. De este modo pues, en los órganos que viabilizan la autorregulación, existe una marcada participación tanto del sector de profesionales de los medios de comunicación, y de la ciudadanía, de modo se rigen como entes vigilantes del comportamiento de los medios, y de modo específico, de lo referido a la calidad del contenido informativo. En ese sentido, hemos de comprender, de que los medios de comunicación no son agentes incuestionables ni omnímodos, sino que, por el contrario, reservan un conjunto de responsabilidades sociales que le son de obligatorio cumplimiento, la mayoría de ellos dispuestos en la constitución política, como es nuestro caso.

3.1.4.3. LA CORREGULACION

Una de los otros modelos regulatorios existentes, el modelo mixto de regulación, o también llamado correulación. Este es un mecanismo o dispositivo que su ubica entre aquellos agentes de de regulación directa, que por le general devienen del estado; y los procesos de autorregulación. Se define como una *“estrategia de regulación indirecta que abarca todas las manifestaciones de creación normativa y autocontrol privado que, debido a su interés*

*público, son fomentadas, reconocidas y, a su vez, reguladas, por los poderes públicos*¹²⁵.

Explican Aguaded, y Vera¹²⁶, que los dos modelos regulatorios, esto es la corregulación y la autorregulación, evidencian, propenden y hacen latente la práctica de la responsabilidad social y jurídica de las empresas de medios de comunicación, así como de los particulares, esto es, de la sociedad civil, permitiendo así que se pueda llevar a cabo un ejercicio ético de la profesión. Empero, *“debido a los abusos de algunos o las dificultades para verificar las obligaciones, surge la necesidad de crear autoridades independientes de regulación y/o control que fijen criterios objetivos alejados de los intereses de gobiernos y empresas privadas.”*¹²⁷

Así pues, estos entes, que se propenden como independientes en sus tareas de control y fiscalización, deben de contar con las suficientes garantías para que en su actuar puedan propiciar una eficiente regulación indirecta, sobre todo con su capacidad de sancionar las conductas lesivas al interés público, de modo que esta característica es la clave de la eficacia de este modelo, pero en muchas ocasiones se convierte en una capacidad moral, esto es de una afectación objetiva sobre la reputación, en vez que punitiva.

¹²⁵ BELANDO, Beatriz y MONTIEL, Gonzalo citando a DARNACULLETA y GARDELA. “CONTENIDOS Y MERCADO EN LA REGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL” Ed. Tirant lo Blanch. p. 55.

¹²⁶ AGUADED, José y VERA, Ángel. **Ob. Cit.**, pp. 1-15.

¹²⁷ **Ibidem.**

3.2. LA AUTORREGULACION DE CONTENIDOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL PERÚ

3.2.1. CONTEXTUALIZACION DE LA REGULACION DE CONTENIDOS EN EL PERU: ORGANISMOS Y NORMATIVIDAD.

En nuestro país, la autorregulación de los contenidos se establece como el sistema para la estandarización del contenido, esto significa que son los propios operadores de radiodifusión los que establecen y determinan la calidad del contenido de su programación. La actuación del estado en este menester es circundante, pues solo observa normas marco o referenciales, las mismas que conminan a los propios operadores de radiodifusión la organización de sus actividades en el servicio que prestan.

Esto es así pues, como muchos de los sistemas democráticos en Latinoamérica, en nuestro país la década que comprende a los años 90 significó una marea para los medios de comunicación y la Prensa Escrita, agentes que se vieron envueltos unos en represión de sus libertades y otros manipulados para favorecer campañas políticas y planes gubernamentales ante la opinión pública. Recientemente, durante el gobierno de transición que data de 2002, hasta la celebración de las primeras elecciones democráticas luego del periodo de dictadura de Alberto Fujimori, se le restablecen a los medios de comunicación derechos y facultades, que como mencionamos se habían perdido en el lastre de la corrupción.

3.2.1.1. LA LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACIÓN:

La constitución política de 1993, reconoce en su artículo 2, numeral cuarto el derecho de toda persona, de forma individual o agrupadamente, *“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”*.

Las libertades de expresión e información han tenido un tratamiento en conjunto, esto significa que se tendía a enfundar el contenido de la libertad de información en el de la libertad de expresión. En la actualidad, es necesario entender que esto no es necesariamente así, pues *“la teoría constitucional de los derechos fundamentales suele diferenciar la libertad de expresión de la libertad de información. Esta ‘concepción dual’, que se aparta de la tesis que unifica ambas libertades dentro del concepto genérico de libertad de expresión, ha sido acogida, entre otros países europeos, por Alemania o España¹²⁸.”*

Esta pretendida división se fundamenta en que ambas, so razón devenir de la libertad genérica a la libertad de comunicación, persiguen estamentos y finalidades diferentes, estamento que ha sido reconocido por el tribunal constitucional, pues:

¹²⁸ **ABAD YUPANQUI**, Samuel B. **LA CONSTITUCION COMENTADA**. Tomo I. Ed Gaceta Jurídica. 2006. p.104

*"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 u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que (...), comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente. Así, 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 y contrastables, sí lo pueden ser"*¹²⁹

Las diferencias que tienen ambas categorías, tienen más asidero si se contextualizan sus facetas, las que la doctrina estima pasivas y activas. Así, respecto de la libertad de información comprende los derechos de "a) *a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación; derecho que a su vez*

¹²⁹ STC. Recaída en el **Exp. N° 090S-2001-AA/TC**. Fundamento 9

comprende el de buscar y obtener información -aspecto activo-; y, b) a recibir información en iguales condiciones -aspecto pasivo-¹³⁰

Del mismo modo, la libertad de expresión en su faceta activa propugna la exteriorización y difusión libre de ideas y pensamientos, sin trabas ni censuras; sin embargo no es de observarse una faceta pasiva de este, lo que acentúa más las diferencias entre ambos contenidos, de este modo, *“mientras que la libertad de expresión solo protege la comunicación sin trabas del pensamiento, el derecho a la información comprende, además, el derecho de todas las personas a recibir información diligentemente producida”¹³¹.*

Además de las diferencias anteriormente citadas, resulta ilustrativo ver el origen que fundamenta el ejercicio de tales libertades, así pues mientras la libertad de expresión, por su carácter subjetivo, esta al margen del test de veracidad; la libertad de información, en su faceta activa, si está sometida a dicho escrutinio, esto pues por el hecho de que se busca transmitir hechos, datos y cualquier tipo de noticia, estas tienen fuentes objetivas y por lo mismo pueden ser contrastables en la realidad.

Las normas externas, del mismo rango que nuestra constitución, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala

¹³⁰ **ESPÍN**, Eduardo. **DERECHO CONSTITUCIONAL. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS**. Vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 228

¹³¹ **ABAD YUPANQUI**, Samuel B. Ob. Cit. p.105.

en su artículo 19º *“todos tenemos el derecho de pensar por nosotros mismos, de pensar lo que nos gusta, de decir lo que pensamos y de compartir nuestras ideas con otra gente.”*

De modo similar lo hace también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 13 reconoce *“la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*

Sin embargo, es importante anotar que a diferencia del criterio constitucionalmente aceptado que se expuso líneas arriba, los instrumentos internacionales *“no adoptan una concepción dual ya que no establecen una expresa diferencia con la libertad de información. Más bien, comprenden a este último derecho como parte del contenido de la libertad de expresión, acogiendo una tesis que algunos autores han denominado “unificadora”*¹³²

Bajo estas consideraciones, nos es importante desarrollar en este punto, lo que corresponde a los medios de comunicación y su rol en el ejercicio de estas libertades. Así pues al tratarse de Derechos Fundamentales, se ha entendido que estos pueden solo ejercerse por las personas, en este caso, de manera individual o

¹³² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**, Dykinson, Madrid, 1992,p. 318

agrupada, sin embargo existe también la posibilidad de su ejercicio por parte de las personas de naturaleza jurídica.

En efecto, *“la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a fundar o utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”*¹³³

El ejercicio pleno de las libertades de expresión e información, no alcanzaría un estatus de plenitud sino se dan las condiciones instrumentales para que dicho cometido sea posible. En ese sentido la conformación de medios de comunicación sujeta a las formas previstas, es un vínculo elemental para que la información pueda no solo proveerse con eficiencia, sino elaborarse con probidad. Sostenemos lo anterior, en similar modo, bajo el criterio del Tribunal de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, así, este colegiado ha señalado que *“los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad”*¹³⁴.

¹³³ CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31.

¹³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. Serie A No. 5, párrs. 31 y 34.

Siendo que los medios de comunicación objetan un carácter instrumental, su vinculación y funcionalidad se hacen más contundentes si atendemos a lo que el propio tribunal constitucional de nuestro país ha señalado, respecto de que el ejercicio de ciertos derechos fundamentales es también aplicable a las personas jurídicas. Así pues, el último intérprete de la Constitución ha señalado que:

“Siendo constitucionalmente legítimo el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas, conviene puntualizar que tal consideración tampoco significa ni debe interpretarse como que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona natural sean los mismos que corresponden a la persona jurídica. En dicho nivel resulta evidente que los derechos objeto de invocación solo pueden ser aquellos compatibles con la naturaleza o características de cada organización de individuos, incidencia que, por de pronto, impone en el juez constitucional el rol de meritador de cada caso, según las características o particularidades que le acompañan. No se trata, en otras palabras, de una recepción automática, sino de una que toma en cuenta la particularidad del derecho invocado, su incidencia a nivel de la persona jurídica y las circunstancias especiales propias de cada caso concreto.

En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que

puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes:

- a) *El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63)*
- b) *Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4)*
- c) [...]”¹³⁵

Así pues, resulta totalmente natural que la ley de Radio y Televisión en el artículo II de su Título Preliminar, destaque como principios para la prestación de los servicios de radiodifusión, entre otros, a los principios de libertad de expresión, de pensamiento y de opinión., el pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural, la defensa y protección del orden jurídico democrático, así como también el principio de respeto a los derechos humanos y del conjunto de libertades concebidas e integradas en los tratados internacionales y en la carta magna.

3.2.1.2. LA LEY DE RADIO Y TELEVISIÓN

Así pues, desprendido del punto anterior, nos toca revisar la norma marco que se ofrece como nuestro primer antecedente, esta es la

¹³⁵ STC recaída en el **EXP. N.º 4972-2006-PA/TC**. Fundamentos 13 y 14.

Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión, promulgada el 15 de julio de 2004, la misma que significó un importante avance en términos democráticos para con los medios de comunicación. Por medio de esta norma se regula –parcialmente, a nuestro entender- la actividad de los medios de radiodifusión sonora y televisiva en el Perú; pues se hace mención casi exclusiva respecto del acceso y las características técnicas del sector; las mismas que fueron refrendadas y desarrolladas por su reglamento, el Decreto Supremo 005-2005, aprobado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el 15 de febrero de 2005.

Esta norma busca regular el acceso a las frecuencias que se hallan en el espectro radio eléctrico, como estas son un bien público y de dominio del Estado, es necesario un procedimiento de concesión para su autorización a uso correspondiente. Así respecto de las operaciones en para las empresas televisivas, resulta obligatorio la postulación a concurso, de modo que se les pueda otorgar una autorización, en tanto que para el caso de las empresas de radio, el proceso es a solicitud. En ese sentido, la propia norma de radio y televisión admite el poder renovar de manera automática de licencias adquiridas, bajo la condición de que se cumplan con determinados presupuestos técnicos y jurídicos, siendo de que solo así pueden seguir operando en sus respectivas áreas, bajo la renovación de sus licencias cada diez años.

La norma en mención, contiene algunas definiciones marco, que son de vital importancia para entender cómo es que se concibe a los medios de comunicación y sus actividades; así pues tenemos las siguientes:

A. Con respecto al alcance de la libre Competencia: Sostiene la norma en el Artículo 1 de su Título Preliminar que *“Los servicios de radiodifusión se prestan en un régimen de libre competencia. Está prohibida cualquier forma directa o indirecta de exclusividad, monopolio o acaparamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico, por parte del Estado o de particulares”*.

Así, la libre competencia en los medios de comunicación, según la norma del sector, se restringe a la buena y leal conducta de los operadores en el uso adecuado de las frecuencias que están bajo su concesión, condena de este modo cualquier práctica que limite o restrinja el uso de otro operador de su respectiva banda de o; conductas que impidan a otro posible operador acceder a ellas, como el caso del acaparamiento o la concentración.

B. El Rol Promotor del Estado:

En su Artículo III , la norma prevé que *“El Estado promueve los servicios de radiodifusión, especialmente en áreas rurales, de preferente interés social o en zonas de frontera, priorizando los servicios de radiodifusión educativos, con el objeto de asegurar la*

cobertura del servicio en todo el territorio, en el marco de las políticas de desarrollo, integración y afianzamiento de la identidad nacional.”

C. Los Servicios de Radio Difusión y su finalidad:

De los Artículos 3° y 4°, del Libro Primero, se desprenden la definición y el objeto de los servicios de radiodifusión. Así, a entender del legislador *“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.”* cuya finalidad es la de *“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”*.

D. Clasificación de los Servicios de Radiodifusión:

La Norma en su artículo noveno, clasifica a los medios de comunicación en virtud de la finalidad que su contenido presta; así pues se tiene que los servicios de radiodifusión, en razón de los fines que persiguen y del contenido de su programación se clasifican normativamente en:

- ✓ ***Radiodifusión Comercial:*** Tipo de programación que se encuentra dirigido al entretenimiento y fines

recreativos de los espectadores y oyentes , pudiéndose tocar también temas de índole informativo, noticioso, cuya orientación se encamina a la comunidad. De este modo, la programación comercial se halla enmarcada dentro de las disposiciones, fines y principios que orientan el servicio de radiodifusión que se enseña en la norma de radio y televisión.

✓ **Radiodifusión Educativa:** Es un tipo de programación que se halla dirigida de manera preferente al fomento y divulgación de información de carácter educativo, cultural y en propensión del deporte, promoviendo también una formación integral de los televidentes y radioyentes. Bajo este tipo de contenido, los radiodifusores incrustan en su códigos de ética, determinados principios y fines con respecto de la educación. Del mismo modo, la norma exhorta que las instituciones educativas de carácter público, únicamente pueden prestar servicio de información con carácter educativo, mas no de otro tipo.

✓ **Radiodifusión Comunitaria:** Este último tipo de radiodifusión, es aquella que se encamina de manera fundamental a la promoción de valores como la identidad y las costumbres de determinada

comunidad, teniendo como presupuesto el fortalecimiento de la integración nacional.

Por último, la norma establece un marco general y no irruptivo respecto de la gestión del contenido emitido por los canales de televisión y los operadores de radio, lo que ciertamente no significa regular el contenido que emiten los medios de comunicación audiovisual. De este modo se tienen un conjunto de disposiciones, como por ejemplo las siguientes:

- ✓ ***Sobre la fuente del contenido emitido:*** la indicada en el artículo 36°, respecto de la distinción de contenidos, por medio de la cual, las empresas de radiodifusión se encuentran obligados a la adopción de medidas pertinentes e idóneas para informar a la audiencia la fuente del contenido que emiten, ya sean del titular, de aquellos responsables del programa, o en su defecto de terceros, lo que no se contradice o afecta en ningún caso la observancia del secreto profesional.

- ✓ ***Sobre el Horario familiar:*** Las disposiciones sobre el horario familiar se encuentran encomendadas en el artículo 40° de la norma de radio y televisión, la misma que indica que en el horario familiar, el contenido que transmitan los radiodifusores debe de evitar la violencia, obscenidad o contenido de una índole similar, de modo que se puedan menoscabar aquellos valores

inherentes a la familia, los niños y adolescentes. Bajo ese presupuesto, la norma indica como franja de protección el horario que se comprende desde las 06:00 y 22:00 horas.

✓ ***Sobre la clasificación de los programas emitidos:***

Esta disposición se encuentra sostenida mediante el artículo 41° de la norma, que exhorta a los radiodifusores a clasificar, tanto la programación y la publicidad comercial, así como los medios de su difusión considerando franjas horarias establecidas, las mismas que deben de ser idóneas para la audiencia .

✓ ***Sobre las señales de advertencia respecto al***

contenido de los programas: Disposición que se halla contenida en el artículo 42° de la norma sobre radio y televisión, y que conmina a los radiodifusores que la difusión del contenido televisivo, que se encuentre fuera del horario o franja de protección a la familia, contenida en el artículo 40°, debe de señalarse por medio de la inclusión de una advertencia previa, la misma que deberá caracterizarse por ser escrita y verbal, mediante una clasificación libre que es concedida por el propio titular de radiodifusión, siendo la escala la de contenido apto para mayores de catorce

años, con orientación de adultos, o solamente apto para adultos.

- ✓ ***Respecto de la Prohibición de contenido sexualmente explícito o pornográfico:*** Cuya disposición se encuentra signada en el artículo 43°, y por la cual los radiodifusores en su programación se encuentran prohibidos de hacer la difusión de programación que contenga material pornográfico o que, de igual manera incentiven el comercio sexual o la trata de personas.

- ✓ ***Respecto de las obras de carácter cinematográfico:*** Esta disposición se halla regulada mediante el artículo 44, y señala que los radiodifusores televisivos, están en la obligación de proteger las obras de carácter cinematográfico y su avance, gestionando de que estas obras sean emitidas en franjas horarias idóneas y concordantes a la calificación por edades que las obras tienen o debieron tener, al momento de su exhibición comercial en los cines del territorio de la nación , siendo igualmente válido el criterio por el cual se dan ajustes formulados por los propios radiodifusores, sin afectar el derecho de autor. En ese sentido, este artículo, exhorta a los radiodifusores a que advierta al público respecto

de las adecuaciones realizadas a las obras cinematográficas.

- ✓ **Respecto a la Franja Educativa:** La implementación de una franja educativa, encuentra su regulación en la Quinta Disposición Complementaria de la norma, que en concordancia con lo indicado por el artículo 14° de la carta constitucional, en su último párrafo, insta a los radiodifusores a colaborar con el Estado, en la difusión de la educación y la formación de la moral y el sentido cultural, estando obligados los radiodifusores a destinar un porcentaje libre y mínimo al interior de su programación, a contenidos que impliquen los factores antes indicados y que será de libre establecimiento de los radiodifusores.

- ✓ **Respecto de la producción Mínima Nacional:** Señalamiento que se halla contenido en la Octava Disposición Complementaria de la norma, y por medio de la cual los radiodifusores deben de indicar y establecer y emitir contenido de producción nacional con un mínimo del treinta por ciento de su programación total, fijándose un horario que se comprende entre las 5:00 y 24:00 horas, como promedio en la semana.

3.2.1.1. EL CONSEJO CONSULTIVO DE RADIO Y TELEVISION

Paralelamente la dación de la ley de Radio y Televisión, se crea también el consejo consultivo de radio y televisión, organismo adscrito al ministerio de Transportes y Comunicaciones cuyas funciones son de verificación mas no de fiscalización, así pues este “no se constituye como un órgano de regulación ni de control. Su única finalidad es propiciar buenas prácticas en la radio y televisión peruana”¹³⁶.

El espectro de atención de este organismo es amplio, pues puede emitir opiniones –no vinculantes- y participar en audiencias e informes con respecto al otorgamiento de las concesiones, así como el de los procedimientos sancionatorios – sobre todo si estos tienen que ver con el contenido de la programación.

De las funciones que detalla la ley de Radio y Televisión en su artículo 58°, las que más interesan, respecto a los contenidos emitidos por los programas de televisión y radio son:

¹³⁶ Véase: <http://www.concortv.gob.pe> (Consultado el 20/09/2015)

Concordamos este enunciado con lo señalado en el Reglamento Interno del CONCORTV

Artículo 5º.- De la naturaleza del CONCORTV

*El CONCORTV es un órgano autónomo de carácter consultivo cuya finalidad es contribuir con el desarrollo de la radiodifusión en nuestro país, mediante la adopción de **medidas tendentes a garantizar una mejor calidad comunicativa y ética de los servicios de radio y televisión** para el ejercicio de los derechos ciudadanos de comunicación. En este sentido, no se rige por los intereses particulares de los sectores que lo integran, y por tanto, en las decisiones que se tomen deben primar los intereses generales del país y de sus ciudadanos. [El subrayado es nuestro]*

“[...]”

*e) Emitir una opinión **no vinculante** dentro del procedimiento administrativo sancionador a los servicios de radio y televisión, cuando se cometan las siguientes infracciones:*

- ✓ *Incumplir injustificadamente la transmisión de los programas que hayan sido promocionados en la fecha, horario o con las características de contenido o duración anunciadas.*
- ✓ *Incumplimiento de las normas relativas al horario de protección familiar (06:00 - 22:00).*
- ✓ *Incumplimiento de las disposiciones del Código de Ética.*
- ✓ *Incumplimiento de las condiciones esenciales y otras establecidas en la autorización.*
- ✓ *El CONCORTV podrá requerir de las grabaciones realizadas por los servicios de radio y televisión de los programas nacionales y de la publicidad comercial, con la finalidad de velar por el cumplimiento del código de ética y del horario de protección familiar.”*

Puede notarse que la participación pasiva de este organismo tiene por justificación el dotar de la mayor autonomía posible a los operadores de radio y televisión en la administración de

la calidad de su contenido, el CONCORTV se constituye así en una suerte de consultor-como su nombre lo indica.-, vinculando a los radiodifusores con el ministerio de Transporte y Comunicaciones en temas que van desde la calidad del contenido emitido, hasta la concesión de frecuencias. De ese modo, los medios de comunicación se hallan en la facultad de hacer prevalecer y defender sus derechos a las libertades de expresión y de opinión, que se hallan autorregulados por los códigos de ética que cada cual ha suscrito; de modo que para su validez, han de ser presentados ante la autoridad correspondiente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, los mismos que para su aprobación deben contener como mínimo ciertos aspectos establecidos en el Reglamento de la Ley de Radio y Televisión, que detallaremos con amplitud más adelante.

Visto así, el contenido mediato del pacto autorregulatorio, como se halla prescrito en la norma radio-televisiva, resulta medular, pues brinda una contribución para el establecimiento de las condiciones laborales, profesionales y sociales que viabilizan el rol de los medios de comunicación, como entidades atentas y cumplidoras de la responsabilidad social que les atañe. Ahora bien, la presentación de quejas, no es una exclusividad del sector de telecomunicaciones, sino que se establece como un mecanismo de defensa del consumidor,

usuario o en el caso particular nuestro, del televidente, para poder expresar su disconformidad con el servicio brindado, de modo que esto también pasa en sectores como el financiero o en el caso de los servicios básicos como el agua y la electricidad, entre otros.

La ley de Radio y Televisión establece que los titulares están en la obligación de contar con un código de ética que debe ser presentado al ministerio de transportes y comunicaciones, el mismo que debe aprobarlo. Estos códigos de ética deben basarse en:¹³⁷

[...]

- d) *Los principios y lineamientos que promueve [la ley],*
- e) *Los tratados en materia de Derechos Humanos.*
- f) *Disposiciones relativas al horario familiar, mecanismos concretos de autorregulación y la regulación de la cláusula de conciencia.*

¹³⁷ **Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión:**

Artículo 34.- Código de Ética: *El contenido de los códigos de ética se basa en los principios y lineamientos que promueve la presente Ley, así como en los tratados en materia de Derechos Humanos. Los titulares de servicios de radio y televisión, deben regir sus actividades conforme a los códigos de ética que deben establecer en forma asociada y excepcionalmente en forma individual. En el Código de Ética se incluirán disposiciones relativas al horario familiar, mecanismos concretos de autorregulación y la regulación de la cláusula de conciencia.*

Los titulares del servicio de radiodifusión o quienes ellos deleguen, atienden y resuelven las quejas y comunicaciones que envíe el público, en relación con la aplicación de su Código de Ética, así como en ejercicio del derecho de rectificación establecido en la Ley N° 26847.

g) *La implementación de un sistema de atención y resolución de las quejas y comunicaciones que envíe el público, en relación con la aplicación de su Código de Ética.*

Sin Embargo, existe un panorama preocupante, ya que en lo normado no se hace referencia ni explícita mucho menos implica a plazo alguno, procedimientos o, presupuestos o requisitos que deben contener estos mecanismos de modo que puedan ser aprobados por el Ministerio de transportes y comunicaciones. Bajo estas complicaciones normativas, el contexto de los códigos de ética, según señala Chiu Werner¹³⁸, referencialmente, es como sigue:

- a) Hasta enero del año 2011, un 55% de las empresas de radio y televisión, no han cumplido con hacer efectiva la presentación del código de ética exigido por la ley de radio y televisión.¹³⁹
- b) Bajo esas prerrogativas, el CONCERTV, en la evaluación que realizó de 374 códigos de ética presentados, a solicitud del Ministerio de transportes y comunicaciones, solo el 15% había implementado mecanismos de solución de controversias y quejas, que

¹³⁸ **CHIU WERNER**, Alexander. **¿POR QUÉ EN EL PERÚ NO HAY QUEJAS POR LA PROGRAMACIÓN DE LA RADIO Y TELEVISIÓN?** Informe presentado a la CONCERTV, como responsable de su Unidad de Comunicaciones e Imagen el 2011. pp.2-3

¹³⁹ Véase: <http://www.concertv.gob.pe/es/file/informacion/estudios/2011/concertv-estadisticas-rtv.php>

se caracterizaban por ser simples, eficientes y con plazos y procedimientos, en función de responsabilidades debidamente establecidas, y que se hallaban a acorde con la naturaleza de la autorregulación y el debido proceso.

- c) Así pues, se evidencia de que 371 códigos de ética, fueron de elaboración propia de las empresas de medios de comunicación, y que han sido aprobados por el Ministerio, mientras que, por otro lado, 208 han optado por adoptar de forma voluntariamente el Código propuesto y aprobado por el Ministerio. De este modo, se puede deducir que existen en total cerca de 372 códigos de ética aprobados, estos es los 371 elaborados de manera voluntaria, mas el modelo propuesto por el ministerio, que al ser mecanismos variados de solución de quejas tendrán que ser materia de revisión por parte de los usuarios cuando quieran realizar una queja o denuncia administrativa respecto del contenido que emitan estas empresas de medios de comunicación.

3.2.1.3. SOCIEDAD NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN¹⁴⁰.

La Sociedad Nacional Radio y Televisión, es una institución de carácter privado que tiene como fecha de formación el doce de

¹⁴⁰ Véase: <http://snrtv.org.pe/> (Consultado el 25/09/2016)

mayo del año dos mil cuatro, y cuyo propósito medular es el de asumir la representación de sus asociados respecto de los servicios que estos prestan como radiodifusores comerciales, así como en su función en la producción de contenidos televisivos y radiales, promoviendo su crecimiento y fomentando su consolidación a nivel nacional; asumiendo del mismo modo, la defensa y protección de los principios básicos de la radiodifusión privada, poniendo especial énfasis en la libre y leal competencia; ejerciendo para tal efecto una participación activa, en pro de la formación y organización de eventos de capacitación, formación e información mediando en ellas autoridades políticas, públicas o privadas, sobre todo aquellas que tienen como misión la labor de legislar o ejercer un trabajo sobre materia reguladora de las comunicaciones. Del mismo modo se busca el fomentar el desarrollo, defensa y protección activa de la libertad de expresión, como principio y derecho fundamental.

La normativa que le concierne es básicamente:

- a. El pacto de autorregulación:*
- b. el Código de Ética,*
- c. La Ley de Radio y Televisión*

3.2.1.4. EL PACTO DE AUTORREGULACIÓN:

El pacto de autorregulación redactado por la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, y suscrito por sus integrantes busca delimitar los aspectos regulatorios referidos al contenido emitido por los operadores suscritos a él. “Los Valores y Principios éticos y sus lineamientos incluidos en este documento se refieren estrictamente a la relación entre los asociados de la SNRTV.”¹⁴¹

En tal sentido, el pacto de autorregulación representa el marco o directriz que delimita el alcance de los contenidos emitidos por los medios de comunicación suscritos a él. Dicho documento divide estos indicadores en tres apartados o principios, los mismos que norman la emisión de la oferta informativa¹⁴²:

a. Veracidad

Que implica que el contenido emitido ha de guardar objetividad e imparcialidad bajo el contexto de la búsqueda de la verdad. Así también implica el que las fuentes de información usadas para los objetivos antes plasmados, deben de poder ser identificables, confiables y comprobables. Empero se les reserva el derecho de

¹⁴¹ Véase: <http://snrtv.org.pe/pacto-de-autorregulacion/> (Consultado el 20/08/2016)

¹⁴² *Ibidem*.

guardar el llamado “secreto profesional”, sobre todo en temas periodísticos respecto de temas de interés público. Del mismo modo, también inquiera la presentación probatoria con contrasten el información vertida, de tal modo de que esta , sea un reflejo de la realidad y los hechos presentados, los mismos que deben de ser claros para el público.

Respecto de la publicidad y los anuncios respecto de la programación, los medios de comunicación tiene prohibido engañar ni inducir a error de manera ambigua, e inexacta o por omisión, al espectador. Del mismo modo, la exageración, magnificación y la fantasía, implican herramientas validas en tanto no representen caracteres determinantes para la formación de conclusiones o decisiones en el público. Ahora bien, por tener la libertad en el contenido, la emisión de estos, es de entera responsabilidad de los radiodifusores.

b. Respeto a la dignidad de la persona humana

Bajo este lineamiento, el respeto a la imagen de las personas se convierte en un imperativo para los radiodifusores. Dimensiones como la intimidad, la no denigración de la figura de la mujer y los niños expuestos a situaciones de indecoro son prohibiciones expresas, así también son será posible el poder discriminar a las

personas en función de aspectos religiosos, de raza, sexo, condición física, cultura entre otros. Por otro lado, no es posible utilizar, de manera representativa, alusiones o figuras que denigren a la persona.

Bajo esas circunstancias se debe de tomar en consideración tanto el contenido, el formato, su contexto, horario y público objetivo.

c. Responsabilidad social y Autorregulación

La responsabilidad social, en primer término, resulta ser una directriz que conmina los radiodifusores pertenecientes a la sociedad a mantenerse sólidos e independientes, criterios que son válidos a los de la misma sociedad, respetando también la libre competencia; al buen gobierno corporativo; evitando atentar así, contra la legislación civil, laboral o comercial, incurriendo en alguna competitiva ilegal sobre otros medios de comunicación.

Por otro lado, en su artículo 5º, realiza una definición de lo que debe entenderse por autorregulación y así señala que esta “consiste en vigilar la calidad de la información que se brinda a través de la comunicación comercial, además de preservar y acrecentar la credibilidad de la misma.

3.2.1.5. EL CODIGO DE ETICA:

Elaborado y suscrito por la SNRTV, este documento contiene tanto obligaciones como facultades dirigidas a los operadores de Radio

y Televisión, así lo ha señalado la Ley Nacional de Radio y Televisión en su artículo 34°, el cual prevé que los códigos de ética, respecto de su contenido, encuentran su fundamento en los principios y lineamientos promovidos por la norma, e igualmente en los tratados de Derechos Humanos que traten lo respectivo a la información y a los medios de comunicación.

Bajo esa perspectiva el citado artículo 34° de la ley de radio y televisión se encuentran obligados a dirigir sus actividades bajo lo contenido en los códigos de ética, los mismos que pueden ser elaborados de manera particular o asociada.

Así también el mencionado artículo, señala que en conformidad de las disposiciones antes indicadas en la propia norma de radio y televisión, los Códigos de Ética, deben de incluir normas referente al horario familiar, así como a los mecanismos concretos de autorregulación y, por último la referente a la cláusula de conciencia .

Respecto del contenido emitido, el documento, señala también algunos lineamientos:

- ✓ **Respecto de la Clasificación de los Programas y de las Franjas Horarias:** La clasificación del contenido emitido por los radiodifusores de televisión, se halla regulado en primera instancia por el artículo 9° del código de ética planteado por la SNRTV, y que indica

que los radiodifusores se hallan en la obligación de clasificar la programación, y decidir su emisión, siendo igualmente responsables por establecer un conjunto de advertencias en cada programa emitido, teniendo como base de clasificación los siguientes criterios:

a) *Programa dirigido al público en general*

b) *Programa dirigido a público mayor de 14 años.*

c) *Programa apto sólo para adultos.*

Del mismo modo, el artículo in comento, indica que los radiodifusores deben de establecer determinadas franjas horarias en observancia de las disposiciones de la norma de radio y televisión, así pues la clasificación debe de ser insertada a modo de nota de advertencia, la misma que debe señalarse antes de que se emita el programa en cuestión.

Por otro lado, el artículo 10º del código de Ética de la SNRTV, señala que la publicidad comercial, se regula en lo que respecta al Decreto Legislativo N° 1044, esto es, por medio de las dispersiones de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

- ✓ ***Respecto de la Programación Nacional Mínima:*** Tal y como lo indica también las dispersiones finales de la

norma de radio y televisión, de modo concordante el código de ética de la SNRTV, en su artículo 11º, señala que la programación incursa en la franja horaria de las 05:00 y 24:00 horas, debe de contener programas de producción nacional, bajo un 30% como mínimo, siendo este de promedio semanal, lo que resulta valido con el tema de la retransmisión.

- ✓ **Respecto de los Mecanismos para Brindar Información oportuna sobre cambios en la Programación:** Cuya mención se destaca en lo señalado por el artículo 12º del código de ética, y conmina a los radiodifusores a informar oportunamente a la audiencia respecto de los cambios en sus programaciones, bajo los medios pertinentes e idóneos. Así pues, resulta una excepción a lo indicado por el artículo in comento, la ocurrencia de casos fortuitos, fuerza mayor, interés nacional o por causas ajenas los radiodifusores, con un tiempo no menor de 24 horas de anticipado

Ante la vulneración de las disposiciones contenidas en el código de ética, así como en el pacto de autorregulación ya mencionado, se tienen dos vías recurribles para quejarse y obtener una sanción para el medio de comunicación al que se le imputa la falta.

En primer lugar, se encuentra la instancia que corresponde a la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, y cuyo procedimiento se encuentra regulado por el acápite II del Pacto de Autorregulación.

La segunda instancia, o vía, si queremos llamarla así, se encuentra en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, cuyo procedimiento se halla reglado en el Reglamento de la Ley de Radio y Televisión. En esta última vía, es donde se inicia un procedimiento administrativo sancionador, el mismo que se determina por una resolución, con la imposición de una multa, cuya máxima cuantía es de treinta unidades impositivas tributarias.

3.3. REGULACIÓN DE CONTENIDOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

3.3.1. FRANCIA: EL CONSEJO SUPERIOR DE LO AUDIOVISUAL.-

En el derecho francés, el estado impulsa la fundación directa de medios públicos cuyo objetivo principal es la transmisión de contenidos culturales; de este modo la regulación de lo “cultural” en la televisión pública y privada y en los transmisores de radio del país galo, es una característica distintiva del sistema mediático francés.¹⁴³.

¹⁴³ MCKENZIE, Robert. **ESTUDIO COMPARATIVO DE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN FRANCIA, ESTADOS UNIDOS, MÉXICO Y GHANA.** Revista de Derecho Comparado de la Información. UNAM. Año 2005, Número 6. p.178

El quehacer regulatorio en Francia respecto de los medios de comunicación está a cargo del Consejo Superior de lo Audiovisual (en adelante CSA), creado a finales de la década de los ochenta, y cuya actividad es supervisada por el Ministerio de Cultura. Es de entenderse entonces que el CSA este conformado de nueve cancilleres: tres nombrados por el presidente de la República; tres por el presidente del Senado y tres más por el presidente de la Asamblea Nacional. Sin embargo, es de anotar que los cancilleres provienen -por lo general- de industrias o academias de medios de comunicación.

El CSA, tiene como principal atribución la de velar por la aplicación de las leyes y decretos promulgados por el gobierno nacional, así también el pronunciarse sobre sus políticas mediáticas. Empero, sólo tiene autoridad, similares a la judicatura, es decir que solo puede aplicar las leyes existentes para su sector, mas no así para emitir y formular nueva normativa, puesto que ésta función es facultad exclusiva del gobierno nacional.

Bajo estos lineamientos, el *ratio* de acción de la CSA comprende tres áreas centrales:

- ✓ Expedir nuevas licencias;
- ✓ Renovar las licencias de transmisión de las estaciones de radio y televisión y;
- ✓ Disciplinar a las agencias de radio y televisión que infrinjan las regulaciones emitidas por el gobierno nacional.

Las estaciones de radio y televisión, tanto públicas como privadas, en función del uso de frecuencias que les son concesionadas, tienen obligaciones frente al Estado en términos de contenido.

El Consejo Superior de lo Audiovisual regula cuatro grandes áreas de los contenidos mediáticos que resultan particularmente distintivas:

- ✓ ***Presta especial atención al pluralismo político;*** La implementación de esta política tiene por objeto que el CSA, tenga la potestad de realizar la entrega de las licencias a las estaciones de radiodifusoras, cuya planificación para la programación de estos, este concebido con un amplio margen de contenido; de modo que cada estación contemple de manera autónoma el contenido programático de su vinculación o afiliación ideológica y/o política, existiendo así radiodifusoras, anárquicas, socialista, de extrema derecha, entre otras.
- ✓ ***Toma medidas respecto de la protección de menores:*** La protección de menores, respecto del contenido emitido por los radiodifusores, contempla dos grandes áreas de prohibición , cuya difusión esta sancionada hasta antes de las ocho de la noche. Por un lado, se prohíbe el contenido sexual explícito o pornográfico y por otro, el contenido altamente violento.
- ✓ ***Se establece como una prioridad la protección y mantención del idioma francés:*** La política de defensa de la lengua o idioma materno, es un lineamiento establecido por la Unión Europea, y

a cuya adhesión el país francés se ha hecho parte.¹⁴⁴ De esa manera, la legislación francesa establece que aproximadamente el 60% de toda la programación emitida por en la televisión, debe de tener un origen en el continente europeo; haciendo exigible que el gobierno francés, requiera que el 40% del mismo sea producido en su país.

De forma adicional, en lo que respecta a la radiodifusión la norma señala que el 35% de las canciones que se dirigen hacia publico adolescentes, deben de tener origen nacional, mientras que por otro lado, el 60% de las canciones dirigidas a público adulto, que sobre pase los 45 años, debe conservar el origen francoparlante.

- ✓ **El control sobre el denominado “minutage” de programación:** Se trata de un aspecto regulatorio, por el cual los canales de televisión pública, se encuentran limitados en la difusión no mayor a ocho minutos de publicidad por hora, siendo el tiempo límite para las empresas privadas 12 minutos. En el caso de la radio, no se ha establecido un periodo límite de minutage para su programación.

Ahora bien, el CSA también tiene potestades sancionatorias, respecto de la aplicación multas y sanciones dirigidas a los operadores, que no

¹⁴⁴Véase:

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuld=FTU_5.13.6.html
(Consultado el 20/04/2016)

observen los lineamientos regulatorios antes mencionados, así tenemos las siguientes:

- ✓ ***Infracción de las cuotas mínimas de transmisión:*** El CSA tiene la potestad de sancionar a los radiodifusores por no observar el cumplimiento de las cuotas mínimas de programación francesa o también llamada francófona.

- ✓ ***La admisión obligatoria de no cumplimiento:*** Esta es una facultad por medio de la cual el CSA, fuerza a los radiodifusores a la publicación de los resultados de las investigaciones, respecto de la infracción o vulneración a una determinada disposición.

3.3.2. ESTADOS UNIDOS: LA COMISIÓN FEDERAL DE COMUNICACIONES.-

La política y la normativa, respecto de los medios de comunicación en estados unidos, tiene como soporte a tres entidades. Por un lado esta de forma prioritaria la Comisión Federal de Comunicaciones (en adelante FCC), por otro también se encuentran el Senado y Cámara de Representantes y, en cierta medida, por la Corte Suprema, a través de sus pronunciamientos jurisprudenciales. Este diseño – diremos- fragmentado de regulación, encuentra su fundamentación en la premisa del equilibrio entre las diferentes atribuciones estatales que los entes mencionados tienen.

A pesar de lo anterior, el enfoque regulatorio del FCC, se inclina por una tendencia liberal, la mismo que implica la intervención reducida o mínima del aparato estatal en el conjunto de operaciones diarias de las empresas de medios de comunicación. Bajo ese lineamiento, el fundamento esencial para establecer un organismo como el FCC, en el mercado de los medios de comunicación, es que en la medida que sea posible este mercado el que deba de actuar como autoridad fundamental para la regulación de los contenidos y operaciones de los radiodifusores. De modo que se pretende la existencia de una competencia efectiva al interior de las dinámicas que de las practicas comerciales del mercados e medios de comunicación convirtiéndose en la opción regulatoria de entre todas las demás, lo que impetra la existencia de un sistema de autorregulación. Sin embargo, se propone como excepción, de que cuando el usuario, consumidor o el público, el estado o los medios, de que el mercado de consumo se regulan de modo equivoco o indebido en sus modos y actividades, el FCC se encuentra debidamente facultado para el desarrollo de nuevas regulaciones, así como también tiene la potestad coacciona dora para hacer cumplir las regulaciones ya existentes de un modo más estricto.

Ahora bien, la distintivita o separación en las funciones de los medios de comunicación al momento de establecer los modos regulatorios se ha constituido como una marcada tendencia normativa en los Estados Unidos, de modo que, por ejemplo, los medios de comunicación como los periódicos, la prensa, y el Internet no se hallan sometidos a una

regulación o mandato de ninguna entidad o agencia central, siendo que los contenidos que estos emiten son exclusivos debido a lo establecido en la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana¹⁴⁵. Empero, la Primera Enmienda, no solo representa una norma limitante de la regulación estatal, sino también implica un principio guía para la actuación de los medios de comunicación.

Ahora bien, como señalábamos líneas antes, los medios de comunicación electrónicos, como el caso de la radio y la televisión, no encuentran la misma libertad concedida a la prensa y los medios escritos, debido a que los medios de radiodifusión prestan su foco a los intereses públicos, ya que sus contenidos enfrentan una menor dinámica de competencia.¹⁴⁶

Eso quiere decir que el conjunto de operaciones de las empresas de radiodifusión, así como las operaciones de telecomunicaciones, esto es aquellas que comprometen operaciones de telefonía y de informática, se hallan circunscriptas a la jurisdicción regulatoria del FCC, teniendo este organismo la potestad para establecer normas fundadas en la legislación ya habida, teniendo la misma facultad para ejecutarlas así como para aplicarlas. A pesar de estas potestades, el rol pasivo del FCC, implica sin embargo que este debe someter a consulta al Congreso por medio de la emisión de opiniones, respecto del

¹⁴⁵ La Primera enmienda de la Constitución Norteamericana sostiene que: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*".

¹⁴⁶ MCKENZIE, Robert. **Ob. Cit.** p.192

compromiso al que se somete con la legislación a los medios de comunicación.¹⁴⁷

Ahora bien, entrando en detalle sobre la regulación de contenidos en el país del norte, existen tres áreas de regulación que son particularmente distintivas:

- ✓ **La Prohibición en la Transmisión de Obscenidades:** Esta restricción encuentra su ser en la Ley de Comunicaciones de 1934, la misma que prohíbe la emisión de contenido obsceno sin restricción horaria. Así pues, la obscenidad como categoría conceptual en la norma, ha quedado debidamente definida mediante la jurisprudencia de las cortes, esto por medios del test realizado en el sonado caso Miller v. California.¹⁴⁸

- ✓ **Restricciones en la Publicidad transmitida por un emisor no comercial.** A diferencia de lo que sucede en nuestro país, en los Estados Unidos, la transmisión de publicidad se halla restringida, de modo que los entes de carácter no comerciales, los radiodifusores públicos, las entidades comunitarias, los colegios, así como a las universidades, se

¹⁴⁷ Véase: <https://www.fcc.gov/consumers/guides/acerca-de-la-fcc> (Consultado el 13/04/2016)

¹⁴⁸ Por el cual el tribunal de apelaciones de California –en el Estado de Oregón- determino el contenido de lo que debe entenderse por “obsceno”; así determinó que: “*El material obsceno no se encuentra protegido por la Primera Enmienda. Se confirma la decisión de Roth v. United States. Una obra podrá ser objeto de regulación por el estado si dicha obra, considerada en su totalidad, atrae un interés lascivo en el sexo; representa, de un modo manifiestamente ofensivo, una conducta sexual definida expresamente por la ley del estado aplicable; y, en general, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio*”. Pp. 23-24.

encuentran prohibidas de realizar anuncios; empero, siguiendo una interpretación –digamos estricta- permite que puedan anunciar patrocinios, los mismos que se encuentran diferenciados por barreras debidamente interpretadas. Así pues, podemos decir de que esta interpretación es incluyente de prohibir contenido que inquiera o persuada en el consumidor la compra de algún bien, servicio, proporcione o brinde información sobre cualidades, precios, o algún otro aspecto relacionado, inclusive si solo los describe favorablemente.

- ✓ ***Regulación respecto de la programación infantil:*** Con lo que respecta al contenido que se emite dirigida al público infantil, existe una legislación que, por medio de una combinación de orden-reporte, aplicada el año de 1996, y acompañada por la norma del Congreso sobre Televisión Infantil del año de 1990, se coaccionan o impetran a las empresas radiodifusoras a la transmisión de programación infantil de acuerdo a los siguientes lineamientos:

- a. Los radiodifusores se encuentran obligados a proveer al como mínimo un total de tres horas semanales de programación de carácter educativo o informativo dirigido a menores de edad, permitiéndoles empero, definir cómo es que debe de entenderse lo educativo o informativo-.

- b. Así mismo, los radiodifusores respecto de los llamados *bumpers*, deben de ser transmitidos entre la programación infantil y los anuncios comerciales de los patrocinadores.
- c. La franja horaria para los anuncios, tiene como restricción un máximo de diez minutos y medio, por hora entre semana y a doce minutos por hora, los sábados y domingos. Así mismo, como fase del proceso regulatorio de la revocación de las licencias, el FCC examina el compromiso general de las empresas de radiodifusión con respecto a la programación infantil.

Ahora bien, descritas las facultades del FCC, este organismo ostenta dos potestades sancionatorias, para hacer punibles la violación a la estructura regulatoria, de la que hemos dado cuenta líneas atrás, las cuales son:

- ✓ **La Revocación de Licencias:** Esta es una facultad in extremis, de modo que su utilización practica es raramente vista. Su aplicación se da en el escenario en el que un radiodifusor demuestre un comportamiento lesivo a la norma regulatoria de manera reiterada y deliberada.
- ✓ **La Imposición de multas:** Esta facultad sancionadora de la FCC, permite a la entidad la imposición de multas a los radiodifusores que transgredan las disposiciones regulatorias o la ley de la materia. Para tal cometido, el FCC

dispone de oficiales de campo, para que los mismos puedan efectuar una labor de investigación sobre violaciones de carácter técnico. Por otro lado, para aquellas violaciones respecto del contenido, el FCC, acciona su potestad sancionadora de parte, esto es, cuando los usuarios o consumidores formulan quejas, esto pues, como una clara muestra de función del mercado comercial en los medios de comunicación.

3.3.3. MÉXICO: LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN Y EL INSTITUTO MEXICANO DE LA RADIO.-

En México, ha existido una etapa de transición en el modo regulatorio de los medios de comunicación, esto debido a su desplazamiento hacia un sistema democrático más abierto. Este contexto permite que el gobierno federal otorgue licencias a todas las estaciones de radio y televisión. Así como en la mayoría de sistemas regulatorios que se han revisado hasta aquí, los periódicos y el Internet no están regulados por ninguna agencia gubernamental.

La mayoría de los medios de comunicación en México son comerciales y pertenecen a la iniciativa privada. De este modo, el gobierno federal, entiéndase a este por el gobierno Central en equiparación a nuestro país- no financia la televisión nacional pero sí financia, parcialmente, una red comercial de radio transmite muchos géneros de programación.

La regulación de las actividades de la radiodifusión se realizan a través del Instituto Mexicano de la Radio (en adelante IMER). A partir de su institucionalización, se ha provisto implantar como política normativa, la preferencia al contenido nacional, con programas como la "Hora nacional", en el que se transmiten contenido de carácter gubernamental.

De este modo, resulta ser una característica bastante peculiar en el modelo regulatorio mexicano, que es de carácter gubernamental, la existencia de una situación de mercado donde primen los intereses comerciales. Así pues, una de las principales fuentes regulatorias del modelo mexicano lo constituye la Ley de Medios de Comunicación del año 1940, la misma que sufrió una actualización por medio de la llamada Ley Federal de Radio y Televisión del año de 1960.

Bajo ese contexto normativo, la regulación de contenidos en el país centroamericano resulta ser evidente cuya graduación o nivel de intervención, depende de la naturaleza del contenido, otorgándose mayor libertad en la emisión del contenido que se basa en el entretenimiento, mientras que por otro lado, existe un menor grado de libertad en los sectores periodísticos o de investigación; siendo menor todavía en aquellas representaciones que involucran al Estado o el uso de sus símbolos.

Las principales Agencias reguladoras que el modelo regulatorio mexicano imprime a los medios de comunicación, tiene como objeto el

reporte directo de sus actividades presidente de la república. Estas actividades en concordancia a las entidades son:

- ✓ **La Secretaría de Comunicaciones y Transportes**, encargada de la autorización y otorgamiento de licencias técnicas para la obtención de transmisores.
- ✓ **La Secretaría de Gobernación:** Conformada por funcionarios, cuyo nombramiento es dependiente de decisión presidencial y que se encarga de regular los medios de comunicación, a través de la subsecretaría de medios, oficina adscrita a sus operaciones

Ahora bien, las áreas plausibles de regulación de contenidos, en vista de la organización antes mencionadas son:

- ✓ **La Publicidad:** La publicidad de empresas probadas, está prohibida para la televisión pública, empero, para la radio pública, no. Para la televisión privada, no existe ninguna restricción al respecto.
- ✓ **El Contenido Inapropiado:** Para la regulación de los contenidos inapropiados, la división de Radio, Televisión y Cinematografía de la subsecretaría de los medios,, emplea un sistema de clasificación para examinar los contenidos de carácter mediático en función de la edad y la hora. Así pues, el contenido que refleje sexo, violencia, consumo de drogas y lenguaje obsceno, será terminantemente prohibido.

- ✓ **La crítica al gobierno:** Aunque desde el año 1998 existe un régimen más abierto de control hacia la crítica del estado, en la actualidad existe aún cierto recelo mediático, el mismo que está empapado de un decálogo abierto de respecto a la figura personal lejos de la figura pública del funcionario del estado.

Ahora bien., de las potestades entregadas a estos reguladores, existen dos procedimientos básicos en la obtención del cumplimiento o acatamiento de las disposiciones mencionadas.

- ✓ En primer lugar, como la mayoría de las entidades ya estudiadas, están facultadas para imponer multas, de vinientes de la violación a las disposiciones regulatorias.
- ✓ Otra de las potestades es la revocación de licencias de transmisión a los radiodifusores.

3.3.4. CHILE: EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN.-

El caso Chileno es particular respecto de la regulación de los medios de comunicación, así pues, a partir del primero de octubre de 2015, los radiodifusores de televisión, ya sean de señal abierta o por cable se encuentran en la obligación de emitir al menos unas cuatro horas de programación con contenido cultural, en el espacio de una semana, como mínimo.

De este modo pues, el Consejo Nacional de Televisión de Chile (en adelante CNTV), ha indicado que esta franja horaria de programación, debe de ser transmitida en el curso de horarios con una alta audiencia, esto es, en promedio de seis y media de la tarde y la medianoche, mientras, que el horario en saldo, será transmitido en el horario comprendido de nueve de la noche y la medianoche los sábado y domingo.

Las facultades del ente regulador en el caso chileno, comprenden las tareas de supervisión y fiscalización, tendiendo igualmente potestades para la aplicación de sanciones y multas, las mismas que varían desde la amonestación, y las multas de carácter pecuniario, hasta la imposición de suspensión de las transmisiones, cuya agravante es la caducidad de la concesión otorgada por el estado.

3.3.5. ECUADOR:

En el caso ecuatoriano, recientemente se ha establecido una la ley de regulación de medios de comunicación, por medio de la cual se configura una nueva estructura en la repartición de frecuencias y licencias de radio y televisión. De este modo se concede un porcentaje de treinta y cuatro por ciento para los medios de carácter comunitarios, un treinta y tres por ciento en el sector público y un treinta y tres por ciento para los radiodifusores particulares.

Así pues, con respecto a la regulación de contenido, por intermedio de la nueva legislación, se instituye un consejo de regulación, el mismo

que restringe la violencia y el contenido sexual explícito, teniendo además la potestad sancionadora materializada en la imposición de multas a los radiodifusores que contravengan estas disposiciones, de modo que bajo el principio de responsabilidad ulterior, estará conformada por un total de cinco miembros.

3.3.6. ARGENTINA: LA AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS AUDIOVISUALES

En Argentina, la regulación de los medios de comunicación, ha tenido como arrastre la dación de la ley N° 26.522, sobre Servicios de Comunicación Audiovisual, cuya fecha es de 2009; abriendo así la polémica y debate respecto de la imperiosidad en su configuración. Un sector de la doctrina opina en contra de su constitucionalidad, ya que la misma implica un control del estado sobre la propiedad de los medios el contenido que emiten.

El ente encargado de plasmar la regulación dada por la norma citada, es la Autoridad Federal de Servicios Audiovisuales (en adelante AFSCA), teniendo como rango de actuación, según indica el primer artículo de la norma, a todos los servicios audiovisuales sin diferenciar sus soportes, siendo estos una actividad de carácter social de interés público, siendo una tarea del Estado el resguardar el derecho a la información, a la participación, preservación y desarrollo del Estado de Derecho, así como los valores de la libertad de expresión.

La norma también, como otros modelos regulatorios, tiene como alcance, regular el acceso, a modo de concesión, siendo entendido como una suerte de prioridad. De este modo, el objetivo se cierne sobre "[...] *la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*"¹⁴⁹.

Por otro lado, en su artículo tercero, se enuncian los objetivos que los operadores audiovisuales deben perseguir al momento de emitir su contenido, entre las que se encuentran un conjunto de garantías, promociones y derechos respecto del acceso a la información, la promoción de la cultura y la investigación, así como por el respeto al desarrollo íntegro del ser humano, con respeto de su dignidad y personalidad.

Del mismo en su artículo 70° se establece explícitamente que "*la programación de los servicios previstos en esta ley deberá evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a comportamientos perjudiciales*

¹⁴⁹ Parte pre ambulator de la Ley N° 26.522

para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes".

CAPITULO IV

LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE MEDIOS DE COMUNICACION

4.1. LOS MERCADOS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA

4.1.1. LOS MERCADOS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN.-

En este apartado, es nuestra primera intención el esbozar una definición del mercado para el sector que estamos analizando. La visión tradicional que se tiene de los medios de comunicación, como transmisores de información, ha sido rebasada por el tiempo y la tecnología, esto es pues los medios de comunicación actúan en un mercado de características peculiares que siendo- pensamos- *sui generis*, no tienen ese tratamiento a menudo. En efecto, el mercado de los medios de comunicación responde a definiciones particulares, sobre todo por los agentes económicos que en el residen. Es así que “no estamos hablando de un mercado cualquiera, es además un foro

en el que se genera un bien público: La información, esencial para el funcionamiento del sistema democrático.”¹⁵⁰

Mientras que en los mercados –comunes- de bienes y servicios, la producción se sujeta a procesos de manufactura, industrias y otros que en su mayoría son fáciles de describir, no sucede en lo mismo en los mercados de medios de comunicación. Las leyes de la oferta y la demanda actúan aquí de un modo muy distinto, tanto así que los intereses y satisfacciones de los que consumen “productos informativos” debe moldearse y/o definirse en iguales matices al mercado al que hacemos referencia.

4.1.2. MERCADOS RELEVANTES Y COMPORTAMIENTOS COMPETITIVOS:

Como en cualquier mercado, la competencia es ineludible, por lo que debe entenderse que “en los medios de comunicación, como en cualquier otra actividad económica, es relevante la competencia. La estructura de mercado –diremos en general- puede resumir cierta influencia en los medios de comunicación y su desempeño social ya que, al estar obligados a la búsqueda de nuevos públicos objetivos o llamados también nichos de mercado, en pro de lograr ventajas competitivas, se da molde a los contenidos que estos emiten para poder engancharse con el público al que van dirigidos. Bajo ese lineamiento, es preciso anotar de que la competencia encima en el

¹⁵⁰ MIERES MIERES, Luis Javier. **Ob. Cit.**. p. 246

sector de los medios de comunicación reviste cualidades o caracteres distantes de otros sectores productivos o de servicios, ya sea por sus dinámicas económicas, o por la legislación o regulación que se ciñe sobre la materia.¹⁵¹

Estas consideraciones nos aventuran a analizar en este acápite como es que se genera la competencia en los mercados de medios de comunicación. Partiremos en primer por hacer referencia a la información y su producción, que como ya se ha mencionado con anterioridad, en lo que respecta a los servicios de radiodifusión en señal abierta, guardan funciones y objetos distintos a los de la radiodifusión restringida. Lo didáctico será entonces explicar como es que se llevan a cabo las practicas competitivas sectorialmente, tanto en la radiodifusión y en la prensa escrita, en tanto nos permita conocer mejor la naturaleza dela competencia a la que estamos expuestos.

4.1.2.1. LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE RADIODIFUSIÓN EN SEÑAL ABIERTA.

En este escenario las prácticas de competencia en el sector audiovisual tienen particularidades desde la misma formación de la oferta informativa. Usualmente, en los mercados de bienes y servicios comunes, la producción de estos esta superditada a estudios de mercado, los mismos que le revelaran al productor o proveedor las características mismas

¹⁵¹ **AGULAR ALAVAREZ DE ALBA, Javier. LA COMPETENCIA EN RADIO Y TELEVISION.** Revista de la UNAM N° 32. 2011. p. 112

del servicio o producto. Estos estudio por lo general le reservan a las empresas información valiosa al momento de definir lo que ofertaran en le mercado, abaratando costos y externalidades. En estos extremos la competencia se vislumbra pues existen una cantidad considerable de oferta para los consumidores, lo que genera la eficiencia de los mercados, pues en primer lugar le brinda la oportunidad a nuevas unidades de producción de poder competir por un nicho de mercado, y por otro lado, diversifica la oferta para los consumidores, haciendo que estos tenga opciones distintas o puedan adquirir bienes sustitutos para la satisfacción de sus necesidades. Esto es así pues como hemos visto en capítulos anteriores, se considera que los mercados de libre competencia son los medios más eficaces para la asignación de recursos.

Bajo lo sostenido líneas arriba, la competencia no solo contempla la posibilidad de que los agentes de mercado puedan desenvolverse con libertad bajo el denominado libre juego de oferta y demanda, sino que además tengan las mismas facilidades para acceder al mercado –lo que hemos señalado en anteriores capítulos como barreras burocráticas- y salir de el –Como el caso de la Normativa Concursal en el Perú-. Estos tres presupuestos básicos son el primer filtro para que la competencia pueda ser un elemento distinguible en un

mercado, luego por supuesto tendremos que evaluar las conductas típicas que la legislación *antitrust* observe particularmente.

En el sector audiovisual sin embargo las características anteriormente señaladas no se observan de ese modo. Hemos señalado ya que, la tendencia regulatoria en medios de comunicación tiene a separar el aspecto técnico del aspecto sustancial o de contenido; aquella tiene que ver con la concesión del espacio radioeléctrico, un bien bajo la tutela y administración del estado, mientras que la segunda, dependiente del sistema regulatorio al que se adscriba cada país. El acceso a los servicios de radio difusión conserva así una mayor carga para aquellas empresas interesadas en prestar el servicio, esto sucede así pues, al margen de los procedimientos para la formación de su personería jurídica, de los permisos para su funcionamiento, deben postular bajo la forma de un licenciamiento que le permita el uso de recursos naturales, sin los cuales el propio servicio sería imposible, sobre todo porque se sabe que dicho recurso es limitado. Como se ve, existen diferencias sustanciales respecto al común denominador en los mercados de bienes de servicios comunes, que sin embargo los acercan más al de los servicios públicos, como el de la salud o la educación por ejemplo, donde la

regulación o intervención del estado en la prestación del servicio es visible.

Observado el ítem del acceso al mercado, nos toca analizar el punto de la concurrencia en el para los medios de comunicación. Como se ha señalado ya, las condiciones de competencia son distintas, sea porque el bien ofertado así lo exige.

Afirmamos lo anterior pues en el mercado de la Radiodifusión gratuita o de Señal abierta es uno del tipo expositivo, donde los contenidos no son directamente encargados o encomendados por el consumidor, sino que estos se establecen mediante estudios de *Rating* o estudios de Mercado, donde la preferencia del consumidor promedio es la que determina la parrilla informativa. En tal sentido, la programación y su difusión corren la suerte de las mayorías, la calidad del mismo está determinada por lo tanto, mediante los canales de información que recogen las preferencias del consumidor y las trasladan en formatos televisivos o radiales.

Sin embargo, contrario a lo que se podría pensar, la adquisición de dicha información no es del todo gratuita, pues el consumidor, al no ordenar el servicio tiene que soportar las cargas que vengan con el, esto es, defectos de transmisión, publicidad –quienes en realidad pagan la difusión libre del contenido-, horarios y demás. Sostenemos esto pues, un

simple análisis de costos revela que, existe una valoración subjetiva, esto pues no existe un intercambio directo entre la adquisición de la información y el consumidor¹⁵².

El costo objetivo mientras tanto, se ve reflejado en la producción de la información, así pues “los costos fijos de la radio y televisión son sumamente elevados, principalmente por los costos de producción, que pueden alcanzar hasta el 90% de los costos totales en televisión por cable y hasta el 80% del total en el caso de la radio. Estos dos factores, la búsqueda del rating y los elevados costos fijos, parecen haber sido algunos de los factores que han influido mayormente en la tendencia a las concentraciones y alianzas estratégicas en radio y televisión”¹⁵³.

4.1.2.2. EL MERCADO DE LA TELEVISION RESTRINGIDA.

La televisión restringida, aunque también tiene por característica la comercialización de espacios publicitarios, puede, a diferencia de la televisión en señal abierta, permitir a los anunciantes acceder nichos de consumo más delimitados

¹⁵² *La teoría Económica, al momento de analizar los costos de producción y adquisición los vincula con la teoría del valor desde un ángulo objetivo y subjetivo. La primera enumera todas las características objetivas del costo de producción y adquisiciones de un bien o servicio, relacionadas al costo monetario principalmente. La segunda vincula el valor subjetivo que para el individuo tiene la adquisición o producción de un bien, como la necesidad del mismo en la satisfacción en los distintos ámbitos de la persona.*

¹⁵³ **AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier LA COMPETENCIA EN RADIO Y TELEVISIÓN.** En Responsabilidad Social, Autorregulación y Legislación en Radio y televisión. UNAM. 2002. p.118

derivados de las cuotas de suscripción su principal fuente de ingreso.

4.1.3. ASPECTOS RELEVANTES EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL:

4.1.3.1. LA PRODUCCION DE INFORMACIÓN Y SU NATURALEZA COMO BIEN DE MERCADO:

En el mercado de los medios de comunicación, los productos y servicios que en él se vierten se caracterizan por tener una naturaleza de carácter inmaterial, siendo justamente allí donde reside su valor de mercado. La dinámica en los mercados de bienes y servicios comunes, se caracteriza por la concurrencia de oferta que busca satisfacer deseos y necesidades de orden material.

Empero, el panorama en el mercado de los medios de comunicación es diametralmente distinto, así pues, la oferta en estos mercados se caracteriza por buscar la satisfacción de necesidades de la inteligencia y la información, esto en correlación a una libre decisión del consumidor.¹⁵⁴ Así, la condición de inmaterialidad de los bienes y servicios de los mercados de medios de comunicación se enfatiza para las empresas de radio y televisión, donde el servicio, como tal, tiene una relevancia

¹⁵⁴ **BLUMLER**, Jay. **TELEVISION AND THE PUBLIC INTEREST. VULNERABLE VALUES IN WEST EUROPEAN BROADCASTING**, Ed. Sage, London, 1992, p. 3.

preponderante respecto del producto de carácter material de modo más claro.

Para entender de mejor modo el contexto de los medios de comunicación respecto de la naturaleza de la oferta en sus mercados, nos parece que merece prestar atención a lo que indican Nieto e Iglesias, quienes refieren el concepto o contenido de lo que debe de entenderse como señalan con respecto a lo que por producto informativo, así señalan que *“esa impronta que el servicio da al soporte material explica que la cantidad de consumidores del producto sea generalmente muy superior a la de sus adquirientes.”*¹⁵⁵

Así pues, para poder implantar lo afirmado por Nieto e Iglesias, respecto de los productos informativos, resulta necesario tener en consideración el carácter público que ostenta la información, como el bien baso o principal atribuido. De este modo, la principal diferencia entre un bien público y privado, se encentra respecto de su titularidad esto es, si le pertenece al Estado o en cambio, es parte de la iniciativa privada; empero dicha diferenciación, posibilita también puede establecer los límites que representan a la esencia económica de los bienes en mención, de modo que en el estudio de sus caracteres, podrán ser denominados, como de carácter público o privado.

¹⁵⁵ NIETO, Alfonso e IGLESIAS, Francisco. **EMPRESA INFORMATIVA**, Ed. Ariel, Barcelona, 2000, p. 132.

Por un lado, los bienes de carácter público se caracterizan por su independencia a la individualidad de las personas, de modo que no se encuentra vinculado al número de personas que lo consumen o hacen uso de él, dotando de la posibilidad de que un conjunto de personas bastante amplio gocen de sus efectos al mismo tiempo, de modo que no habilita la posibilidad de ser excluyente, afirmándose con total razón de que su “[...]disfrute [...] no se ve reducido[o] por el aumento de sus consumidores.”¹⁵⁶ En ese sentido, para su distribución, no resulta ser excluyente en su consumo, en tanto se pueda tener acceso a él o sus medios de difusión. Bajo esa perspectiva, los consumidores se hallan en un contexto de no rivalidad para el disfrute de un mismo bien, como es el caso de la información.¹⁵⁷

El otro escenario o contexto es que se delata en el caso de los bienes de carácter privado, ya que estos si se hallan condicionados de modo directo en su disfrute con el número de personas que los consumen. El análisis pertinente para determinar esta dependencia entre disfrute, consumo y número de consumidores, es su carácter limitado, ya que se encuentran dentro de la variable de demanda, oferta y precio.

¹⁵⁶ DUNNETT, Peter. **THE WORLD TELEVISION INDUSTRY. AN ECONOMIC ANALYSIS**, Routledge, London, 1990, p. 1.

¹⁵⁷ STEVEN S., **VIDEO ECONOMICS**, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1992, pp. 23-24.

La propiedad de los bienes o el disfrute de los servicios se da con la transferencia de su relación privatista, así los bienes privados, a diferencia de los bienes públicos, son de carácter excluyente, permitiendo a sus propietarios ser plenamente, en tanto que los bienes de carácter público, se encuentran vinculados con la propiedad universal y con la gratuidad de los mismos.¹⁵⁸

El conjunto de productos informativos ofrecidos en el mercado de los medios de comunicación, reservan como común característica que inquietan de alguna forma una calificación como bienes de carácter público. Así por ejemplo, en el caso de la radiodifusión, esto radio y televisión, el uso de las ondas electromagnéticas, que es un elemento de carácter público, pues le pertenece al estado, imprime tal carácter a la radiodifusión televisiva y radial. Un escenario similar es el que se asoma con los productos informativos escritos, como es el caso de los periódicos o revistas, siendo que el acceso a estos es fácil, no presentando mayor carga para el consumidor que la adquisición del soporte físico irrogado por un costo de mercado.

En ese entender, el pago, como condición atribuible hacia algunos productos del mercado de los medios de comunicación, varía la en

¹⁵⁸ MANKIW hace una distinción más amplia, y divide los bienes en cuatro categorías: los bienes privados, que son tanto excluibles como rivales en el consumo; los públicos que no son ni excluibles ni rivales; los recursos comunes, que son rivales pero no excluibles; y el monopolio natural de un bien, por el que este bien es excluible pero no rival. Sin embargo, en un sentido más general, se habla de bienes públicos o privados. Como puede entenderse de **MANKIW**, N. Gregory. **PRINCIPIOS DE ECONOMÍA**, Ed. Paraninfo. 4ta Edición 2009, pp. 210-211

cierto modo, la esencia del bien, volviéndolo un atributo privado para efectos de que pueda ser difundido, empero, a información como contenido per se, dado su valor inmaterial, por lo que se dice que excede al valor material o económico del soporte que lo alberga, una vez que alcanza su difusión de manera abierta merece que se le atribuya el carácter de un bien público¹⁵⁹.

Ahora bien, en el caso de los medios de comunicación de radiodifusión, como es el caso de la televisión, la característica de bien público que adquiere la información se puede destacar por medio de dos factores a considerar a decir de Richieri; en primer lugar se encuentra la peculiar inmaterialidad de los productos televisivos, y en segundo plano o lugar, se halla la gratuidad que ha caracterizado la provisión de estos productos en el mercado¹⁶⁰.

Así pues como ocurre con los bienes de carácter público, que no asumen rivalidad característica en su consumo, el ver algún programa de televisión, no crea impedimento alguno para que este pueda ser visto por otros a la vez. La carencia de un medio físico material logra viabilizar que una vez producido el original, se pueda reproducir un número indefinido de veces, no afectando el coste de producción del bien informativo.

¹⁵⁹ **GAMBARO**, Marco y **SILVA**, Francesco. **ECONOMIA DELLA TELEVISIONE, IL MULINO**, Bolonia, 1992, pp. 19-20.

¹⁶⁰ Como señala **RICHERI**, *“la programación televisiva es, en cambio, una mercancía que no es pagada directamente por quien la usa, el telespectador, y tiene las características de los bienes que los economistas llaman ‘públicos’ o ‘colectivos’”*. **RICHERI**, Giuseppe. **LA TRANSICIÓN DE LA TELEVISIÓN**, Bosch Comunicación, Barcelona, 1994, p. 76.

Bajo esa perspectiva, los costes de producción en los medios televisivos, resultan ser bastante elevados, empero su coste marginal o también llamado coste extra que implica el poder llegar a un nuevo telespectador, resulta ser en realidad bastante muy bajo, siendo en determinados contextos, cercano a cero.

4.1.3.2. LOS CONSUMIDORES

Una vez definida la oferta de los medios de comunicación, nos toca ahora definir la parte demandante de este, o sea a los consumidores de información. Aquellos que demandan la oferta en el mercado de los medios de comunicación son en esencia dos. Esto es anunciantes, existiendo en su caso una suerte de relación económica material directa, la misma que suele ser de dominio público y transparente; por otra parte, la comunidad o los consumidores o televidentes.

Respecto al primero de ellos, esto es a los anunciantes, la dinámica de consumando se da por medio de la compra de espacio o tiempo de publicidad en los medios de comunicación de modo que se incluyan sus mensajes publicitarios. De este modo, las campañas publicitarias, en la contratación de espacio publicitario, pueden influir también en una serie de manipulaciones informativas a favor del anunciante, lo que provoca una variación en la calidad de información recibida.

4.1.3.3. EL INTERÉS PÚBLICO EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

La necesidad de establecer una definición o concepción propia del interés público para los medios de comunicación y el mercado en el que actúan surge de la propia naturaleza del interés público como precepto normativo, esto es lo dispersa que es su significancia. En ese sentido, cada sociedad, con los dispositivos normativos con los que cuente, interpretara el contenido específico de lo que sea relevante en la definición del Interés Público.¹⁶¹

Ya que jurídicamente, la determinación del interés público, resultaría tarea bastante dificultosa, resulta beneficioso el acercamiento que se puede tener hacia la teoría de la comunicación, de tal modo que podamos definir mejor su contenido para los medios de comunicación y en términos de información.

Consideramos valioso así para nuestra investigación el aporte de Van Cuilenburg y McQuail¹⁶², respecto de los puntos a tener en cuenta para delimitar mejor lo que por interés público queremos decir. Así los señalados autores han indicado como elementos vitales en su modelo de regulación, tres funciones básicas:

¹⁶¹ **MCQUAIL**, Dennis. Ob. Cit. p.3.

¹⁶² Jan **VAN CUILENBURG** y Denis **MCQUAIL**. **MEDIA POLICY PARADIGM SHIFTS TOWARDS A NEW COMMUNICATIONS POLICY PARADIGM**. 2003. p. 184 Véase: <http://cdn.agilitycms.com/centre-for-communication-rights/Images/Articles/pdf/Cuilenburg-McQuail2003.pdf>

✓ ***Funciones políticas de los medios de comunicación:***

El rol de los medios de comunicación en la vida política, se subsume como tal, en el sentido de que, la difusión de las ideas políticas de las organizaciones partidarias promueve la participación activa de las mayorías, así pues se refleja como un componente esencial la democracia como acto, empero tiene dependencia de un fluido flujo informativo para con la ciudadanía.

En ese sentido, el conjunto de posibilidades para la crítica informada del gobierno y los actores políticos comprende también una función política de los medios de comunicación. Bajo esa perspectiva, el control político también puede ser un remanente negativo, por lo cual en palabras de Van Cuilenburg y McQuail¹⁶³ “la regulación puede ser necesaria para asegurar todas estas condiciones.”

✓ ***Las funciones socioculturales de los medios de comunicación:***

Los medios de comunicación cumplen también un rol social pues son difusores de información como las noticias, el entretenimiento y las artes, el ocio, la cobertura de deportes y la educación pública.

¹⁶³ Ibidem.

En ese sentido, cumplen un rol fundamental pues representan la expresión y continuidad de valores como es el caso de la identidad nacional y cultural de un país o comunidad; permitiendo así poder ver reflejado en buena parte de su dimensión la diversidad regional, étnica y otras formas de diversidad; cohesionando a su vez a la sociedad .

✓ ***Las funciones económicas de los medios de comunicación:***

El rol económico de los medios de comunicación en el conjunto social es cada vez más innegable, y por lo mismo ha adquirido una relevancia fundamental en los mercados contemporáneos.

Los medios de comunicación, por intermedio de sus actividades se reconocen hoy en día como industrias per se, ya que son capaces de producir bienes informativos capaces de ser consumidos.

Bajo esa perspectiva, el conjunto de políticas a cargo de la regulación o desregulación de los medios de comunicación, se crea con la misión de poder lograr un estímulo en la aplicación de las tecnologías y en la economía, así como también se ciernen sobre el crecimiento del sector en sí.

En ese sentido, como es que opinan Van Cuilenburg y McQuail¹⁶⁴, el conjunto de medias regulatorias también pueden influenciar en la protección de intereses económicos de carácter nacional, así como en la reducción de prácticas monopólicas, de modo que se pueda impulsar la competencia por motivos de eficiencia.

Como puede notarse, de las consideraciones propuestas por Van Cuilenburg y McQuail, nos podemos acercar a abstraer una definición lo más cercana posible de lo que el interés público significa en el mercado de los medios de comunicación. Esto es tener en cuenta a la información, no solo como el eje del mercado tipo, sino como fundamento de para la conceptualización del interés público. Podemos entonces considerar de interés público en primer lugar lo relacionado con la formación democrática de una sociedad, en el sentido que los medios de comunicación deban promover en igualdad de oportunidades la difusión del pensamiento y de las ideas políticas de los ciudadanos, para que estas pueden materializarse en la vida democrática, reflejadas en la capacidad de elegir las opciones idearias y políticas que las personas consideren propias según sus intereses.

En segundo lugar, consideramos dentro del rango del interés público en el mercado de los medios de comunicación, lo referido a la promoción y desarrollo de los valores culturales, de identidad,

¹⁶⁴ Jan **VAN CUILENBURG** y Denis **MCQUAIL**. **Ob. Cit.**

diversidad de pensamiento y creencia y procedencia, e intrínsecos en estos el respeto hacia la persona como elemento fundamental de cualquier política pública y privada.

Por último, consideramos el incluir como elemento de interés público, la promoción de políticas de competencia en el mercado de los medios de comunicación, las mismas que favorezcan el incremento de mejoras tecnológicas, así como un fortalecimiento de las políticas de propiedad intelectual, un sistema de resolución de quejas por programación más eficiente y equitativo, las mismas condiciones para competir para los operadores de radio y televisión; todo ello, en atención al hecho de que los medios de comunicación son empresas y como tales compiten y ofertan entre sí.

4.1.4. LA ERA DE LA CONVERGENCIA CON LAS TECNOLOGIAS

DIGITALES EN INTERNET:

Con el auge tecnológico de los medios alternativos de comunicación versus las plataformas tradicionales, la convergencia se ha convertido en un elemento casi natural en nuestros días. Estas plataformas son sustituibles, como en el mercado, el consumidor puede optar por escoger determinada plataforma de acuerdo a sus requerimientos y deseos.

La globalización ha hecho que la sustituibilidad de plataformas sea cada vez una opción nativa de nuestras más recientes generaciones;

asi explica Aguilar que “esta sustituibilidad entre medios de comunicación requiere de una estrategia de negocios por parte de los propietarios, y ha gestado las alianzas estratégicas entre ofertantes de servicios de radio, televisión e Internet, entre los cuales no sólo se encuentran empresas de comunicación, sino también grupos financieros, telefónicas y fabricantes de software, como Banamex, Bancomer, Banorte, Telmex y Microsoft. Cabe señalar que, con el desarrollo del Internet, agentes económicos con ejes de negocios muy disímbolos y que hasta hace algún tiempo era difícil pensar que se disputaran algún mercado se han convertido en competidores, Grupos Financieros y Grupos de Telecomunicaciones, por ejemplo”¹⁶⁵.

Agrega además el citado autor que “hasta ahora podría pensarse en una tendencia a la integración entre el radio, televisión e Internet, y del negocio de la música grabada, pensando que la red mundial permite el acceso a radio, televisión y música en prácticamente cualquier parte del mundo (pensemos en el caso Napster y en la gran cantidad de estaciones de radio a las cuales se puede tener acceso a través de Internet) Podemos hablar hoy, más que antes, de una tendencia a la conformación de la Aldea Global de McLuhan, lo que complica enormemente los esquemas de promoción de la competencia y la regulación de los medios de comunicación. Por otra parte, la prestación de los servicios de acceso a Internet y la oferta de programación por empresas han dado una nueva dimensión al

¹⁶⁵ AGULAR ALAVAREZ DE ALBA, Javier Ob. Cit. p. 120

análisis de los efectos de las fusiones entre grupos de mercados relacionados verticalmente; consideremos, por ejemplo, la [...] alianza entre America On Line y Time Warner.”¹⁶⁶

4.2. EL MERCADO Y LA COMPETENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL PERÚ¹⁶⁷

4.2.1. LAS EMPRESAS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN.-

En nuestro país los medios de comunicación masivos tiene un alcance preponderante en la formación de la conducta de sus consumidores, esto no solo es resultado del nivel de competencia al que el sector está sometido, sino también al origen de las empresas de medios de comunicación y las practicas competitivas de las que se sirven.

¹⁶⁶ **Ibídem.** p. 121

¹⁶⁷ El consejo Nacional de Radio y Televisión, ha dispuesto, a través de su portal web, los estudios y sus correspondientes datos estadísticos, con respecto a la situación del mercado de los medios de comunicación en lo que respecta al terreno audiovisual. Por medio de esta serie de datos, nos proponemos el analizar los siguientes indicadores, que a nuestro modo de ver, resultan de capital importancia para medir las características de la oferta informativa, así como el impacto que estas tienen en los consumidores. Se ha optado por escoger la data reciente de los últimos 7 años, ya que suponemos, es suficiente el tiempo en el que estos datos se han ido almacenando. Se han recabado estos datos de los siguientes estudios, de los cuales se presentan Diagramas estadísticos y cuadros de resumen, los mismos que se pueden visualizar en el anexo A-3: Año 2010. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/informacion/estudios/2010/concortv-estadisticas-rtv.pdf> (Consultado el 14/01/2015), Año 2011 Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/informacion/estudios/2011/concortv-estadisticas-rtv.pdf> (Consultado el 14/01/2015), Año 2012. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/informacion/estudios/2012/concortv-estadisticas-rtv-2012.pdf> (Consultado el 14/01/2015), Año 2013. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/2013/estudios/concortv-estadisticas-rtv-2013.pdf> y su fe de erratas <http://www.concortv.gob.pe/file/2013/estudios/concortv-estadisticas-rtv-2013.pdf> (Consultado el 14/01/2015), Año 2014. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/2014/investigaciones/2014-03-estadisticas-rtv-peru-concortv.pdf> (Consultado el 14/01/2015), Año 2015. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/2015/2015-estadisticas-radio-tv.pdf> (Consultado el 08/02/2016) y; Año 2016. Véase: <http://concortv.gob.pe/file/2016/05-Estadisticas-radio-y-tv-2016.pdf> (Consultado el 13/02/2017)

Las políticas de libre competencia para medios de comunicación en nuestro país, no están muy bien delimitadas; aunque bien es cierto que la constitución en el segundo párrafo del artículo 61° prohíbe cualquier conducta anticompetitiva u otra que restrinja la libre competencia de estos¹⁶⁸. Este vacío normativo produjo un debate incesante sobre la propiedad de los medios de comunicación, pues existe una alta concentración de la cuota de mercado en manos de un reducido grupo de empresas, las mismas que, a ojos de los impulsores de tales iniciativas, contradecía y atentaba, entre otras disposiciones constitucionales, las libertades de información, expresión y el pluralismo que deben estas observar para dotar al consumidor de la más vasta variedad informativa que le permita acceder a la información deseada, claro está, según su tipo y finalidad. Por otro lado, aquellos que están en contra de cualquier tipo de regulación e intervención estatal, resguardan argumentos en pro de la defensa de la libertad de empresa y de mercado, en cuyo amparo dicen han obtenido de forma legítima sus posiciones empresariales.

Este contexto nos informa sobre el panorama de los medios de comunicación en nuestro país, en tanto nos es posible analizar cuantas empresas

¹⁶⁸ “La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

4.2.2. LA OFERTA INFORMATIVA AUDIOVISUAL

Los estudios realizados por el Consejo Nacional de Radio y Televisión, nos han servido en la presente investigación para poder analizar la oferta informativa de los medios de comunicación audiovisual, la misma que puede ser objeto de regulación.

La información recabada se ha dividido en los siguientes indicadores: a) la finalidad de los medios de comunicación respecto de su oferta informativa, b) Consumo de Contenidos, c) Las características de percepción, e) los contenidos inadecuados y; f) Las áreas de mayor difusión de contenidos.

Respecto del primer indicador, el estudio realizado de 2010 al 2015 muestra una clasificación acorde con la señalada por ley de radio y televisión, esto es la presencia clara de tres tipos de servicios de radio difusión de acuerdo a su finalidad: a) Las comerciales, b) Educativas o no Comerciales y; c) Comunitarias. La tendencia en los últimos cinco años fue registrar un mayor interés por formar empresas cuya finalidad de contenido sea comercial, relegando la función educativa o cultural a un segundo plano, así pues los radiodifusores que emiten contenido comercial, siempre han sobrepasado el 50% con respecto a los que emiten contenido cultural (Ver Anexo A-3, Figura N°1). Por lo tanto se puede deducir que el mayor contenido difundido en el mercado de medios de comunicación, tiene como base la función comercial.

En segundo lugar, respecto del Consumo de Contenidos, el estudio sub divide sus resultados en; 1) El contenido visto en familia, 2) Los programas mas vistos durante el año 2015, 3) Razones por las que se prefiere la Tv prepago, 4) Los caracteres de los medios de comunicación en función al contenido que emiten, 4) Los contenidos inadecuados; y 5) Sectores sociales a los que se les da más preponderancia.

El primer ítem refiere a los programas que más se han visto en familia, esto es el que corresponde en el horario familiar señalado también por ley; así tenemos que los principales tipos de programas de TV que se ven en familia son los infantiles (40.3%), de entretenimiento (37.8%), películas (35.4%), series/miniseries/novelas (33.2%) y noticiarios (30.9%). (Ver Figura N°14). Lo anterior dicta que son los niños y niñas las que más exposición tienen a los medios de comunicación. Seguidamente, el estudio revela que Al preguntar a los entrevistados por los programas de televisión más vistos, mencionaron en primer lugar a “Al Fondo Hay Sitio” (19%), seguido de “Esto es Guerra” (16%), América Noticias Edición Central (15%), y América Noticias Primera Edición (14%.) En la radio, los programas más escuchados en familia son los musicales (85%), noticiarios (51%) y programas de entretenimiento (7%); existen casos puntuales donde los noticiarios obtuvieron un porcentaje más alto que los programas musicales, por ejemplo, en las ciudades de Iquitos (60%) y Puno (73%), (Ver Figura N°15). Este análisis concuerda con lo señalado anteriormente con

respecto a la finalidad de los servicios de radiodifusión, pues es de notarse que programas como “al fondo hay sitio” reservan una preferencia importante en el público, cuyo contenido, por la misma finalidad del radiodifusor es de carácter comercial, denotando además que el aspecto cultural, no está ni siquiera puntuado en el estudio.

El otro ítem que consideramos importante someter a análisis es el que indica el porque la gente prefiere la Televisión y/o radiodifusión restringida o por cable, a una de señal abierta. Así el estudio muestra que el 57.8% de los encuestados prefiere el cable por la variedad de la oferta informativa, el 34.1% lo hace por recibir o captar mejor la señal de los canales ofrecidos, el 28 % prefiere la televisión restringida pues les ofrece mayores oportunidades de entretenimiento y el 19.3% por estar insatisfecho con la oferta de los operadores en señal abierta, (Ver gráfico N°16). Estos datos inquietan que el principal problema al que está sometida la oferta informativa esa la variedad del contenido ofrecido, este pues parece ser muy pobre, lo que resulta ser una desventaja competitiva ante los proveedores de cable.

De este modo también tenemos el ítem que valora las aptitudes de los medios de comunicación en relación directa con la emisión de su contenido, así pues existen significativos cambios respecto a la evaluación de la TV a comparación de los resultados de 2013, presentando un decrecimiento considerado en cuanto a valoraciones positivas como “el medio más neutral” (-23%), veraz (-19%), plural (-18%), “el más informativo” (-17%), “el que seguirá vigente en 20 años”

(-16%), “el más entretenido” (-16%), “cercano a la gente” (-15%), y “el más educativo” (-14%). (Ver Gráficos 17 y 18).

Respecto de los contenidos que se consideran inadecuados el estudio revela que a nivel nacional, son vistos de manera frecuente y muy frecuente en la TV los siguientes contenidos: violencia (78%), palabras groseras/insultos (63%), situaciones de mal ejemplo para la sociedad (62%), trato discriminatorio (57%), escenas de sexo/desnudos (50%) y contenidos para adultos en horario familiar (40%). (Ver figuras N° 19 y 20). Mientras que en la Radio, los contenidos inadecuados con mayor presencia son las palabras groseras/insultos (17%), violencia (17%), situaciones de mal ejemplo para la sociedad (14%), trato discriminatorio (14%), y frases de connotación sexual (13%). (Ver figura N° 21).

El estudio también menciona a los grupos sociales que más atención mediática reciben por parte de los medios de comunicación audiovisual. Así, para el 69% de encuestados los personajes de la TV o del espectáculo son quienes aparecen más favorecidos en la televisión. Dicha cifra se incrementa en ciudades como Ayacucho (78%), Iquitos y Piura (77%), (Ver Gráfico N°22).

4.2.3. LOS CONSUMIDORES DE INFORMACION.

Con respecto a los consumidores de Información, consideramos pertinente usar los siguientes ítems encontrados en los estudios del ConcorTV; así pues señalamos: a) De los medios de acceso a la oferta informativa audiovisual al 2015, b) La Resolución de quejas con

respecto al contenido emitido. El primer estudio señala que A nivel nacional, el televisor (98.5%), el celular (93.2%) y la radio (92%) son los equipos más presentes en los hogares peruanos. Entre Lima y provincia, la mayor diferencia se da respecto a la tenencia de Internet, siendo mayor en la ciudad de Lima (48.5%). (Ver Figura N° 23). Esto se correlaciona con el hecho de que nivel nacional, la televisión es el medio de comunicación de mayor consumo, llegando a alcanzar el 100% en ciudades como Piura, Trujillo y Pucallpa. A comparación de 2013, el uso de Internet ha crecido en 7% (de lunes a viernes) y en 6% (sábados y domingos), mientras que el consumo de radio disminuyó en 4% (de lunes a viernes) y en 8% (sábados y domingos)(Ver Figura N° 24)

Con respecto a la presentación de quejas e imposición de multas, existe solo al 2014 un 0.3% de sanciones por infracciones al código de ética (el mismo que auotregula el contenido de los radiodifusores), del total de 100% de multas impuestas por otras causales. Lo cual es un indicativo de dos supuestos, a) o las quejas presentadas con respecto no llegan a última instancia y logran ser sancionadas o b) Las personas pueden estar indiferentes al contenido que se emiten y por lo tanto no cuestionan su calidad. El mismo panorama se exhibe en los años 2015 y 2016. (Ver Tablas N°1, 2 y 3).

Esto corresponde con lo señalado en el estudio, donde se señala que solo el 48% de peruanos sabe que puede quejarse ante los propios medios de comunicación por los contenidos que atenten contra el

horario familiar. Esta cifra asciende en Chiclayo (67%) y Pucallpa (59%) (Ver Figura N° 29).

4.2.4. DEL LA PRESENTACIÓN DE CODIGOS DE ETICA Y LA AUTORREGULACIÓN

El estudio evidencia un eje negativo, en tanto la presentación de los códigos de ética resulta una obligación para a las empresas de radiodifusión, la misma que conserva su potestad de autorregular sus contenidos bajo esas normas marco. Entre los años 2010 al 2016, la presentación voluntaria de los códigos de ética ante el ministerio de transportes y comunicaciones parece haber sido una tarea secundaria para los radiodifusores, en tanto se evidencia que en dichos periodos de tiempo menos del 30% de ellos, lo hicieron de forma voluntaria, esto es, que ellos mismos redacten este documento el cual refleja su compromiso. (Ver Gráficos N° 25 y 26).

Otro ítem importante es el que señala que El 61% de peruanos cree que la radio y TV no son reguladas, solo el 6.5% afirmó que son reguladas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Ver Figura N° 27). Así también, El 55% de los peruanos tiene conocimiento del horario familiar que va de las 6:00 a las 22:00 horas, donde se prohíbe la transmisión de contenidos violentos y obscenos. Las ciudades en las que dicha cifra asciende son Arequipa (66%), Moquegua (63%) y Huaraz (62%). Mientras que las ciudades con mayor porcentaje de desconocimiento del horario

familiar son Ayacucho (63%), Tumbes, Juliaca (61%) y Piura (60%).
(Ver Gráfico N° 28).

CAPITULO V

LA REGULACION DE CONTENIDOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN: SU JUSTIFICACION Y LEGITIMIDAD RESPECTO DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO EN EL PERÚ

5.1. FUNDAMENTOS PARA LA REGULACION DE CONTENIDOS EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

5.1.1. EL INTERES PÚBLICO EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

El proyecto de ley N° 3465/2013-CR, que modifica las disposiciones quinta y octava la ley de Radio y Televisión, propugnándole a los medios de comunicación de radiodifusión una cobertura mas amplia del contenido educativo, que en disposición del estado, debe ampliarse, sin embargo, la declaración termina siendo escueta y confusa, pues ninguna norma ni interpretación jurisdiccional ha

interpretado por lo que con “Contenido Cultural” se refiere. Este concepto valorativo es de gaseosa definición pues refiere un carácter interpretativo bastante amplio.

Como se ha visto anteriormente, el principio de libre competencia plantea el libre juego de la oferta y la demanda en pos de un buen funcionamiento de los mercados; entre tanto la intervención estatal en estos, se encuentra limitada a un rol corrector supeditado a la existencia, entre otras condiciones, de fallas de mercado. La ley de Radio y Televisión, como se ha visto anteriormente, define a los servicios de Radiodifusión como unos de origen *privado*, pero 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.

Cuando la norma se refiere a que son servicios privados de interés público, hace referencia a la naturaleza del bien, o sea la información; en este caso, no será suficiente la interpretación del interés público como norma general, sino adaptada al sector en particular, pues lo que es de interés para unos, no será del mismo modo de interés para otros. Es así que nos es posible sostener que “el estado no puede exigir que se informe sobre determinados hechos o acontecimientos considerados de interés público, pero si en cambio puede prohibir

que se informe sobre hechos que [...] afecten derechos de terceros¹⁶⁹.

Concluyentemente será necesario definir claramente el concepto de interés público para el sector en particular, en aras de delimitar mejor el propio los conceptos de cultura e información relevante y de interés general o público y asegurar la calidad del servicio.

En ese sentido, y bajo las consideraciones anteriormente señaladas, será de utilidad en primer término referirnos a las disposiciones normativas del sector, ya que en ellas encontramos en primer término lo que el interés público significa para el sector de los medios de comunicación.

El artículo II del Título Preliminar de la norma señala los principios de la prestación del servicio de radiodifusión, estos son :

- a) *“La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.*
- b) *La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.*
- c) *El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.*
- d) *La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.*

¹⁶⁹ MIERES MIERES, Luis Javier. **Ob. Cit.**. p. 257

- e) *La libertad de información veraz e imparcial.*
- f) *El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.*
- g) *La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.*
- h) *La promoción de los valores y la identidad nacional.*
- i) *La responsabilidad social de los medios de comunicación.*
- j) *El respeto al Código de Normas Éticas.*
- k) *El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.*
- l) *El respeto al derecho de rectificación.”*

Este abanico de principios –pensamos- son los que delimitan el contenido de lo que debe considerarse como de interés público para el mercado de los medios de comunicación en nuestro país. En efecto, aunque se trate de bienes jurídicos, que en algunos casos puede adquirir un carácter individual, como lo es la dignidad; el resto de parámetros que establece la norma sobre radio y televisión, como objeto de observación obligatoria en la conducta de los medios de comunicación, se acoplan perfectamente con lo que, en términos generales se puede entender por interés público. En ese sentido, la caracterización de cada uno de los presupuestos señalados, puede ser interpretado con forme otros que se hallan in cursos dentro del

mismo grupo; de modo que, interpretar que es lo que debemos entender por “la promoción de valores”, puede integrarse en su interpretación, con lo que la doctrina y la jurisprudencia y las normas de carácter específico, han indicado sobre ítems como la “dignidad humana”, “el honor”, o “la reputación”; en tanto una de ellas, no sea denigrada por una excesiva carta abierta en la interpretación de la otra, sustentado su carácter tácito.

Por otro lado, respecto de elementos delimitadores, como la responsabilidad social de los medios de comunicación, este puede interpretarse de manera interdisciplinaria, como hemos visto también al momento de trocar los aspectos regulatorios de los medios de comunicación. Así también, existe ya un desarrollo bastante amplio y consolidado en la doctrina, respecto de elementos como “el orden democrático”, “los derechos humanos”.

Finalmente, resulta menester notar de que, son parte integrante de este conjunto delimitador del interés público para el mercado de los medios de comunicación, elementos como la libertad de expresión, de pensamiento y de opinión, el respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural y la libertad de información veraz e imparcial. La protección entre el interés público, que intentamos configurar aquí, no tiene un aparente contraste, si no que mas bien se trata de caracteres complementarios, que denotan lo particular de la dinámica en los mercados de los medios de comunicación, teniendo como valor o producto, un bien tan sensible como la información.

5.1.2. LOS FALLOS DE MERCADO EN EL SECTOR

En nuestro análisis, resulta valioso lo sostenido por el Profesor Stiglitz cuando señala con respecto a la necesidad de la regulación ante la aparición de las fallas de mercado, así sostiene que esta “es necesaria debido a que los costos de los beneficios sociales y privados, así como los incentivos para obtenerlos, están mal alineados”¹⁷⁰.

Esta mala alineación de intereses provoca que unos estén más recostados en la balanza que otros, lo que provoca la ineficiencia del mercado, pues no se satisfacen correctamente las necesidades de los consumidores.

Este carácter sintomático, denota pues la existencia de fallos de mercado en el sector de medios de comunicación audiovisual, los mismos que son factibles de existir, como es que lo hace notar Mieres cuando sostiene que se pueden identificar los siguientes fallos típicos en el sector¹⁷¹:

- ✓ Existen intereses económicos publicitarios de los anunciantes e inversores de las empresas de medios de comunicación que ejercen una fuerte presión respecto de la programación audiovisual. De este modo, la dinámica ostensible y palpable, dicta que los programas que mayor valoración tienen, y que por

¹⁷⁰ **STIGLITZ**, Joseph. **REGULACIÓN Y FALLAS**. Revista de Economía Institucional. Vol.12, N°23. 2010. p.15

¹⁷¹ **MIERES MIERES**, Citando a **SUNSTEIN** Cass. Ob Cit.

lo mismo, mayor valor económico refractan, son los que proporcionan una audiencia considerable, o en su defecto, aquellos que van direccionados a ciertos sectores de consumo con una alta capacidad de consumo ofreciendo al espectador, sea oyente o televidente, conductas consumistas. La otra cara de la moneda, la retratan aquellos programas con contenido cultural o denominados por Mieres Mieres, como serios, que por tratar temas de controversia, no resultan ser de preferencia de los anunciantes y productores. De modo que, el espaciador, no se halla en la capacidad de hacer valer sus preferencias mediante el pago de un precio, y cuando lo que reciben no es lo que quieren, o se detecta la vulneración de algunos de sus derechos, reclamar se vuelve una situación burocrática

- ✓ La homogeneidad de la programación, representa según Mieres Mieres, una de las fallas de mercado también visibles. La implementación de sistemas de análisis que sirvan para determinar el éxito del contenido informativo, esto es, de los programas televisivos, resulta ser costoso y con resultados poco fiables. De ese modo, solo se usa a modo de parámetro conductual para la toma de decisiones respecto de los contenidos audiovisuales, la observación del comportamiento de los competidores. Así pues, si un programa tiene éxito, es conveniente entonces copiar la fórmula propositiva de su contenido; lo que explica el fenómeno de uniformidad de

contenidos en la programación, lo que de modo práctico implica una limitación respecto de la capacidad de elección de los espectadores o consumidores en el mercado de medios de comunicación, en especial en el sector audiovisual.

- ✓ Finalmente, la información, al tener la calidad de un bien público, en su generación bajo un estándar de calidad, implica una inversión elevada, de modo que las probabilidades de que los anunciantes paguen por su difusión son en verdad escasas o limitadas. Debe tenerse como contingencia de que la información, por carácter, al difundirse se vuelve un bien público, lo que permite de que pueda ser utilizada por otros, a pesar de las restricciones de los derechos de autor a los que pueda estar sometido el contenido, ya que no es fácil delimitar de modo efectivo las condiciones del uso *ex post* a su difusión. Por ello, existe aún una marcada tendencia que se inclina hacia la infra producción de información de calidad y, por el contrario se acrecienta también la sobre producción de información de mala calidad o, como sugiere Mieres Mieres, 'barata'.

La data que nos fue posible analizar respecto de la contextualización de la oferta de los medios de comunicación en nuestro país, nos permite verificar la existencia de estas fallas de mercado.

- a) En primer lugar, los contenidos de consumo masivo son orientados por patrocinadores o anunciantes cuyos

productos también lo son, lo que da la preminencia a anunciar sin establecer una relación concreta en las preferencias reales del público. Esta fórmula se concreta pues como se sostuvo, la mayor parte de los radiodifusores opta por establecer una fórmula comercial en sus contenidos antes que una de formación o contenido cultural, de este modo no es raro esperar que las prácticas publicitarias determinen en realidad el contenido que se emite y lo mismo que tengan injerencia por la calidad del mismo.

- b) En segundo lugar, la variedad en la oferta informativa en nuestro mercado no es en apariencia abundante, existe el mal código de reformular contenidos para adaptarlos, lo que abarata el costo de la producción. Esto se demuestra pues según las estadísticas recogidas la mayoría de las personas que optan por el servicio de cable, lo hacen por obtener mayor variedad en los contenidos.
- c) Por último, los altos costos de producción de la programación, los mismos que se derivan, por la presión publicitaria y el consumo de productos, derivan en que se usen fórmulas gastadas, lo que termina por desincentivar la formulación de nuevos contenidos con más valor. De la información que se analizó, la producción nacional inculca, en suma el 59%, sin embargo, dentro de esta contabilidad

se halla la repetición de programas que se produjeron en años anteriores.

5.1.3. AUTO-DETERMINACION DE LA OFERTA INFORMATIVA.

La libertad de competir de las empresas de medios de comunicación, como se ha mencionado antes, inhiere la libertad de poder acceder al mercado, poder participar en el bajo las formas previstas en la ley y salir de el sin mayores avatares.

En ese sentido, la libertad de las empresas para determinar con total libertad la oferta de sus productos o servicios, es parte fundamental de un sistema en libre competencia. El tribunal constitucional, ha señalado en el Expediente N° 018-2003-AI/TC que la *“La libre competencia se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes:*

- d) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.*
- e) La auto-determinación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).*

f) La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).”

Sin embargo, en el mercado de los medios de comunicación nos encontramos ante un mercado donde la delimitación del interés público y el interés privado, necesita formarse bajo sus propios parámetros.

Nos hemos encargado ya de perfilar en cierto modo el contenido del interés público en el mercado de los medios de comunicación, sin embargo, la auto-determinación informativa, es una libertad que, teniendo como base presupuestal a las libertades de información y expresión, pertenece a la esfera privada de los agentes económicos. Limitarla o intervenirla no solo supone tener razones suficientes para hacerlo, sino el contar con los medios que permitan hacer de ella algo más viable en la práctica.

5.1.4. PROPUESTA ORGANIZACIONAL Y NORMATIVA

La Estructura normativa respecto del mercado de medios de comunicación, como hemos visto en capítulos anteriores, tenemos tres organismos que ordenan el funcionamiento y las actividades de los operadores de radiodifusión en nuestro país, en diferentes etapas del mercado.

Por un lado y en primer orden, está el Ministerio de transportes y comunicaciones y la Ley de radio y televisión. Un análisis previo de esta norma nos permite entender los aspectos que intenta normar, así

como el alcance que irradian sus disposiciones. El Primer artículo de su título Preliminar contiene los principios de acceso al sector, esto es, aquellas normas básicas o guías que ordenan los las características y procedimientos para que las empresas de radiodifusión puedan acceder al mercado. La justificación de normar el acceso se encuentra en el uso de un recurso publico limitado, como es el espectro radioeléctrico; es por eso quizás, que como principio rector del sistema se encuentra el de libre competencia, sin embargo esta noción de competencia se encuentra diferida de la noción de competencia a la que hacemos mención en nuestro trabajo de investigación, ya que sostiene el citado principio que: *“Los servicios de radiodifusión se prestan en un régimen de libre competencia. Está prohibida cualquier forma directa o indirecta de exclusividad, monopolio o acaparamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico, por parte del Estado o de particulares.”*. La apreciación que sustenta el principio anterior es lógica, pues al ser el espectro radioeléctrico un recurso limitado, puede ser objeto de acaparamiento o monopolio. Sin embargo, como se aprecia, la competencia que norma el principio se dirige básicamente al buen uso de las frecuencias a las que los operadores de radiodifusión puedan acceder.

Por otro lado, el artículo II del mismo título preliminar, trata sobre los principios para la prestación del servicio de radiodifusión, esto es, intentar ofrecer un marco referencial en el que los radiodifusores, en base al contenido que emiten, se sujeten cuando menos, a las

disposiciones constitucionales que protegen el derecho a la información, la libertad de expresión, el respeto de la persona humana y su dignidad; y el fomento de la educación y la cultura, como valores de identidad. Estas disposiciones tratan de normar, al menos referencialmente, un segundo aspecto del mercado de los medios de comunicación, esto es el ejercicio de su derecho a permanecer en el. Sin embargo, como hemos mencionado acápite atrás, los medios de comunicación también tienen una naturaleza empresarial y por lo mismo persiguen finalidades similares a la de cualquier empresa en el mercado, en base al consumo de la información.

Este tercer aspecto, que tiene que ver con el contenido que se emite en el mercado de los medios de comunicación, y su regulación, ha sido delegado a los propios radiodifusores, por medio del establecimiento de un código de ética. Estos instrumentos de autocontrol, sirven para que los propios medios de comunicación audiovisual los siguientes aspectos del contenido que emiten: a) La calidad, b) el medio y; c) la forma. Sin embargo, respecto de la cantidad de información su origen, existe una suerte disposición regulatoria. La Octava Disposición Transitoria, sostiene que los radiodifusores están en la obligación de transmitir un mínimo de 30% de producción nacional. Entendemos que esta medida busca impulsar el desarrollo de producción nacional, sin embargo, como se ha visto con anterioridad, los programas de producción nacional en su mayoría son noticieros, programas de espectáculos y series o novelas y

realtytis. La producción de contenido cultural queda a cargo del único canal estatal de mayor difusión nacional “TV Perú”.

El segundo organismo que ordena las actividades de los medios de comunicación es el Consejo Nacional de Radio y Televisión entidad que se define a si misma no como un regulador sino como un órgano de consulta, cuyas facultades y estructura le permiten apoyar al ministerio de transporte y comunicaciones en las dos fases del mercado de medios de comunicación que hemos visto hasta ahora. Sin embargo creemos que al estar en una condición de órgano consultivo, sus opiniones pierden peso, sobre todo cuando de verificar la calidad del contenido de ls medios de comunicación se trata.

El tercer organismo es la Sociedad de Radio y Televisión, entidad de gestión privada que agrupa a la mayoría de empresas de radiodifusión en el país, y que asume la representación de las mismas para el cumplimiento de los requerimientos del ministerio de transportes. Del mismo modo, son los encargados de gestionar y representar a los medios de comunicación suscritos a el, con respecto del pacto de autorregulación, que sumado a los códigos de ética, representan los máximos estamentos de la regulación de contenidos audiovisuales en nuestro país. En este punto, es nuestra tarea analizar, que aspectos del contenido norma este pacto de autorregulación, tarea que resulta sencilla pues el marco de autorregulación es bastante general, ya que no define estándares propios de contenido, así pues, no define lo que es cultural, lo que debe entenderse por entretenimiento, por hecho

noticioso u otra categoría similar. Este aspecto normativo bastante abierto, ha servido para que sean los propios canales de televisión o estaciones de radio, los que delimiten y establezca los contenidos de las categorías antes señaladas, o que deja la puerta abierta a la aparición de las fallas de mercado que versan sobre el contenido, que hemos señalado en el capítulo anterior.

Existe también otro punto o cabo suelto, al momento de referirnos a la regulación de contenidos en los medios de comunicación. El tema de la publicidad, se ha convertido en el ancla para regular ciertos aspectos del contenido que las empresas anuncian a los consumidores por medio de los medios de comunicación, así pues a promulgación de la denominada “ley contra la comida chatarra”, norma que regula el contenido publicitario de productos alimenticios nocivos para las poblaciones vulnerables, básicamente niños menores de 14 años. Al respecto, esta norma, contradice en tanto a lo supuesto por la ley de radio y televisión, que en su artículo 41 dispone que *“Los titulares de los servicios de radiodifusión son los responsables de clasificar la programación, la publicidad comercial así como decidir sobre su difusión, teniendo en cuenta las franjas horarias establecidas”*. En tal sentido, existe una necesidad de renovar este aspecto, en tanto existe ya un dispositivo normativo que como se ve, contradice la norma de radiodifusión.

Del mismo modo, la norma de radio y televisión, dispone que tanto el sector privado y público, tienen las mismas facultades y derechos

parra el acceso de publicidad comercial, esto sin duda representa una ventaja competitiva favor de las empresas de radiodifusión del estado, pues cuentan con una mayor cobertura a nivel nacional.

Así también sea dejado en blanco la regulación de la radiodifusión estatal, la misma que debería tener una legislación especial y particularmente apartada del sector público. Lo anterior nos hace pensar respecto del rol subsidiario del estado en las actividades empresariales en un mercado determinado, dado que el desarrollo jurisprudencial y dogmático ha definido claramente los supuestos de participación del ente estatal en la vida empresarial, en lo que respecta al campo del mercado de los medios de comunicación, la tendencia sería la de definir a este no como un *servicio privado de interés público*. Sino como un *servicio público como tal*.

5.1.4.1. UN ORGANISMO REGULADOR DE CONTENIDOS AUTONOMO.

Hemos revisado ya con anterioridad la diferencia que existe entre un organismo de regulación y una agencia de competencia, sin desmerecer el hecho de que existen casos en los que ambos organismos, al normar aspectos de un mercado de diferente forma y en diferentes fases, puedan colaborar mutuamente en pro de la eficiencia y el bienestar de los consumidores y usuarios, esto es sabido, es el fin último de las políticas de libre competencia en la economía social de mercado.

Bajo esa línea de pensamiento, nuestra propuesta se basa en la creación de un organismo de regulación de contenidos autónomo, que no dependa ni del estado ni de los agentes de mercado en los medios de comunicación. La normativa base para la creación de un organismo Autónomo estaría en base a la Ley N° 27332 denominada "Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos", ya que en su art. 2º sostiene que los reguladores *"son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera"*

La estructura para tal organismo ya existe, pues el actual Consejo Nacional de Radio y Televisión, podrá asumir esta nueva categoría, pudiendo reforzarse sus atribuciones y facultades, que como se ha revisado, incluye ambos aspectos del mercado de medios de comunicación, tanto el acceso, en forma consultiva y en el tema de la regulación de contenidos con cierta fuerza normativa. Sobre todo respecto de la proposición de una línea base, que intente definir un estándar de la calidad de la información, en cuya proposición tomen parte tanto entidades del estado, como el ministerio de cultura y educación; sino también representantes de los medios de comunicación privados.

Así también, pensamos que sería oportuna la creación de un sistema de defensa al usuario o consumidor de información,

adscrito al organismo regulador propuesto, de modo tal que se puedan tutelar de forma mas efectiva los interés de estos con respecto a la formulación y atención de las quejas que se presenten, esto pues, el proyecto de ley N° 3465/2013-CR nominada “Ley que modifica la ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión, para la difusión de la programación cultural a través de la televisión de señal abierta” propuso un informe al INDECOPI, en el sentido de que se deban tutelar los derechos de los consumidores y usuarios en televisión y radio de señal abierta, así pues INDECOPI se ha pronunciado sosteniendo que, por las características del servicio y sus destinatarios, estos no son de su competencia sino que más bien corresponden, en su análisis, a organismos propios del sector¹⁷²

5.2. CONCLUSIONES FIANLES:

El pacto de autorregulación vigente en nuestro país, detalla las formas y causales de la emisión del contenido audiovisual de las empresas de radio difusión y televisión en nuestro mercado informativo. Así púes la revisión de los conceptos de libre competencia, libertad de mercado, entran muchas veces, como se ha visto, en colisión con preceptos como el derecho de los consumidores o usuarios de la oferta informativa, de modo específico, respecto del acceso a una programación de calidad que

¹⁷²**INFORME** N° **49-2014/DPC-INDECOPI.** Véase: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/178372/Informe-49-2014-DPC.pdf/b3c6df49-6ea5-4982-9ca7-12198164e34e>

fomente valores sociales en pro de una mejora en la calidad del contenido informativo.

La regulación, como se ha visto también, es un concepto de relativa novedad, a comparación de otras intuiciones jurídico-económicas, que en su práctica, se halla en constante ampliación y revisión; como es lo revisado, por ejemplo, de la técnica reguladora estatal. Así pues, de acuerdo a lo antes señalado, se entiende de que la regulación estatal o la intervención del estado en algún sector económico, que esta debe ser de última ratio, y su presencia es exigible ante una falla de mercado. Sin embargo, al considerar a la información como un bien económico, no es este uno de tan simples características como los bienes muebles e inmuebles que circulan en el mercado de bienes y servicios, sino que se reserva para el carácter de ser uno que cumple una función pública en su oferta, la misma que se traduce en los derechos de información por parte de los ciudadanos y de transparencia en su acceso.

Por tal motivo, entonces es apreciable una regulación autónoma que acompañe, no el poder estatal, si no solamente por su respaldo sancionador, pero que otorgue así mismo, total facultad en su discrecionalidad a los pactos de autorregulación ya suscritos. Para lograr este objetivo, resulta necesario poder fortalecer el mercado de los medios de comunicación, permitiendo también que estos se diversifiquen en su oferta competitiva

Para lograr una comprensión del mercado de los medios de comunicación a cabalidad, se necesita también entender de que las radiofrecuencias

son parte del estado, en términos de propiedad, por lo que su regulación debe agrupar a un solo organismo, empero, es una idea que se trasciende a esta investigación por no ser su objeto de exclusividad.

Por último, resulta necesario también entender que en la dinámica de los mercados de los medios de comunicación se encuentra intrínseco un interés público, que bajo los criterios que hemos intentado definir de él se logren establecer un conjunto de normas que logren la protección de la dignidad individual y de los derechos humanos, y el respeto a grupos vulnerables.

Así pues, los códigos de ética y autorregulación, se pueden propender y formular, empero bajo la supervisión de un regulador autónomo y no por la embestida del ministerio de transportes, para que se pueda tener la suficiente fuerza sancionatoria, erradicando así los conflictos de interés y para que de este modo se pueda promover la presentación equitativa de opiniones en asuntos de interés general.

CAPITULO VI

CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

6.1. DE LA HIPOTESIS GENERAL

“La regulación de contenidos, puede fortalecer la libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú, por medio de la creación de un organismo de regulación autónomo”.

6.1.1. De la variable Independiente: La Regulación de Contenidos

6.1.1.1. La Regulación de Contenidos en Medios de Comunicación

Regular los contenidos en medios de comunicación no ha supuesto una tarea fácil de emprender, sobre todo si se le ha de entender, tanto si como un deber del Estado y como una política Gubernamental. La dificultad tiene muchas caras, sin embargo todas se centran en un único vínculo. La Información. Esto es así pues, el quehacer regulatorio de los contenidos inquiera

estimar con sumo cuidado hasta donde los intereses de los medios de comunicación -que son varios- encuentran su límite con los intereses generales que están bajo la tutela del estado.

La creación de contenidos en los medios de comunicación, así como el de cualquier empresa que manufactura algún producto u ofrece algún servicio, se ha servido del incremento tecnológico y la interconectividad, para llegar a más público y con costes de producción más afianzados, esto es así pues “el explosivo crecimiento en contenidos se manifiesta también como una mayor disponibilidad de contenidos [...], lo que implica una menor posibilidad de control en cada país donde éstos se distribuyen. Cualquier individuo puede generar contenidos audiovisuales a partir de las herramientas gratuitas o de bajo costo disponibles en las plataformas digitales. La interactividad ocupa hoy un espacio al lado de la recepción pasiva y proliferan los soportes y aparatos de recepción”¹⁷³

La regulación de contenidos en medios de comunicación, a través de su desarrollo, ha insistido por diferenciar a la prensa escrita, de los demás medios de comunicación de radiodifusión, esto es así pues, la disponibilidad tecnológica entre una fuente y otra no es equiparable; así como sus medios y métodos para llegar e influir en las audiencias. En efecto, como señala Mieres

¹⁷³FLORENZANO, Cristóbal. **REGULACIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES EN ENTORNOS DE CONVERGENCIA DIGITAL.** Departamento de Estudios del Consejo Nacional de Televisión de Chile. p.5

Mieres, señalando a la televisión, dice que esta “se constituye no sólo un medio, sino también un factor en la formación de la opinión pública. Es la principal fuente de información y distracción de las sociedades contemporáneas. [...]Por otra parte, el medio televisivo tiene una especial fuerza sugestiva en los espectadores, al presentar los acontecimientos como reales, y define no sólo lo que vemos, sino cómo lo vemos, al proporcionar conceptos y clasificaciones políticas, sociales, étnicas y geográficas de los hechos e informaciones que transmite”¹⁷⁴.

6.1.1.2. Los Sistemas de Regulación de Contenidos en Medios de Comunicación

✓ ***Regulación estatal de contenidos***

El modelo de regulación estatal de contenidos, o llamado propiamente, modelo regulatorio, implica el control respecto de la calidad del contenido emitido por los medios de comunicación de radiodifusión en el mercado de su sector. La aparición de este modelo regulatorio, encuentra su ser en la planificación de ciertas políticas de comunicación, debido a la insuficiente protección de temas preponderantes de interés público, y que se conexas con ciertos derechos fundamentales, como el de niños y adolescentes.

¹⁷⁴ **MIERES MIERES**, Luis Javier. **Ob. Cit.**

Esta necesidad regulatoria, con mención particular de los medio audiovisuales, encuentra también su justificación en aquellas políticas de comunicación que se encuentran vinculadas a la radio y la televisión; así, conforman una suerte de modalidad particular por la cual se materializa la intervención estatal, y que intrínsecamente se compone de un doble rol, esto como rector de una determinada política audiovisual y como impulsor en el desarrollo del sector, sus agentes y dinámicas.¹⁷⁵

✓ ***La autorregulación***

La autorregulación, implica en su concepción, una suerte de compromiso de carácter voluntario, el mismo que es ejercido por las empresas de medios de comunicación participantes en el proceso de emisión de contenido; que se encuentra encaminada a complementar dos aspectos básicos: a) la libertad de los medios y b) su uso responsable; aspectos que deben guiarse por un conjunto de valores y fines intrínsecos de la propia actividad de comunicar¹⁷⁶. La autorregulación., se fundamenta en un precepto de carácter liberal y democrático, por lo que en su práctica, conlleva la participación activa de un conjunto importantes de actores civiles y de la empresa, esto es los medios de comunicación, de modo que se

¹⁷⁵ CARNIEL, Ricardo. **Ob. Cit.**

¹⁷⁶ AZNAR, Hugo. **Ob. Cit.**

propende como un modelo que viabiliza las condiciones o factores para el goce de un número de libertades intelectuales imprescindibles en el desempeño de la actividad comunicacional, de modo que es su seno existe, al menos en modo teórico, “[...]un equilibrio entre responsabilidad y libertad informativa, materializada en la construcción de códigos en los que participan periodistas, público y empresas informativas”¹⁷⁷.

✓ **La correulación**

Una de los otros modelos regulatorios existentes, el modelo mixto de regulación, o también llamado correulación. Este es un mecanismo o dispositivo que su ubica entre aquellos agentes de regulación directa, que por lo general devienen del estado; y los procesos de autorregulación. Se define como una “*estrategia de regulación indirecta que abarca todas las manifestaciones de creación normativa y autocontrol privado que, debido a su interés público, son fomentadas, reconocidas y, a su vez, reguladas, por los poderes públicos*”¹⁷⁸.

Explican Aguaded, y Vera¹⁷⁹, que los dos modelos regulatorios, esto es la correulación y la autorregulación,

¹⁷⁷ GONZÁLEZ, María Luján. **Ob. Cit.**

¹⁷⁸ BELANDO, Beatriz y MONTIEL, Gonzalo **Ob. Cit.** p. 55.

¹⁷⁹ AGUADED, José y VERA, Ángel. **Ob. Cit.**, pp. 1-15.

evidencian, propenden y hacen latente la práctica de la responsabilidad social y jurídica de las empresas de medios de comunicación, así como de los particulares, esto es, de la sociedad civil, permitiendo así que se pueda llevar a cabo un ejercicio ético de la profesión. Empero, *“debido a los abusos de algunos o las dificultades para verificar las obligaciones, surge la necesidad de crear autoridades independientes de regulación y/o control que fijen criterios objetivos alejados de los intereses de gobiernos y empresas privadas.”*¹⁸⁰

Así pues, estos entes, que se propenden como independientes en sus tareas de control y fiscalización, deben de contar con las suficientes garantías para que en su actuar puedan propiciar una eficiente regulación indirecta, sobre todo con su capacidad de sancionar las conductas lesivas al interés público, de modo que esta característica es la clave de la eficacia de este modelo, pero en muchas ocasiones se convierte en una capacidad moral, esto es de una afectación objetiva sobre la reputación, en vez que punitiva.

6.1.1.3. La Autorregulación de Contenidos en el Perú

En nuestro país, la autorregulación de los contenidos se establece como el sistema para la estandarización del contenido, esto significa que son los propios operadores de

¹⁸⁰ **Ibidem.**

radiodifusión los que establecen y determinan la calidad del contenido de su programación. La actuación del estado en este menester es circundante, pues solo observa normas marco o referenciales, las mismas que conminan a los propios operadores de radiodifusión la organización de sus actividades en el servicio que prestan.

6.1.1.4. Normativa:

✓ **La ley de radio y televisión**

a) *Sobre la fuente del contenido emitido:* la indicada en el artículo 36°, respecto de la distinción de contenidos, por medio de la cual, las empresas de radiodifusión se encuentran obligados a la adopción de medidas pertinentes e idóneas para informar a la audiencia la fuente del contenido que emiten, ya sean del titular, de aquellos responsables del programa, o en su defecto de terceros, lo que no se contradice o afecta en ningún caso la observancia del secreto profesional.

b) *Sobre el Horario familiar:* Las disposiciones sobre el horario familiar se encuentran encomendadas en el artículo 40° de la norma de radio y televisión, la misma que indica que en el horario familiar, el contenido que transmitan los radiodifusores debe de evitar la violencia, obscenidad o contenido de una índole símil, de modo que

se puedan menoscabar aquellos valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes. Bajo ese presupuesto, la norma indica como franja de protección el horario que se comprende desde las 06:00 y 22:00 horas.

c) *Sobre la clasificación de los programas emitidos:*

Esta disposición se encuentra sostenida mediante el artículo 41° de la norma, que exhorta a los radiodifusores a clasificar, tanto la programación y la publicidad comercial, así como los medios de su difusión considerando franjas horarias establecidas, las mismas que deben de ser idóneas para la audiencia .

d) *Sobre las señales de advertencia respecto al*

contenido de los programas: Disposición que se halla contenida en el artículo 42° de la norma sobre radio y televisión, y que conmina a los radiodifusores que la difusión del contenido televisivo, que se encuentre fuera del horario o franja de protección a la familia, contenida en el artículo 40°, debe de señalarse por medio de la inclusión de una advertencia previa, la misma que deberá caracterizarse por ser escrita y verbal, mediante una clasificación libre que es concedida por el propio titular de radiodifusión, siendo la escala la de contenido apto para mayores de catorce años, con orientación de adultos, o solamente apto para adultos.

e) *Respecto de la Prohibición de contenido sexualmente*

explícito o pornográfico: Cuya disposición se encuentra signada en el artículo 43°, y por la cual los radiodifusores en su programación se encuentran prohibidos de hacer la difusión de programación que contenga material pornográfico o que, de igual manera incentiven el comercio sexual o la trata de personas.

f) *Respecto de las obras de carácter cinematográfico:*

Esta disposición se halla regulada mediante el artículo 44, y señala que los radiodifusores televisivos, están en la obligación de proteger las obras de carácter cinematográfico y su avance, gestionando de que estas obras sean emitidas en franjas horarias idóneas y concordantes a la calificación por edades que las obras tienen o debieron tener, al momento de su exhibición comercial en los cines del territorio de la nación, siendo igualmente válido el criterio por el cual se dan ajustes formulados por los propios radiodifusores, sin afectar el derecho de autor. En ese sentido, este artículo, exhorta a los radiodifusores a que advierta al público respecto de las adecuaciones realizadas a las obras cinematográficas.

g) *Respecto a la Franja Educativa:* La implementación de

una franja educativa, encuentra su regulación en la

Quinta Disposición Complementaria de la norma, que en concordancia con lo indicado por el artículo 14° de la carta constitucional, en su último párrafo, insta a los radiodifusores a colaborar con el Estado, en la difusión de la educación y la formación de la moral y el sentido cultural, estando obligados los radiodifusores a destinar un porcentaje libre y mínimo al interior de su programación, a contenidos que impliquen los factores antes indicados y que será de libre establecimiento de los radiodifusores.

h) *Respecto de la producción Mínima Nacional:*

Señalamiento que se halla contenido en la Octava Disposición Complementaria de la norma, y por medio de la cual los radiodifusores deben de indicar y establecer y emitir contenido de producción nacional con un mínimo del treinta por ciento de su programación total, fijándose un horario que se comprende entre las 5:00 y 24:00 horas, como promedio en la semana.

✓ **El consejo consultivo de radio y televisión**

a) Artículo 58° de la ley de Radio y Televisión: Aspectos relevantes del CONCORTV, sobre la emisión de opiniones, que en su carácter no vinculante, se vierten sobre el procedimiento administrativo sancionador, respecto a los servicios de radiodifusión comprendidos en la ley de Radio y

Televisión, esto contemplado en su inciso e), en el que se detallan las siguientes:

- Incumplir de manera injustificada la transmisión de aquellos programas previamente promocionados, bajo determinadas fechas, horarios o respecto de las características de contenido o duración.
- Incumplimiento de los radiodifusores respecto del horario de protección familiar.
- Incumplimiento de lo normado por el Código de Ética.
- Incumplir con las condiciones fundamentales que median en la autorización.
- El CONCORTV, puede requerir grabaciones de los servicios de radio y televisión, de contenido nacional e internacional, así como de la publicidad comercial, para velar por el cumplimiento del código de ética y del horario de protección familiar.

✓ **Sociedad de Radio y Televisión**

La normativa que le concierne es básicamente:

a) El pacto de autorregulación: Dicho documento divide estos indicadores en tres apartados o principios, los mismos que norman la emisión de la oferta informativa:

a. Veracidad

Que implica que el contenido emitido ha de guardar objetividad e imparcialidad bajo el contexto de la búsqueda de la verdad. Así también implica el que las fuentes de información usadas para los objetivos antes plasmados, deben de poder ser identificables, confiables y comprobables. Empero se les reserva el derecho de guardar el llamado “secreto profesional”, sobre todo en temas periodísticos respecto de temas de interés público. Del mismo modo, también inquiera la presentación probatoria con contrasten el información vertida, de tal modo de que esta , sea un reflejo de la realidad y los hechos presentados, los mismos que deben de ser claros para el público.

Respecto de la publicidad y los anuncios respecto de la programación, los medios de comunicación tiene prohibido engañar ni inducir a error de manera ambigua, e inexacta o por omisión, al espectador. Del mismo modo, la exageración, magnificación y la fantasía, implican herramientas validas en tanto no representen caracteres determinantes para la formación de conclusiones o decisiones en el público. Ahora bien, por tener la libertad en el contenido, la

emisión de estos, es de entera responsabilidad de los radiodifusores.

b. Respeto a la dignidad de la persona humana

Bajo este lineamiento, el respeto a la imagen de las personas se convierte en un imperativo para los radiodifusores. Dimensiones como la intimidad, la no denigración de la figura de la mujer y los niños expuestos a situaciones de indecoro son prohibiciones expresas, así también son será posible el poder discriminar a las personas en función de aspectos religiosos, de raza, sexo, condición física, cultura entre otros. Por otro lado, no es posible utilizar, de manera representativa, alusiones o figuras que denigren a la persona.

Bajo esas circunstancias se debe de tomar en consideración tanto el contenido, el formato, su contexto, horario y público objetivo.

c. Responsabilidad social y Autorregulación

La responsabilidad social, en primer término, resulta ser una directriz que conmina los radiodifusores pertenecientes a la sociedad a mantenerse solidos e independientes, criterios que son válidos a los de la misma sociedad, respetando también la libre

competencia; al buen gobierno corporativo; evitando atentar así, contra la legislación civil, laboral o comercial, incurriendo en alguna competitiva ilegal sobre otros medios de comunicación.

Por otro lado, en su artículo 5º, realiza una definición de lo que debe entenderse por autorregulación y así señala que esta “consiste en vigilar la calidad de la información que se brinda a través de la comunicación comercial, además de preservar y acrecentar la credibilidad de la misma.

b) El Código de Ética: Respecto del contenido emitido, el documento, señala los siguientes artículos:

a. De la Clasificación de los Programas y de las Franjas Horarias

✓ **Artículo 9º:** Los titulares de los servicios de radiodifusión son responsables de clasificar la programación, así como decidir sobre su difusión. Asimismo, establecerán criterios de advertencias previas a la emisión de cada programa, las que podrán referirse a los siguientes: a) Programa dirigido al público en general. b) Programa dirigido a público mayor de 14 años. c) Programa apto sólo para adultos. Los titulares del servicio de

radiodifusión signatarios del presente Código de Ética, establecerán franjas horarias observando lo dispuesto en la Ley de Radio y Televisión. La clasificación asignada a cada programa será insertada como nota de advertencia previa a la emisión de cada programa.

- ✓ **Artículo 10º:** La publicidad comercial se rige por lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1044, el mismo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sus modificatorias o normas que la replacen.

b. De la Programación Nacional Mínima

- ✓ **Artículo 11º:** En la programación que se transmita dentro del horario comprendido entre las 05:00 y 24:00 horas, deberá incluirse programas de producción nacional en un porcentaje no menor al 30% de dicha programación, en promedio semanal. Las retransmisiones de ediciones anteriores de dichos programas podrán computarse para efectos de alcanzar el mínimo establecido.

c. De los Mecanismos para Brindar Información oportuna sobre cambios en la Programación

- ✓ **Artículo 12º:** Los titulares del servicio de radiodifusión difundirán los cambios en sus programaciones, a través de su señal y adicionalmente, podrán hacerlo a través de sus páginas web u otros medios. Salvo los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, interés nacional o por causas ajenas a los titulares del servicio de radiodifusión, la información será difundida por lo menos con 24 horas de anticipación.

c) La Ley de Radio y Televisión

6.1.2. De la variable Dependiente: Libre competencia en el mercado de medios de comunicación

6.1.2.1. La Libre Competencia

La libre competencia resulta no solamente un pilar importante y nuclear de la economía social de mercado, sino que además de ser un elemento vinculante entre las libertades demás económicas, se alza como un principio rector y cuyo contenido entendido como tal, resulta importante desarrollar a fin de comprender de mejor modo, como es que se configura. La libre competencia es un elemento vinculante entre las demás libertades económicas, pues es el sustento del propio mercado, por ejemplo, como ocurre con la

libertad de empresa, cuyo contenido y finalidad quedaría estéril sin la posibilidad de competir con libertad en el mercado.¹⁸¹

El tribunal constitucional en la sentencia recaída en el **Exp. N.º 00018-2003-AI/TC** sostiene que: La libre competencia plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de tres requisitos:

- a. La autodeterminación de iniciativas o de acceso de agentes económicos al mercado.
- b. La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.), es decir, la libertad de actuación dentro del mercado.
- c. La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).

De modo similar lo ha explicado también en la sentencia recaída en el **EXP. 3315-2004-AA/TC**, así sostiene que: *“El concepto de Libre competencia al que aspira la constitución política del Perú se adscribe*

¹⁸¹ El Tribunal Constitucional lo ha señalado así en la Sentencia del **EXP. N.º 03116-2009-PA/TC** en la que explica que :

“Un aspecto fundamental de la Economía Social de Mercado y una consecuencia principal de la libertad de acceso al mercado es la existencia de la libre competencia, sin la cual quedaría vacío el contenido del derecho a la libertad de empresa. Por ello el artículo 61º de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes económicos, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios.”

al cuadro más amplio de la libertad económica. Como tal supone dos aspectos esenciales:

- a. “La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos: Desde esta perspectiva queda claro que quien tiene capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones auto determinativas, esto es, sin que nadie (ni el estado, ni el resto de los agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación.*

- b. La libertad de Iniciativa o actuación en el mercado: Desde esta perspectiva es evidente que tras haberse accedido al mercado, se debe de gozar de la suficiente capacidad auto determinación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda.”*

El INDECOPI ha señalado también en la resolución recaída en el **EXP. 002-2009/CLC que** : “En la mayoría de los mercados en los que existen condiciones de competencia, los precios, la cantidad y la calidad de los productos y/o servicios se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda. La competencia incentiva a los agentes económicos a ofrecer la mejor calidad posible al menor precio posible, es decir, a ganar una mayor eficiencia económica; para obtener la preferencia de los consumidores. Ello a su vez, incrementa el bienestar de los consumidores y de la sociedad en su conjunto. Atendiendo a

esta premisa es que la libre competencia es un bien jurídico tutelado a nivel constitucional. En efecto, la constitución Política del Perú reconoce a la libre competencia como un principio esencial de la economía social de mercado”

6.1.2.2. El Mercado de los Medios de Comunicación

La visión tradicional que se tiene de los medios de comunicación, como transmisores de información, ha sido rebasada por el tiempo y la tecnología, esto es pues los medios de comunicación actúan en un mercado de características peculiares que siendo- pensamos- *sui generis*, no tienen ese tratamiento a menudo. En efecto, el mercado de los medios de comunicación responde a definiciones particulares, sobre todo por los agentes económicos que en el residen. Es así que “no estamos hablando de un mercado cualquiera, es además un foro en el que se genera un bien público: La información, esencial para el funcionamiento del sistema democrático.”¹⁸²

6.1.2.3. La libre competencia en el mercado de medios de comunicación en el Perú

Como en cualquier mercado, la competencia es ineludible, por lo que debe entenderse que “en los medios de comunicación, como en cualquier otra actividad económica, es relevante la competencia. En ese sentido pues, es de saberse que “[...] *la estructura de mercado puede influir crucialmente en el desempeño social de los medios de*

¹⁸² MIERES MIERES, Luis Javier. **Ob. Cit.**. p. 246

*comunicación, porque a través de la búsqueda de nichos de mercado por parte de las empresas de radio y televisión para alcanzar ventajas competitivas se da forma a sus contenidos. La competencia económica en los medios de comunicación reviste características muy distintas de los otros sectores, tanto por sus características económicas, como por la legislación en la materia y la intervención gubernamental.”*¹⁸³

6.1.2.4. El interés público en el mercado de los medios de comunicación.

Consideramos valioso así para nuestra investigación el aporte de Van Cuilenburg y McQuail¹⁸⁴, respecto de los puntos a tener en cuenta para delimitar mejor lo que por interés público queremos decir. Así los señalados autores han indicado como elementos vitales en su modelo de regulación, tres funciones básicas:

✓ ***Funciones políticas de los medios de comunicación:***

El rol de los medios de comunicación en la vida política, se subsume como tal, en el sentido de que, la difusión de las ideas políticas de las organizaciones partidarias promueve la participación activa de las mayorías, así pues se refleja como un componente esencial la democracia como acto, empero

¹⁸³ AGULAR ALAVAREZ DE ALBA, Javier. LA COMPETENCIA EN RADIO Y TELEVISION. Revista de la UNAM N° 32. 2011. p. 112

¹⁸⁴ Jan VAN CUILENBURG y Denis MCQUAIL. Ob. Cit.

tiene dependencia de un fluido flujo informativo para con la ciudadanía.

En ese sentido, el conjunto de posibilidades para la crítica informada del gobierno y los actores políticos comprende también una función política de los medios de comunicación. Bajo esa perspectiva, el control político también puede ser un remanente negativo, por lo cual en palabras de Van Cuilenburg y McQuail¹⁸⁵ “la regulación puede ser necesaria para asegurar todas estas condiciones.”

✓ ***Las funciones socioculturales de los medios de comunicación:***

Los medios de comunicación cumplen también un rol social pues son difusores de información como las noticias, el entretenimiento y las artes, el ocio, la cobertura de deportes y la educación pública.

En ese sentido, cumplen un rol fundamental pues representan la expresión y continuidad de valores como es el caso de la identidad nacional y cultural de un país o comunidad; permitiendo así poder ver reflejado en buena parte de su dimensión la diversidad regional, étnica y otras formas de diversidad; cohesionando a su vez a la sociedad

¹⁸⁵ Ibidem.

✓ **Las funciones económicas de los medios de comunicación:**

El rol económico de los medios de comunicación en el conjunto social es cada vez más innegable, y por lo mismo ha adquirido una relevancia fundamental en los mercados contemporáneos.

Los medios de comunicación, por intermedio de sus actividades se reconocen hoy en día como industrias per se, ya que son capaces de producir bienes informativos capaces de ser consumidos.

Bajo esa perspectiva, el conjunto de políticas a cargo de la regulación o desregulación de los medios de comunicación, se crea con la misión de poder lograr un estímulo en la aplicación de las tecnologías y en la economía, así como también se ciernen sobre el crecimiento del sector en sí.

En ese sentido, como es que opinan Van Cuilenburg y McQuail¹⁸⁶, el conjunto de medias regulatorias también pueden influenciar en la protección de intereses económicos de carácter nacional, así como en la reducción de prácticas monopólicas, de modo que se pueda impulsar la competencia por motivos de eficiencia.

¹⁸⁶ Jan VAN CUILENBURG y Denis MCQUAIL. Ob. Cit.

6.1.2.5. Los fallos de mercado en el sector

La existencia de fallos de mercado en el sector de medios de comunicación audiovisual es factible, así lo cita Mieres Mieres cuando sostiene que se pueden identificar los siguientes¹⁸⁷:

- ✓ Existen intereses económicos publicitarios de los anunciantes e inversores de las empresas de medios de comunicación que ejercen una fuerte presión respecto de la programación audiovisual. De este modo, la dinámica ostensible y palpable, dicta que los programas que mayor valoración tienen, y que por lo mismo, mayor valor económico refractan, son los que proporcionan una audiencia considerable, o en su defecto, aquellos que van direccionados a ciertos sectores de consumo con una alta capacidad de consumo ofreciendo al espectador, sea oyente o televidente, conductas consumistas. La otra cara de la moneda, la retratan aquellos programas con contenido cultural o denominados por Mieres Mieres, como serios, que por tratar temas de controversia, no resultan ser de preferencia de los anunciantes y productores. De modo que, el espaciador, no se halla en la capacidad de hacer valer sus preferencias mediante el pago de un precio, y cuando lo que reciben no es lo que quieren, o se detecta la vulneración

¹⁸⁷ **MIERES MIERES**, Citando a **SUNSTEIN** Cass. Ob Cit.

de algunos de sus derechos, reclamar se vuelve una situación burocrática

- ✓ La homogeneidad de la programación, representa según Mieres Mieres, una de las fallas de mercado también visibles. La implementación de sistemas de análisis que sirvan para determinar el éxito del contenido informativo, esto es, de los programas televisivos, resulta ser costoso y con resultados poco fiables. De ese modo, solo se usa a modo de parámetro conductual para la toma de decisiones respecto de los contenidos audiovisuales, la observación del comportamiento de los competidores. Así pues, si un programa tiene éxito, es conveniente entonces copiar la fórmula propositiva de su contenido; lo que explica el fenómeno de uniformidad de contenidos en la programación, lo que de modo práctico implica una limitación respecto de la capacidad de elección de los espectadores o consumidores en el mercado de medios de comunicación, en especial en el sector audiovisual.

- ✓ Finalmente, la información, al tener la calidad de un bien público, en su generación bajo un estándar de calidad, implica una inversión elevada, de modo que las probabilidades de que los anunciantes paguen por su difusión son en verdad escasas o limitadas. Debe tenerse como contingencia de que la información, por carácter, al

difundirse se vuelve un bien público, lo que permite de que pueda ser utilizada por otros, a pesar de las restricciones de los derechos de autor a los que pueda estar sometido el contenido, ya que no es fácil delimitar de modo efectivo las condiciones del uso *ex post* a su difusión. Por ello, existe aún una marcada tendencia que se inclina hacia la infra producción de información de calidad y, por el contrario se acrecienta también la sobre producción de información de mala calidad o, como sugiere Mieres Mieres, 'barata'.

6.1.2.6. Conclusión de la Primera Hipótesis

Como se ha revisado, la regulación de contenidos en los medios de comunicación observa tres sistemas o tipos básicos, cada cual solo el de la autorregulación mantiene al estado al margen del control de los contenidos, mientras que la regulación estatal y la coregulación mantiene al estado, uno con presencia absoluta y el otro con una intervención mínima. Nos resulta importante fijar esto pues, cualquier regulación tendrá sus efectos sobre la libre competencia en el mercado de los medios de comunicación, teniendo como presupuesto que el contenido emitido es el bien de mercado que se oferta en él. Siendo esto así, nuestra constitución y su desarrollo doctrinario y jurisprudencial han establecido que la libre competencia plantea el libre acceso al mercado, la suficiente libertad para permanecer en él y del mismo modo la libertad de retirarse; sin embargo, como principio rector

de la economía social de mercado y como ejercicio de los agentes de mercado, la libre competencia también encuentra límites, como el interés público. Además la teoría de la regulación sugiere que cuando las fallas de mercado son visibles, el estado puede intentar corregirlas devolviéndole la eficiencia. Así pues en nuestra investigación hemos encontrado que estos dos presupuestos se cumplen, pero consideramos necesario que para que la condición de eficiencia del mercado de los medios de comunicación sea aún mayor y la protección del interés público en él, reflejada en el bienestar de los consumidores, sea plausible; la creación de un organismo de regulación autónomo debe ser necesaria.

6.2. DE LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

6.2.1. “La regulación de contenidos incide en la libre auto-determinación de la oferta informativa, fomentando su diversidad, calidad y la responsabilidad social de su contenido”.

6.2.1.1. De la variable Dependiente: Auto determinación de oferta informativa

La autodeterminación de la oferta informativa en los medios de comunicación, recae desde el punto de vista de los medios de comunicación como unidades o agentes de mercado, que compiten en condiciones especiales. Del mismo modo, este se concatena con lo previsto en la constitución política de 1993, la misma que reconoce en su

artículo 2, numeral cuarto el derecho de toda persona, de forma individual o agrupadamente, “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”.

Siendo que los medios de comunicación objetan un carácter instrumental, su vinculación y funcionalidad se hacen más contundentes si atendemos a lo que el propio tribunal constitucional de nuestro país ha señalado, respecto de que el ejercicio de ciertos derechos fundamentales es también aplicable a las personas jurídicas. Así pues, el último intérprete de la Constitución ha señalado que: “Siendo constitucionalmente legítimo el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas, conviene puntualizar que tal consideración tampoco significa ni debe interpretarse como que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona natural sean los mismos que corresponden a la persona jurídica. En dicho nivel resulta evidente que los derechos objeto de invocación solo pueden ser aquellos compatibles con la naturaleza o características de cada organización de individuos,

incidencia que, por de pronto, impone en el juez constitucional el rol de merituador de cada caso, según las características o particularidades que le acompañan. No se trata, en otras palabras, de una recepción automática, sino de una que toma en cuenta la particularidad del derecho invocado, su incidencia a nivel de la persona jurídica y las circunstancias especiales propias de cada caso concreto.

En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes:

- a) El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63)
- b) **Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4)**
- c) [...]”¹⁸⁸

¹⁸⁸ STC recaída en el EXP. N.º 4972-2006-PA/TC. Fundamentos 13 y 14. (El resaltado es nuestro)

En tal sentido, la autodeterminación de la oferta informativa en los medios de comunicación encuentra límites que la propia constitución demarca, así como también la ley de radio y televisión, que aunque como norma general, establece los principios que guían los servicios de radiodifusión. Así pues en su Artículo III , la norma prevé que “El Estado promueve los servicios de radiodifusión, especialmente en áreas rurales, de preferente interés social o en zonas de frontera, priorizando los servicios de radiodifusión educativos, con el objeto de asegurar la cobertura del servicio en todo el territorio, en el marco de las políticas de desarrollo, integración y afianzamiento de la identidad nacional.” . Del mismo modo, de los Artículos 3° y 4°, del Libro Primero, se desprenden la definición y el objeto de los servicios de radiodifusión. Así, a entender del legislador “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.” cuya finalidad es la de “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”.

a. *La oferta informativa audiovisual en el Perú*

Los estudios realizados por el Consejo Nacional de Radio y Televisión, nos han servido en la presente investigación para poder analizar la oferta informativa de los medios de comunicación audiovisual, la misma que puede ser objeto de regulación.

La información recabada se ha dividido en los siguientes indicadores: a) la finalidad de los medios de comunicación respecto de su oferta informativa, b) Consumo de Contenidos, c) Las características de percepción, e) los contenidos inadecuados y; f) Las áreas de mayor difusión de contenidos.

Respecto del primer indicador, el estudio realizado de 2010 al 2015 muestra una clasificación acorde con la señalada por ley de radio y televisión, esto es la presencia clara de tres tipos de servicios de radio difusión de acuerdo a su finalidad: a) Las comerciales, b) Educativas o no Comerciales y; c) Comunitarias. La tendencia en los últimos cinco años fue registrar un mayor interés por formar empresas cuya finalidad de contenido sea comercial, relegando la función educativa o cultural a un segundo

plano, así pues los radiodifusores que emiten contenido comercial, siempre han sobrepasado el 50% con respecto a los que emiten contenido cultural (Ver Anexo A-3, Figura N°1). Por lo tanto se puede deducir que el mayor contenido difundido en el mercado de medios de comunicación, tiene como base la función comercial.

En segundo lugar, respecto del Consumo de Contenidos, el estudio sub divide sus resultados en; 1) El contenido visto en familia, 2) Los programas más vistos durante el año 2015, 3) Razones por las que se prefiere la Tv prepago, 4) Los caracteres de los medios de comunicación en función al contenido que emiten, 4) Los contenidos inadecuados; y 5) Sectores sociales a los que se les da más preponderancia.

El primer ítem refiere a los programas que más se han visto en familia, esto es el que corresponde en el horario familiar señalado también por ley; así tenemos que los principales tipos de programas de TV que se ven en familia son los infantiles (40.3%), de entretenimiento (37.8%), películas (35.4%), series/miniseries/novelas (33.2%) y noticiarios (30.9%). (Ver Figura N°14). Lo anterior dicta que son los niños y niñas las que más exposición tienen a los medios de comunicación. Seguidamente, el estudio revela que Al preguntar a los entrevistados por los programas de

televisión más vistos, mencionaron en primer lugar a “Al Fondo Hay Sitio” (19%), seguido de “Esto es Guerra” (16%), América Noticias Edición Central (15%), y América Noticias Primera Edición (14%.) En la radio, los programas más escuchados en familia son los musicales (85%), noticiarios (51%) y programas de entretenimiento (7%); existen casos puntuales donde los noticiarios obtuvieron un porcentaje más alto que los programas musicales, por ejemplo, en las ciudades de Iquitos (60%) y Puno (73%), (Ver Figura N°15). Este análisis concuerda con lo señalado anteriormente con respecto a la finalidad de los servicios de radiodifusión, pues es de notarse que programas como “al fondo hay sitio” reservan una preferencia importante en el público, cuyo contenido, por la misma finalidad del radiodifusor es de carácter comercial, denotando además que el aspecto cultural, no está ni siquiera puntuado en el estudio.

El otro ítem que consideramos importante someter a análisis es el que indica el porque la gente prefiere la Televisión y/o radiodifusión restringida o por cable, a una de señal abierta. Así el estudio muestra que el 57.8% de los encuestados prefiere el cable por la variedad de la oferta informativa, el 34.1% lo hace por recibir o captar mejor la señal de los canales ofrecidos, el 28 % prefiere

la televisión restringida pues les ofrece mayores oportunidades de entretenimiento y el 19.3% por estar insatisfecho con la oferta de los operadores en señal abierta, (Ver gráfico N°16). Estos datos inquietan que el principal problema al que está sometida la oferta informativa esa la variedad del contenido ofrecido, este pues parece ser muy pobre, lo que resulta ser una desventaja competitiva ante los proveedores de cable.

De este modo también tenemos el ítem que valora las aptitudes de los medios de comunicación en relación directa con la emisión de su contenido, así pues existen significativos cambios respecto a la evaluación de la TV a comparación de los resultados de 2013, presentando un decrecimiento considerado en cuanto a valoraciones positivas como “el medio más neutral” (-23%), veraz (-19%), plural (-18%), “el más informativo” (-17%), “el que seguirá vigente en 20 años” (-16%), “el más entretenido” (-16%), “cercano a la gente” (-15%), y “el más educativo” (-14%). (Ver Gráficos 17 y 18).

Respecto de los contenidos que se consideran inadecuados el estudio revela que a nivel nacional, son vistos de manera frecuente y muy frecuente en la TV los siguientes contenidos: violencia (78%), palabras groseras/insultos (63%), situaciones de mal ejemplo para

la sociedad (62%), trato discriminatorio (57%), escenas de sexo/desnudos (50%) y contenidos para adultos en horario familiar (40%). (Ver figuras N° 19 y 20). Mientras que en la Radio, los contenidos inadecuados con mayor presencia son las palabras groseras/insultos (17%), violencia (17%), situaciones de mal ejemplo para la sociedad (14%), trato discriminatorio (14%), y frases de connotación sexual (13%). (Ver figura N° 21).

El estudio también menciona a los grupos sociales que más atención mediática reciben por parte de los medios de comunicación audiovisual. Así, para el 69% de encuestados los personajes de la TV o del espectáculo son quienes aparecen más favorecidos en la televisión. Dicha cifra se incrementa en ciudades como Ayacucho (78%), Iquitos y Piura (77%), (Ver Gráfico N°22).

b. Los consumidores de información.

Con respecto a los consumidores de Información, consideramos pertinente usar los siguientes ítems encontrados en los estudios del ConcorTV; así pues señalamos: a) De los medios de acceso a la oferta informativa audiovisual al 2015, b) La Resolución de quejas con respecto al contenido emitido. El primer estudio señala que A nivel nacional, el televisor (98.5%), el celular (93.2%) y la radio (92%) son los equipos más presentes en los

hogares peruanos. Entre Lima y provincia, la mayor diferencia se da respecto a la tenencia de Internet, siendo mayor en la ciudad de Lima (48.5%). (Ver Figura N° 23). Esto se correlaciona con el hecho de que nivel nacional, la televisión es el medio de comunicación de mayor consumo, llegando a alcanzar el 100% en ciudades como Piura, Trujillo y Pucallpa. A comparación de 2013, el uso de Internet ha crecido en 7% (de lunes a viernes) y en 6% (sábados y domingos), mientras que el consumo de radio disminuyó en 4% (de lunes a viernes) y en 8% (sábados y domingos)(Ver Figura N° 24)

Con respecto a la presentación de quejas e imposición de multas, existe solo al 2014 un 0.3% de sanciones por infracciones al código de ética (el mismo que auotregula el contenido de los radiodifusores), del total de 100% de multas impuestas por otras causales. Lo cual es un indicativo de dos supuestos, a) o las quejas presentadas con respecto no llegan a última instancia y logran ser sancionadas o b) Las personas pueden estar indiferentes al contenido que se emiten y por lo tanto no cuestionan su calidad. El mismo panorama se exhibe en los años 2015 y 2016. (Ver Tablas N°1, 2 y 3).

Esto corresponde con lo señalado en el estudio, donde se señala que solo el 48% de peruanos sabe que puede

quejarse ante los propios medios de comunicación por los contenidos que atenten contra el horario familiar. Esta cifra asciende en Chiclayo (67%) y Pucallpa (59%) (Ver Figura N° 29).

c. De la presentación de códigos de ética y la autorregulación

El estudio evidencia un eje negativo, en tanto la presentación de los códigos de ética resulta una obligación para a las empresas de radiodifusión, la misma que conserva su potestad de autorregular sus contenidos bajo esas normas marco. Entre los años 2010 al 2016, la presentación voluntaria de los códigos de ética ante el ministerio de transportes y comunicaciones parece haber sido una tarea secundaria para los radiodifusores, en tanto se evidencia que en dichos periodos de tiempo menos del 30% de ellos, lo hicieron de forma voluntaria, esto es, que ellos mismos redacten este documento el cual refleja su compromiso. (Ver Gráficos N° 25 y 26).

Otro ítem importante es el que señala que El 61% de peruanos cree que la radio y TV no son reguladas, solo el 6.5% afirmó que son reguladas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Ver Figura N° 27). Así también, El 55% de los peruanos tiene conocimiento del horario familiar que va de las 6:00 a las 22:00 horas, donde

se prohíbe la transmisión de contenidos violentos y obscenos. Las ciudades en las que dicha cifra asciende son Arequipa (66%), Moquegua (63%) y Huaraz (62%). Mientras que las ciudades con mayor porcentaje de desconocimiento del horario familiar son Ayacucho (63%), Tumbes, Juliaca (61%) y Piura (60%). (Ver Gráfico N° 28).

6.2.1.2. Conclusiones de la Hipótesis Específica:

La autodeterminación de la oferta informativa, como producto de la autorregulación, ha derivado en que los medios de comunicación audiovisual provean productos de información con los que los usuarios no están muy satisfechos, lo que también se traduce en una falla de mercado, pues no se estarían persiguiendo los fines estipulados en la constitución y en la ley de radio y televisión. Por tal motivo pensamos que, el organismo regulador sujeto a creación que oriente mejor las políticas de contenido, podrá impulsar de este modo una oferta más variada, propiciando la producción de contenido propio, con estándares de calidad mejor definidos, y con procedimientos que aseguren que los medios de comunicación cumplan con su función social en su mercado.

6.2.2. “La Libre Competencia persigue como fin último el bienestar del consumidor, así se ve reforzada por la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú”

6.2.2.1. De la variable Independiente:

El interés público que se persigue en el mercado de los medios de comunicación, tiene un contenido particular, sobre todo si consideramos que este contiene el bienestar de los consumidores o usuarios del servicio de radiodifusión, en tal sentido, la evidencia muestra que existe muy poco interés en implementar una política o instrumentos que solucionen las quejas y reclamos de los consumidores cuando de la calidad del contenido emitido se trata.

6.2.2.2. De la variable dependiente

En una Economía social de mercado, las políticas de libre competencia tienen como fundamento último, el bienestar general de la población, esto puede traducirse en el interés público que se encuentra inmerso en su definición. En el mercado de los medios de comunicación esto toma aún más relevancia.

6.2.2.3. Conclusion de la Segunda Hipótesis

En tal sentido, llegamos a la conclusión de que, la libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en nuestro país se ve reforzada por la protección del interés público definido para el mercado de los medios de comunicación, del mismo

modo que dependerá de la implementación de un sistema de resolución de quejas y defensa del consumidor mas eficiente.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES:

- 1) La Economía Social de Mercado como régimen económico en nuestra constitución provee los estamentos básicos para la delimitación del rol del estado y su intervención en la economía. El abundamiento tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia se convierten así en fuentes de vital importancia al momento de revisar y ahondar en el contenido del Rol estatal en la vida económica 1 en sus diferentes niveles.

- 2) El Libre Mercado no solo debe ser reconocido como un elemento vital dentro de una economía social de mercado, sino como un principio rector que coadyuva a la configuración de las demás libertades económicas reconocidas en la constitución.

- 3) El reconocimiento de la existencia de los mercados de medios de comunicación audiovisual, impera el establecimiento de que se trata de mercados particulares o especiales, donde la libre competencia también debe de tratarse de forma diferenciada, sobre todo por el tipo de oferta que se provee en él.
- 4) La factibilidad de una Regulación de Contenidos en medios de comunicación audiovisual encuentra su legitimación a través del principio de libre competencia por medio de mecanismos de participación justificada, el del Estado, por el carácter público de la información como bien de mercado, el de las empresas radiodifusoras como agentes de mercado y su responsabilidad social y el de los organismos reguladores competentes.

7.2. RECOMENDACIONES:

- 1) El legislador, al establecer una regulación en materia económica, debe medir los alcances de esta, no parcializando su visión de la realidad, ni la interpretación de la norma, pues de ser así, puede ser perjudicial. Nos referimos en el caso del proyecto de ley sobre regulación de medios en nuestro país. En este, se nota un sesgo interpretativo bastante vago respecto de los alcances de sus disposiciones, por lo que es necesario incluir un análisis de costo beneficio de la aplicación de las normas propuestas.
- 2) Se debe repensar mejor el rol del estado en una sociedad de la información como la nuestra, pues el papel que juega esta como un

bien susceptible en el mercado, ha rebasado- a nuestro entender- el papel que hoy el estado mantiene. Sostenemos esto en la medida que en nuestra investigación hemos podido evidenciar que el estado también es un competidor en el mercado de los medios de información en nuestro país, y lo hace a demás con cierta ventaja, por lo que la promulgación de una ley especial que regule su actividad es urgente.

- 3) Es necesario profundizar el sistema de derechos de autor que se irroga en los medios de comunicación audiovisual, implementar una política de incentivos podría hacer que la producción nacional de contenido se eleve y compita en calidad con el contenido importando.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

LIBROS, REVISTAS, Y OTROS TEXTOS:

1. Abad Yupanqui, Samuel B. La constitución comentada. Tomo I. Ed Gaceta Jurídica. 2006.
2. Aguaded, José & Vera, Ángel. El control de los contenidos televisivos en las autoridades reguladoras y los consejos audiovisuales. Contratexto Digital, N°.7.
3. Aguilar Álvarez De Alba, Javier. La competencia en radio y televisión. En Responsabilidad Social, Autorregulación y Legislación en Radio y televisión. UNAM. 2002.
4. Ariño Ortiz, Gaspar. Economía y estado: crisis y reforma del sector público. Marcial pons editores. Madrid. 1993.
5. Aznar, Hugo. "ética de la comunicación y nuevos retos sociales. Códigos y recomendaciones para los medios". Barcelona. 1990
6. Becker, Gary. La naturaleza de la competencia. Conferencia pronunciada en la escuela superior de economía y administración de empresas (ESEADE). 09 de noviembre de 2000.
7. Belando, Beatriz & Montiel, Gonzalo. Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual. Ed. Tirant lo blanch. 2002
8. Bernaldes Bailesteros, Enrique. La constitución de 1993: análisis comparado. Editora Rao, lima, 1999.
9. Blume Fortini, Ernesto. La constitución económica y el derecho de la competencia. Revista themis N° 36.

10. Blumler, Jay. Television and the public interest. Vulnerable values in west european broadcasting, Ed. Sage, london, 1992.
11. Botella, Joan. La regulación independiente del sector audiovisual español: una reflexión sobre problemas, perspectivas y posibilidades”, En : Revista Catalana De Dret Públic, N° 34,
12. Bullard Gonzales, Alfredo. El INDECOPI: por qué no es un organismo regulador. En: advocatus – nueva época. N°. 8. Lima. 2001
13. Carniel, Ricardo. Organismos independientes de regulación del audiovisual”. ruta, En: Revista Universitaria de Trabalis Acadèmics, N° 2.
14. Castaño Duque, Germán. Teoría de la agencia y sus aplicaciones. Revista decisión administrativa. Universidad nacional de Colombia.
15. Chanamé Orbe. Exegesis de la constitución económica. En: Revista Oficial Del Poder Judicial. Año 3, N° 5, 2009.
16. Chiu Werner, Alexander. ¿Por qué en el Perú no hay quejas por la programación de la radio y televisión? Informe presentado a la CONCORTV, como responsable de su unidad de comunicaciones e imagen el 2011.
17. Consejo Nacional De Televisión De Chile. En: Seminario internacional sobre regulación de la TV., Santiago de Chile. Consejo nacional de televisión de chile.
18. Correa Fontecilla, Jorge. Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. Revista española de control externo, Vol. 8, N° 24, 2006.
19. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre

- derechos humanos). Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie "A" N°. 5.
20. Cruces Burga, Alberto. ¿Qué significa economía social de mercado en el Perú? En: Revista *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 79. Ed. Gaceta jurídica. Lima, 2014.
21. Danós Ordoñez, Jorge. Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: revista peruana de derecho de la empresa. No. 57. Lima. 2004.
22. De La Cuétara Martínez, Juan Miguel. Tres postulados para el nuevo marco regulatorio de los servicios públicos. En Ariño & Asociados.
23. De Lojendio, Ignacio María. Derecho constitucional económico. En: *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*. Revista de Derecho Privado. Ed. Derecho Reunidas. 1977.
24. Dunnett, Peter. The world television industry. An Economic Analysis, Routledge, London, 1990,
25. Duque Domínguez, Justino Florencio. Iniciativa privada y empresa. Constitución y economía. Editado por el Centro de estudios y comunicación económica, Madrid, 1977.
26. Erhard, Ludwig. Economía social de mercado: su valor permanente. Madrid. Rialp, 1994.
27. Espín, Eduardo. Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991,

28. Falla, Alejandro. Las nuevas agencias reguladoras: ni muy muy... ni tan tan. En: Revista ius et veritas. N°. 27. Lima. 2004.
29. Falla, Alejandro. Zapatero a tus zapatos: de los costos de la actividad empresarial del estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad. En: Revista Perú Económico. Marzo 2003.
30. Fernández Segado, Francisco. El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid, 1992
31. Fernandez Segado, Francisco. El sistema constitucional español. Editorial Dykinson, S.L., Madrid 1992.
32. Flint, Pinkas. Tratado de defensa de la libre competencia. *Estudio exegetico del D.L. 701*. Fondo editorial de la PUCP. 2002.
33. Florenzano, Cristóbal. Regulación de contenidos audiovisuales en entornos de convergencia digital. Departamento de estudios del consejo nacional de televisión de Chile.
34. Gambaro, Marco & Silva, Francesco. Economia della televisione, il mulino, Bolonia, 1992.
35. García Belaunde, Domingo. Teoría y práctica de la constitución peruana. Tomo ii. Ediciones Justo Valenzuela .E.I.R.L., Lima 1993.
36. García Castillejo, Ángel. El consejo audiovisual de España. Madrid: fundación alternativas.
37. González Vigil, Fernando. Nuevo régimen económico constitucional y política exterior. En: Revista agenda internacional, año II, N° 3, Enero-Julio.

38. González, María Luján. “libertad y responsabilidad de la prensa en el autocontrol y en la enseñanza de la ética de cinco países andinos”. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de ciencias de la información. España.
39. Haro Seijas, José Juan. Contra los excesos de la regulación económica: sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. En: *themis – revista de derecho*. N°. 50. Lima. 2005.
40. Hesse, Konrad. Escritos de derecho constitucional: *traducción de Pedro Cruz Villalón*. 2da. Ed. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1992.
41. Huapaya Tapía, Ramón. El proyecto de ley de reforma de la constitución, la constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo. Ed. Palestra, Lima
42. Kresalja Roselló, Baldo. Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. En: *Revista Pensamiento Constitucional*, Año XII, N° 12.
43. Kresalja Roselló, Baldo. La reserva de las actividades económicas a favor del estado y el régimen de monopolios en las constituciones de 1979 y 1993. En: *Revista Ius Et Veritas* N° 22.
44. Lazarte Molina, Jorge. El concepto de servicio público en el Perú. Fondo editorial de la universidad peruana de ciencias aplicadas – UPC. Lima. 2005.
45. Mankiw, N. Gregory. Principios de economía, ed. Paraninfo. 4ta Edición 2009.

46. McKenzie, Robert. Estudio comparativo de la regulación de los medios de comunicación en Francia, Estados Unidos, México y Ghana. Revista de derecho comparado de la información. UNAM. Año 2005, número 6.
47. Mcquail, Denis. La regulación de los medios. Véase: http://politicasyplanificacion.sociales.uba.ar/files/2014/07/mcquail_la_regulacion_de_los_medios.pdf (consultado el 20/12/2015)
48. Mieres Mieres, Luis Javier. La regulación de contenidos audiovisuales. ¿porqué y cómo regular?. En: Revista de la UNAM N° 32. 2011.
49. Morón Urbina, Juan Carlos. La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica. Revista de derecho de la PUCP. N° 67. 2011.
50. Müller-Armack, Alfred. Wirtschaftlenkung Und Marktwirtschaft. Stuttgart: fischer. 1956.
51. Nieto, Alfonso e Iglesias, Francisco. Empresa informativa, Ed. Ariel, Barcelona, 2000
52. Ochoa Cardich, Cesar. Constitución y economía de mercado, En: Anuario de la Facultad de Derecho de La Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre de 1985.
53. Ochoa Cardich, Cesar. Jurisprudencia Constitucional Económica. Ed. Caballero Bustamante. 2011.
54. Pistonesi Castelli, Héctor. Elementos de teoría económica de la regulación. Aplicación a las industrias energéticas.
55. Quispe Correa Alfredo. Principios económicos de la constitución. En: Revista cultura N° 20 de la USMP. Lima.

56. Quispe Correa, Alfredo. La constitución económica. Gráfica horizonte. Lima, 2002.
57. Resico, Marcelo F. Introducción a la economía social de mercado. Konrad-Adenauer-Stiftung. Edición latinoamericana. 2010.
58. Richeri, Giuseppe. La transición de la televisión, Ed. Bosch comunicación, Barcelona, 1994.
59. Rodríguez García, Gustavo. La técnica de regulación económica del estado a la luz del análisis económico del derecho. En: Boletín electrónico para egresados AEG-PUCP véase. [Http://aeg.pucp.edu.pe/boletin/deintereses/boletin8/derecho_rodriguez.pdf](http://aeg.pucp.edu.pe/boletin/deintereses/boletin8/derecho_rodriguez.pdf) (consultado el 26/04/2016)
60. Rubio Correa, Marcial. Estudio de la constitución política de 1993. Ed. Fondo editorial de la pontificia universidad católica del Perú, Lima, 1999.
61. Stiglitz Joseph. La economía del sector público. Editorial Bosch, Barcelona, 2002
62. Stiglitz, Joseph. Regulación y fallas. En: Revista De Economía Institucional. Vol.12, N°23. 2010.
63. Tassano Velaochaga, Herbert. Competencia y regulación. En: Revista de derecho de La PUCP N° 76, 2016.
64. Teven Stephen. Video Economics, Ed. Harvard University Press, Cambridge, Ma, 1992.
65. Tietmeyer, Hans. Las bases históricas y la economía social de mercado en la república federal de Alemania. .En: Revista *Economía social del*

mercado, transcripción del coloquio organizado por la cámara de comercio e industria peruano – alemana, Lima. 1980.

66. Torres y Torres Lara, Carlos. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la constitución económica. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa.

67. Van Cuilenburg, Jan & Mcquail, Denis. Media policy paradigm shifts towards a new communications policy paradigm. 2003.

JURISPRUDENCIA:

1. Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI
2. Resolución N° 3134-2010/sc1-INDECOPI
3. Sentencia recaída en el Expediente N° 10063-2006-PA/TC
4. Sentencia recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC.
5. Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC.
6. Sentencia recaída en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC.
7. Sentencia recaída en el Expediente N° 3116-2009-AA.
8. Sentencia Recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC.
9. Sentencia Recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC

ESTUDIOS, INFORMES Y REPORTAJES

1. Fuente: Portal Web del Diario la Republica en un artículo denominado “PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MEJORAR LA CALIDAD DE LA

TELEVISION PERUANA, SE ENCUENTRA ESTANCADO EN EL CONGRESO”, publicado el 21/02/2015. Véase: <http://larepublica.pe/21-02-2015/proyecto-de-ley-que-propone-mejorar-nivel-de-la-tv-se-encuentra-estancado-en-el-congreso>

2. INFORME N° 49-2014/DPC-INDECOPI. Véase: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/178372/Informe-49-2014-DPC.pdf/b3c6df49-6ea5-4982-9ca7-12198164e34e>
3. Universitat de València. Véase: http://www.uv.es/genero/_docs/public_com/reg_contenidos_aud.pdf
4. Estudios del consejo Nacional de Radio y Televisión y sus correspondientes datos estadísticos, con respecto a la situación del mercado de los medios de comunicación, Año 2010. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/informacion/estudios/2010/concortv-estadisticas-rtv.pdf>, Año 2011. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/informacion/estudios/2011/concortv-estadisticas-rtv.pdf>, Año 2012. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/informacion/estudios/2012/concortv-estadisticas-rtv-2012.pdf>, Año 2013. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/2013/estudios/concortv-estadisticas-rtv-2013.pdf> y su fe de erratas <http://www.concortv.gob.pe/file/2013/estudios/concortv-estadisticas-rtv-2013.pdf>, Año 2014. Véase: <http://www.concortv.gob.pe/file/2014/investigaciones/2014-03-estadisticas-rtv-peru-concortv.pdf>, Año 2015. Véase:

<http://www.concortv.gob.pe/file/2015/2015-estadisticas-radio-tv.pdf> y;
Año 2016. Véase: [ghhttp://concortv.gob.pe/file/2016/05-Estadisticas-radio-y-tv-2016.pdf](http://concortv.gob.pe/file/2016/05-Estadisticas-radio-y-tv-2016.pdf).

ANEXOS

ANEXO A-1.: MATRIZ DE CONSISTENCIA

LA REGULACIÓN DE CONTENIDOS Y LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL PERÚ

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Puede la regulación de contenidos relacionarse con la Libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo una ley de regulación ¿De qué manera la regulación de contenidos incide en la libertad de auto-determinación de la oferta informativa en el mercado de los medios de comunicación en el Perú? • ¿En qué medida la Libre Competencia se concatena con la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú? 	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Analizar si puede la regulación de contenidos relacionarse con la Libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Explicar de qué manera la regulación de contenidos incide en la libertad de determinación de la oferta informativa en el mercado de los medios de comunicación en el Perú • Determinar en qué medida la Libre Competencia se concatena con la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú 	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>La regulación de contenidos, puede fortalecer la libre competencia en el mercado de los medios de comunicación en el Perú, por medio de la creación de un organismo de regulación autónomo.</p> <p>HIPOTESIS ESPECÍFICAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La regulación de contenidos incide en la libre auto-determinación de la oferta informativa, fomentando su diversidad, calidad y la responsabilidad social de su contenido. • La Libre Competencia persigue como fin último el bienestar del consumidor, así se ve reforzada por la protección del interés Público en el mercado de los medios de comunicación en el Perú, 	<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>- Regulación de contenidos</p> <p>DEPENDIENTE:</p> <p>- Libre competencia en el Mercado de Medios de Comunicación</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Interés Público • Organismo Regulador • Libre Autodeterminación Informativa • Libertad de Consumo 	<p>a. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Métodos Generales: Se usaran los métodos Analítico-Sintético e Inductivo- Deductivo</p> <p>Métodos específicos: Se usara el método Explicativo</p> <p>b. TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>INVESTIGACIÓN BÁSICA:</p> <p>Destinada al planteamiento de una investigación fundada en explicar aspectos sustanciales y fundamentales del fenómeno estudiado.</p> <p>INVESTIGACIÓN JURÍDICO-DOGMÁTICO:</p> <p>Pues, el problema de investigación planteado involucra el estudio y análisis no solo de conceptos jurídicos, dogmáticos y normativos, sino que también hacen falta el estudio de conceptos fuera de esa ratio, ya que el objeto del estudio está dado en fenómenos sociales que se generan en la interacción y existe entre la realidad empírico social y el derecho positivo o universo normativo. Así, la interacción entre el derecho regulatorio y sus alcances, para con los medios de comunicación y su contenido, se</p>

				<p>estaría teniendo como horizonte la libre competencia y su desarrollo. .</p> <p>c. NIVEL DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Nivel Explicativo:</p> <p>Se usara el nivel explicativo ya que en la relación que se encuentra entre la formulación de los problemas de investigación y la formulación de sus respectivas hipótesis, el objeto se traduce en explicar los conceptos sometidos a estudio, para comprender su contenido y alcances, tal y como se extraen de la realidad problemática.</p> <p>d. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:</p> <p>No experimental: Porque no se manipulan deliberadamente las variables sometidas a estudio. Para tales fines, hemos de ubicar el diseño experimental, según lo señalado por Sampieri, en un modelo de investigación Longitudinal</p> <p>-Plan a seguir:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Diseño y aprobación del proyecto. 2. Observación. 3. Ampliación del marco teórico. 4. Fuentes secundarias. 5. Aplicación de instrumentos. 6. Sistematización de datos. 7. Análisis e interpretación. 8. Redacción Preliminar. 9. Revisión general. 10. Presentación. 11. Sustentación.
--	--	--	--	---

					<p>e. POBLACION Y MUESTRA:</p> <p>Se tomaran como POBLACIÓN a las empresas de Medios de Comunicación en materia de radio y televisión en el Perú.</p> <p>Del mismo modo, según el criterio de muestreo no probabilístico, se tomara como MUESTRA a aquellas empresas de medios de comunicación de radio difusión que se ubican en la capital y que además, por el tipo de su contenido se hayan visto sometidas a controversia de regulación Estatal.</p> <p>e. TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nuestra labor tendrá fuentes directas e indirectas por ello usaremos la observación (no conductiva) • Se usara fichaje y el estudio de datos para el aspecto teórico-dogmático y científico.
--	--	--	--	--	---