

UNIVERSIDAD RICARDO PALMA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



**“VULNERABILIDAD DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO
MANIFESTACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA A
CONSECUENCIA DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL DE LA
PRENSA ESCRITA EN EL PERÚ”**

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

BACHILLER: JUAN ANTONIO GIL NUÑEZ

LIMA _ 2018

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	VII
INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
1.1. Descripción y Formulación del Problema	10
1.1.1. Problema Principal	11
1.1.2. Problemas Secundarios	11
1.2. Objetivos	11
1.2.1. Objetivo Principal	11
1.2.2. Objetivos Secundarios	12
1.3. Importancia y Justificación de la Investigación	12
1.4. Alcances de la Investigación	13
CAPÍTULO II: SISTEMA DE HIPÓTESIS	15
2.1. Hipótesis Principal	15
2.2. Hipótesis Secundarias	15
CAPÍTULO III: PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES A LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO: BASES TEÓRICAS Y JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	17
3.1. Base Teórica Ideológica.....	17
3.2. Modelo Económico y Rol del Estado en la Economía	19
3.3. Libertad de Empresa.....	30
3.4. El Libre Mercado y sus manifestaciones	35
3.5. Protección al Consumidor o Usuario – Límites a la Libertad de Empresa ...	39
3.6. La Función Reguladora.....	41
CAPÍTULO IV: ALCANCES Y LÍMITES DE LA LIBRE COMPETENCIA	53
4.1. La Libre Competencia	53
4.2. Monopolios y Oligopolios	56
4.3. Posición de Dominio y Prácticas Anticompetitivas	60
4.3.1. Mercado Relevante	65

4.4. Promoción Estatal de la Pequeña Empresa	69
CAPÍTULO V: DEMOCRACIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	77
5.1. Democracia.....	77
5.2. Rol Político de los Medios de Comunicación	79
5.3. Los Medios de Comunicación como Grupos de Presión	83
5.4. Opinión Pública.....	85
CAPÍTULO VI: ANÁLISIS, PERSPECTIVA Y PROPUESTA.....	87
6.1. ¿Existe un Conflicto de Intereses de alcance Constitucional?.....	87
6.2. Sobre los Derechos Económicos	93
6.3. Sobre la Libertad de Información	97
6.4. Pluralismo Informativo.....	102
6.5. Desarrollo Legal del Pluralismo Informativo	104
6.6. Exclusividad, Acaparamiento y Concentración.....	112
6.7. Concentración de Medios: Análisis Comparado	116
6.8. El Caso Peruano.....	122
6.9. Concentración y Mercado Acaparado	131
6.10. Test de Proporcionalidad	133
6.10.1. Sub Principio de Idoneidad.....	134
6.10.2. Sub Principio de Necesidad	137
6.10.3. Sub Principio de Ponderación	140
CONCLUSIONES	148
RECOMENDACIONES	152
BIBLIOGRAFIA	156
FUENTES JURISPRUDENCIALES	164
ANEXOS.....	169

A mis padres Humberto y Julia por sus enseñanzas e incondicionalidad; a Valeria, mi compañera en la vida por todo su amor, apoyo y generosidad; y, a mi hijita Luciana, por cada sonrisa y alegría, personas maravillosas que Dios puso en mi camino y que me brinda la dicha de disfrutar.

AGRADECIMIENTO

En la consolidación de mis estudios de pregrado no queda más que expresar mi profunda gratitud con Dios por darme vida, salud y una maravillosa familia, y a todos aquellos que de una forma u otra me acompañaron, guiaron y me brindaron sus mejores consejos en cada uno de mis pasos por la Universidad.

En la culminación de mi Pregrado y aspirando obtener el título profesional de Abogado, expreso con inmenso orgullo el sentir que llevo al haber sido alumno de la Universidad Ricardo Palma en la Facultad de Derecho y Ciencia Política, la misma que me acogió en sus aulas dándome la inmensa responsabilidad de integrar su primera promoción de egresados en la Escuela Profesional de Derecho

Agradezco así, la oportunidad que me brindaron tanto las autoridades de la Universidad y de mi Facultad al haberme designado en dos oportunidades como miembro del Instituto de Investigación Jurídica y miembro del Comité Editorial en la primera edición de la Revista "*Ius Inkarrí*", pudiendo realizar mis primeros aportes en sus publicaciones.

Así, como confiarme la representación y su respaldo en el VII Congreso Nacional de Derecho Civil en el año 2012 y en el Concurso organizado por el Jurado Nacional de Elecciones en el año 2014, permitiéndome alcanzar significativos logros académicos y poderlos compartir con la comunidad universitaria nacional, llevando conmigo el estandarte de mi casa de estudios.

Al Dr. Iván Rodríguez Chávez, el primer docente que tuve en mi paso por la Universidad en la cátedra de Introducción al Derecho, de quien guardo un especial aprecio, no solo por su enorme calidad de profesional y ser humano sino también, por hacerme participe activo en la formación mis base jurídica. Así mismo, mi admiración y respeto a su exitosa e incansable labor de dirigir con mucho acierto los destinos de nuestra universidad.

Al Dr. Magdiel Gonzales Ojeda, a quien le debo el fortalecimiento de mi vocación profesional y por sobre todo haber inculcado en mí el apasionamiento que ahora siento por el Derecho Constitucional y revelar mi apego en la defensa de los derechos fundamentales. Agradezco sus acertadas críticas y consejos, siendo para mí un gran maestro y amigo.

Tengo que agradecer profundamente a mi asesor de tesis, profesor Renzo Chiri Márquez, por sus orientaciones académicas, valiosos aportes y su permanente atención y ayuda en cuanto gestión haya sido necesaria para que este proyecto llegase a buen puerto; a la profesora Roxana Rodríguez-Cadilla por sus observaciones y objeciones que me permitieron mejorar la línea argumentativa de la investigación. Y al profesor Enrico Huarag Guerrero, quien aportó significativamente en las precisiones y consideraciones técnicas-jurídicas en el desarrollo de la Tesis.

Mi gratitud especial a mis profesores de la rama del Derecho Constitucional que tanto han aportado con mi formación y mi vocación por la defensa de los derechos fundamentales, los doctores Francisco Miro Quezada Rada, Jimmy Marroquín Lazo, Roger Rodríguez Santander, Pedro Grandez Castro, John Paredes Salas, Javier Adrián Coripuna y Edgar Carpio Marcos.

Por otro lado, es justo también que exprese mi agradecimiento a mi amigo y profesor Luis Arturo Lanegra Sanchez, a quien tuve la suerte de conocer y que ya no está con nosotros por voluntad divina; a mis profesores Fernando Rosas y Lorenzo Huertas referentes de la historia peruana de quienes aprendí muchísimo; y, a docentes, maestros y amigos quienes colaboraron con mi formación profesional y personal; Marco Trigoso Suarez, Jairo Cieza Mora, Fort Ninamancco Cordova, Beatriz y Militza Franciskovic, Jorge Luis Godenzi Alegre, Maria Consuelo Barletta, Wilder Tuesta Silva y Felipe Villavicencio.

A mi promoción de egresados "*Primus Inter pares*" por haberme permitido aprender a su lado y superar cada una de las dificultades en nuestra carrera, con el orgullo y responsabilidad de ser la primera promoción en nuestra facultad. Y a mis amigos personales, Ricardo, Rodrigo, Diana, Alberto y Gerardo por su confianza en mí y su amistad.

A mi madre Julia Nuñez, por su paciencia, esfuerzo y dedicación por la unidad familiar y el desarrollo personal de cada uno de sus hijos. A mis hermanas, Lucero y Vanessa, Ingeniera Industrial y próxima Ingeniera Industrial a quienes adoro con todo mi corazón y han sido mis amigas y cómplices durante muchos años. Y, a mi abuelo Luis Nuñez a quien siempre he admirado y le dedico cada uno de mis logros.

A mi padre Humberto, por ser para mí el símbolo de unidad, integridad y perseverancia. Por sus consejos, su amor y valores con los que me he formado, creyendo siempre, - inmerecidamente- en mi potencial y capacidades, gracias por ser siempre mi ejemplo, mi guía, mi amigo y mi padre.

A Valeria Molina Moncada, mi compañera en el camino de la vida, por su amor, paciencia y entrega, por ser siempre pilar en nuestra joven familia y ser mi apoyo y fuerza en cada momento, por permitirme compartir nuestras vidas y crecer como pareja y padres.

Finalmente, agradecer a Luciana Valeria Gil Molina, que sin saberlo, me enseñó a ser una mejor persona cada día, a pensar en los demás, a valorar la Familia y a pensar que cada esfuerzo nunca es suficientemente grande o demasiado pequeño si puedo gozar de su mirada soñadora o de su maravillosa sonrisa.

PRÓLOGO

“El hombre ha nacido libre y por doquiera se encuentra sujeto con cadenas.”

Jean Jacques Rousseau

Este trabajo nació desde la curiosidad que despertó en mí una de las preguntas que, aunque sin mucha complejidad, fue una de las más difíciles de contestar a lo largo de mis estudios en la universidad. ¿Quién es más libre un hombre de la ciudad o un hombre del campo?

Esta pregunta, aunque sencilla en apariencia, englobó una serie de conceptos y experiencias jurídicas que fueron moldeando de alguna manera cual sería la respuesta correcta, al mismo tiempo, subsumió temas relevantes para el Derecho y la sociedad como la libertad y la fragmentación cultural en la que se desarrolla el Perú, estableciendo brechas de acceso y participación entre las personas que habitamos en las grandes ciudades, de aquellos quienes por decisiones políticas o falta de ellas, se han visto aislados de nuestro “progreso”.

La primera respuesta que vino a mi mente fue un producto de la imaginación, tal cual como la tendríamos al pensar en los hermosos

parajes de Macondo de la obra de García Márquez o de la majestuosa descripción de los valles y cordilleras serranas del Perú de las que nos describe acertadamente López Albújar.

Podría animarme a intentar dar una respuesta, casi como quien lanza a volar su imaginación y visualiza a un feliz hombre del campo, sin mayor preocupación que su quehacer diario en el cuidado del ganado, su trabajo de la tierra y en la crianza de sus hijos, un *modus vivendi* en pocas palabras sencillo pero feliz, sin las preocupaciones típicas de la ciudad. Y fue precisamente en ese pueblo aislado, sin ese sinnúmero de reglas y normas a las que nos vemos envueltos y encadenados a cumplir que mi respuesta fue rápida; Y concluí que el hombre del campo era más feliz y mucho más libre, pues tenía menos ataduras.

Luego comprendí que la verdadera libertad no es de la que gozamos al desplazarnos libremente o aquella en la que demandamos que nadie intervenga limitando nuestra voluntad, sino la verdadera libertad es aquella en la que producto de la información que recibimos, procesamos y articulamos, podemos idear, crear y crecer como seres humanos, la libertad de pensamiento.

Es así que un hombre será verdaderamente libre cuando tengamos esa “información” para poder pensar y expresar libremente nuestras ideas, esa libertad tan única que solo poseemos los seres

humanos y que solo podremos ejercer en la medida que nuestro acceso a la información sea el más vasto y plural posible, garantizando que podamos tomar decisiones dentro de una diversidad de opciones posibles y que no estemos restringidos o limitados a las voluntades y pensamientos que se fundan en intereses dirigidos o manipulados.

El hombre de la ciudad es más libre, concluí por segunda vez, pero no por el sólo hecho de habitar en ella, sino, porque será en la ciudad donde deberíamos poder encontrar mayor información y podremos nutrirnos de la maravilla del conocimiento, de la libertad de pensar y expresarnos, gracias a que podemos ser libres de informarnos en todo momento y lugar. Si me preguntasen ahora por quien sería más libre, respondería sin duda, el hombre libremente informado.

INTRODUCCIÓN

En tiempos modernos, las transacciones comerciales, transferencia de acciones y las fusiones y concentraciones empresariales son cada vez más frecuentes. Así, el Perú no es ajeno a ello, la Constitución Política¹ ha reconocido e impulsado el desarrollo económico, estimulando la creación de riqueza, garantizando las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria. Sin embargo, se protege al mercado promoviendo la libre competencia y proscribiendo prácticas monopólicas o que resulten abusivas. Todo ello en concordancia con los demás principios y derechos garantizados en la carta fundamental.

Así, dentro de lo que nos avoca, podemos identificar ahora como un fenómeno natural las tendencias de la globalización y la digitalización sobre todo en el marco del sector empresarial, lo que ha permitido abrir la industria de los medios de comunicación a todo tipo de inversores e intereses. No obstante, la inexistencia de un óptimo total aunado con la escasez de recursos y de oportunidad, impide que los ciudadanos puedan acceder a todo tipo de medio informativo, siendo incluso hasta nuestros días los de producción escrita los de mayor alcance y difusión.

¹ Constitución Política del Perú de 1993, artículo 59°

En ese contexto, esta investigación pretende encontrar la vulnerabilidad en el ejercicio de la libertad de información a consecuencia de un alto margen de concentración empresarial del sector de prensa escrita en el Perú. Y para ello, tomaremos como referencia que el ejercicio de la libertad de información es la pieza angular en el proceso político democrático de los pueblos.

Para analizar esta problemática, es necesario analizar el contenido del régimen empresarial, los conceptos de libre mercado, libre competencia y esencialmente la pluralidad informativa en el marco del sector económico de la prensa escrita; asimismo, abordaremos un profundo análisis sobre la competencia y su ejercicio, así como de las prácticas corporativas que afectan su eficiente desenvolvimiento en el mercado.

Explicaremos como se produce y expresa la concentración empresarial, como podemos medirla y en qué modo afecta al mercado para establecer la necesidad de límites a su ejercicio.

Repasaremos el desarrollo de cual ha venido siendo la problemática en afectación a la pluralidad informativa, en distintos países de América y Europa, así mismo de cuáles son las dificultades que afrontan y que soluciones han venido planteándose o pretenden establecerse.

Abordaremos a modo de ejemplo el caso peruano, que se desenvuelve a razón de una presunta posición dominante de la prensa escrita del Grupo El Comercio, intentando sobre la base de datos facticos, establecer un análisis de proporcionalidad.

Finalmente, en el ámbito profesional, pretendemos llegar a brindar aportes que generen la creación de nuevos actores en el control previo de toda operación económica que busque maximizar ganancias a costa de los competidores. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente señalar que a lo largo de esta investigación, pueda entreverse que la desavenencia o incompatibilidad de los derechos fundamentales en cuestión, no se trata de un conflicto de intereses convencional, sino, de un enfrentamiento entre las garantías del fortalecimiento y vigencia del ejercicio una genuina democracia, frente a los derechos igualmente protegidos de la empresa privada.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción y Formulación del Problema

El presente trabajo pretende conocer en qué medida, la práctica natural de las relaciones empresariales de las sociedades orientadas a producir y gestionar medios de comunicación de prensa escrita en el Perú, pueden fortalecer las instituciones jurídicas, estructuras sociales y económicas en el país; o en su defecto, de qué manera las relaciones comerciales que pudiera generar una posición de dominio en dicho mercado, pueden afectar la institucionalidad democrática, los derechos de los consumidores y el Derecho Fundamental a la Información.

En esta problemática se toma en cuenta la diversificación existente en el mercado empresarial de medios, así como el alcance que estos poseen ya sea a través del margen general de ventas, lectoría o preferencias, con la finalidad de satisfacer las necesidades expresas o implícitas de los consumidores de información.

1.1.1. Problema Principal

¿En qué medida se vulnera el Derecho a la Información como manifestación de la Institucionalidad Democrática, a consecuencia de la Posición de Dominio que pueden ejercer determinados grupos empresariales de Prensa Escrita en el Perú?

1.1.2. Problemas Secundarios

- ¿Se puede considerar al Derecho a la Información como sustento estructural de la Institucionalidad Democrática en el Perú?
- ¿Cómo se afecta el Derecho a la Información a través de la existencia de una posición dominante del mercado de la Prensa Escrita?
- ¿Cómo influye la posición dominante de los medios de prensa escrita en las preferencias y/o tendencias sociales de los consumidores?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo Principal

Identificar en qué medida se vulnera el Derecho a la Información como manifestación de la Institucionalidad Democrática a consecuencia de la Posición de Dominio, que

pueden ejercer determinados grupos empresariales de Prensa Escrita en el Perú.

1.2.2. *Objetivos Secundarios*

- Evaluar si Derecho a la Información es un sustento estructural de la Institucionalidad Democrática en el Perú.
- Analizar de qué manera la posición de dominio de la Prensa Escrita en el Perú puede afectar el Derecho a la Información.
- Describir cómo influye la posición dominante de los medios de prensa escrita en las preferencias y/o tendencias sociales de los consumidores.

1.3. *Importancia y Justificación de la Investigación*

Es a partir de esta investigación que pretendemos realizar un diagnóstico situacional y comparado con respecto a la problemática de la regulación o desregulación en el marco de la concentración empresarial y posición de dominio del sector económico de prensa escrita en el Perú, con específico interés en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, desde una perspectiva que garantice el libre acceso a la pluralidad informativa y del libre ejercicio del derecho a la información a través de diversos medios, y de esta manera, proponer alternativas de solución que fomenten el desarrollo y crecimiento

de este sector económico además de fortalecer las instituciones jurídicos-sociales del Perú.

Resulta trascendental, en la tarea de fortalecer la democracia, identificar cuáles son los factores que afectan el derecho a la información en situaciones donde la posición dominante del mercado, específicamente de los medios de prensa escrita en el Perú ha tomado una importancia preponderante, de ahí que la investigación, demanda un análisis del porqué tendríamos que optar por la regulación jurídica de los medios de información de prensa escrita en el Perú, antes de darle un tratamiento convencional como si de cualquier actividad económica se tratase, sometido únicamente a las reglas del mercado.

La comparación de esta problemática en la realidad de otros países de la región, Estados Unidos y Europa permite obtener un panorama más completo de cómo enfrentar esta falla del mercado, así como el análisis sobre la operación “El Comercio – Erensa”, en el caso peruano, resulta el ejemplo tangible más cercano que podemos estudiar a fin de representar los riesgos que representan en nuestro país.

1.4. Alcances de la Investigación

El alcance de la presente investigación pretende enfocar las actuaciones de los operadores del Derecho y de la prensa, quiénes son los llamados a supervisar, adecuar y optimizar las acciones realizadas por los medios de información; así como su contraste y vigilancia por parte de la población peruana en general, evitando que se afecte el derecho a la información y con ello la institucionalidad democrática del país. También, consideramos que está dirigido al análisis de los diversos sectores involucrados con los medios de difusión, en este caso, el sector periodístico y de comunicaciones.

Convocamos también, la atención de los investigadores, docentes universitarios y los alumnos de pre y posgrado de las Facultades de Derecho, Ciencia Política y de Ciencias de la Comunicación nacionales e internacionales, por lo que finalmente su alcance de carácter interdisciplinario; y, dada las implicancias de la experiencia recogida, se podrán generar incentivos en otros países capaces de mejorar y optimizar nuestra propuesta, en aras de establecer una economía de mercado con verdadera responsabilidad social.

CAPÍTULO II: SISTEMA DE HIPÓTESIS

2.1. Hipótesis Principal

La posición de dominio de un sector de la prensa escrita en el Perú, afecta el derecho a la información, puesto que, en la práctica del libre ejercicio de las reglas del mercado, en el ámbito de los medios de comunicación, no permite generar espacios que coadyuven al cimiento de la institucionalidad democrática en nuestro país.

2.2. Hipótesis Secundarias

- La democracia se sustenta, entre otros, en el libre ejercicio del derecho a la información.
- La posición de dominio de un sector de los medios de prensa en el Perú afecta el desarrollo del derecho a la información en nuestro país.
- La existencia de una posición dominante del mercado sobre los medios de información influye significativamente en las preferencias y/o tendencias sociales de los consumidores / lectores.

SEGUNDA PARTE

CAPITULO III : PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO: BASES TEORICAS Y JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

3.1. Base Teórica Ideológica

El Análisis Económico del Derecho (AED) es sin duda la herramienta de interpretación más difundida en el Derecho Anglosajón, sobre todo a lo largo del siglo XX, con una notoria influencia en el Derecho Peruano, sobre todo en las últimas décadas. Sus representantes más destacados, Richard A. Posner y Guido Calabresi, han contribuido con el interés que se despierta en la especialización de innumerables profesionales del Derecho, sobre todo en abordar temas en los campos del Derecho Patrimonial y de Responsabilidad Civil.

POSTNER², propone que el Derecho debe buscar, entre otros, la eficiencia, por lo que se sostiene en la tesis de la maximización del mercado, es decir, un sistema en el que se maximice la riqueza

² Cfr. POSNER, Richard A. *The Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

obtenida, con el menor sacrificio posible. No obstante, ATIENZA³, más que una teoría aplicable a todo supuesto, la considera más como un método, técnicas o una herramienta que coadyuva a la tarea interpretativa o a la toma de decisiones.

En lo que concierne al desarrollo de esta tesis, consideramos que la propuesta de analizar este tema a la luz de la óptica del análisis económico del derecho, propondría dirigirnos en un análisis económico de las instituciones jurídicas y políticas, además de enfocar al Derecho como una disciplina subordinada de la ciencia económica, capaz de dar luces de predictibilidad frente a sucesos sociológicos de competencia jurídica.

En ese sentido, si bien consideramos la creciente influencia de estas técnicas de interpretación y su utilidad práctica en el sistema jurídico nacional, consideramos también que no todas las materias pueden ser objeto de un análisis bajo ésta intención utilitarista de aplicación e interpretación jurídica, sino que debido a la naturaleza de algunos tópicos, éstos deberían ser tratados desde una interpretación sistemática de los principios constitucionales, la protección de los derechos fundamentales y las disposiciones constitucionales que permitan el sostenimiento del sistema jurídico, de manera que permitan lograr la convivencia y la paz social; así como garanticen las libertades y el funcionamiento de las instituciones civiles y políticas,

³ Cfr. ATIENZA, Manuel. Introducción al Derecho. Barcelona, Barcanova S.A., 1985, pp. 63.

tomando como punto de partida que el ser humano será siempre la finalidad suprema del Derecho, mas no la eficiencia. Justamente por ello, la persona humana y sus instituciones no pueden estar sometidas jurídicamente a las reglas del mercado.

3.2. Modelo Económico y el Rol del Estado en la Economía

Un “modelo” es un conjunto de conceptos relacionados que representan de manera abstracta los hechos que se pretenden conocer y explicar; en ese contexto, un modelo económico se trata de una construcción teórica que pueda ser contrastada con la realidad práctica.⁴

Y es precisamente debido a su utilidad en una realidad concreta, que es posible identificar que, a través de las formas en las que se manifiestan sus variables, los Estados adopten determinadas fórmulas que van dibujando su modelo económico, que, si bien pueden contener raíces similares, su aplicación es diversa en cada país donde se aplique, puesto que serán manifestaciones de una realidad única e irrepetible en función a sus habitantes y conflictos.

⁴ Cfr. SABINO, Carlos. Diccionario de Economía y Finanzas. Ed. Panapo, Caracas. 1991.

Así, un “modelo económico” es una construcción hipotética que incorpora procedimientos económicos que se emplean tanto para describir y explicar la operabilidad de la economía, así como para elucubrar predicciones sobre los hechos y sucesos a fin de establecer sus consecuencias, efectos y posibilidades futuras.

En este sentido, lo que se pretende al utilizar un modelo económico determinado es fundamentalmente, para predecir las actividades económicas, para prescribir nuevas directrices económicas que va a cambiar comportamientos económicos futuros, para justificar las políticas económicas, para la planificación y asignación de recursos y la planificación logística, negocios y para ayudar con la especulación de comercio y la inversión.

Desde otra perspectiva, valdría la pena anotar sobre la diferencia entre “Tipo de Modelo Económico” y “Tipo de Modelo de Política Económica”, las mismas que suelen confundirse en la práctica pese a tener objetivos no necesariamente similares. Por ejemplo, los tipos de modelos económicos agrupan en su conformación un conjunto de variables que se relacionan entre sí en proporciones diferentes, dibujando un panorama de las relaciones humanas en la sociedad.

En otras palabras, un tipo específico de modelo económico será predictivo cuando sea posible describir y explicar un suceso desconocido a partir de modelos descriptivos o explicativos; es también explicativo, en la medida que pueda describir la realidad y las causas que la originan, y será de decisión cuando permita establecer las preferencias e intereses que los sujetos buscan alcanzar.

En ese contexto, un tipo de modelo de política económica podrá diferenciarse de un modelo económico *prima facie*, en tanto que entendemos que la variable principal es la decisión política de los gobiernos al interior de un Estado.

Así, podríamos identificar algunos de los grandes modelos económicos, por ejemplo: el “Modelo de Economía Dirigida”, llamada también modelo de economía centralizada o planificada, donde por lo general los factores productivos deben estar en manos del Estado, el mismo que interviene en el mercado con la finalidad de regular la actividad económica a través de normas de planificación y control.

Así también, el “Modelo Liberal” o de “Economía de Libre Mercado”, es aquel que considera que el mercado crea un ambiente propicio para su autorregulación, garantizando la propiedad privada y la libre competencia.

Finalmente, el modelo llamado de “Economía Mixta”, que conjuga características tanto de la economía dirigida como del modelo liberal clásico, resulta una propuesta intermedia, donde se promueve la doctrina del “Estado de bienestar” o la denominada “economía social de mercado”, ésta última con mayor aceptación en la mayoría de los países con economías sólidas o en camino de serlo.

En nuestro país, el modelo se ha fijado en las últimas décadas en torno a las recomendaciones del Consenso de Washington⁵, la influencia de la globalización y el poder de las economías transfronterizas que llevaron al Perú en la década de los noventa a replantear su cosmovisión económica, la misma que se traduciría en la Constitución Política de 1993.

De ahí que, el modelo económico al que se iría adaptando el Perú tiene algunas manifestaciones que la diferencian de la Constitución predecesora de 1979; por ejemplo: una reforma estructural del Estado de Derecho, en el que la libertad y la democracia se erigen como valores y principios rectores, ello aunado a lo que señala CARRILLO en cuanto al rol de la empresa privada como

⁵ El Consenso de Washington fue un conjunto de medidas o formulas económicas estandarizadas, propuestas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para aminorar el impacto de las crisis económicas en los países en desarrollo. Dichas medidas, aplicadas bajo la óptica de la economía neoliberal proponían entre otros, la reducción del gasto público, establecer un libre comercio evitando barreras arancelarias, privatizar las empresas del Estado y la abolición de las prácticas regulacionistas a fin de establecer un mercado libre y competitivo.

impulsor del desarrollo, el mercado como equilibrio en la asignación de recursos; la apertura de los mercados comerciales, etc., “fueron básicas para el éxito económico logrado en los últimos años, cuyos principios económicos han sido mantenidos por los últimos gobiernos con muy pequeñas variaciones, lo que ha permitido además, conformar una filosofía basada en la doctrina neoliberal y sus recetas.”⁶

Estas manifestaciones que se gestaron con la carta fundamental de 1993, garantizan el libre ejercicio de los privados y la libertad de funcionamiento del mercado; sin embargo, éstas libertades no son del todo absolutas sino que deben guardar armonía con la protección de los intereses comunes y la defensa de la persona en sociedad a través del intervencionismo supletorio, por lo que el Estado Peruano no estaría adoptando un modelo económico netamente liberal ni uno intervencionista, sino por el contrario, un modelo que resulta de la mixtura de ambos, que se condensaría en nuestra Constitución bajo el concepto de economía social de mercado.

En diversas sentencias emitidas por el máximo intérprete de la Constitución, existe siempre una vocación que define, determina y contextualiza el concepto de la economía social de mercado, en su condición de modelo económico que sigue la carta fundamental; así también el INDECOPI se ha preocupado por seguir esta misma línea,

⁶ Cft. CARRILLO RIECKHOF, Carlos. El Modelo Económico Peruano – Análisis y Perspectivas. Consultado en <http://nospinozah.blogspot.pe/2014/01/el-modelo-economico-peruano-por-carlos.html>.

en tanto señala que todo “(...)parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y 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.”⁷

Al Estado, es al que le corresponde crear las condiciones 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 a precios competitivos para los consumidores y usuarios.⁸ De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos y no unos pocos sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.⁹

En este contexto, el Tribunal Constitucional, señala que el papel del Estado se configura desde la defensa del bien común y del

⁷ INDECOP. “Lineamientos sobre Publicidad Engañosa”. Documento de Trabajo. Consultado en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/0/Trabajo_Lineamientos.pdf/ef12a5f8-0d58-4576-b68d-63509cec14fc

⁸ Cfr. STC N° 10063-2006-PA/TC: Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gilberto Moisés Padilla Mango contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la misma que desarrolla el Modelo Económico consagrado por la Constitución Política del Perú.

⁹ STC N° 0048-2004-PI/TC: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º Y 5º de la Ley N.º 28258 -Ley de Regalía Minera, la misma que desarrolla el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto al contenido “social” en la actividad del Estado y de los particulares y la Responsabilidad Social de la Empresa, entre otros.

interés público, (...) así como del desarrollo de las acciones orientadas a propiciar la equidad social. En consecuencia, dicho Tribunal sostiene que, [el estado] tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.¹⁰

Tal como en la Sentencia MORALES DASO, se señala que “la economía social de mercado es una condición fundamental del Estado social y democrático de Derecho y por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.”¹¹ En esa misma línea, RUBIO¹² identifica tres elementos característicos de la economía social de mercado; el bienestar social, el libre mercado y el rol subsidiario del Estado.

Es así como el modelo económico destaca la trascendencia que reviste la presencia de un régimen económico integrado en la Constitución. El Tribunal Constitucional sostiene que “La conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de

¹⁰ Ídem.

¹¹ Cft. STC N° 0048-2004-PI/TC: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1 0, 2°, 3°, 4° Y 5° de la Ley N.º 28258 -Ley de Regalía Minera, la misma que desarrolla el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto al contenido “social” en la actividad del Estado y de los particulares y la Responsabilidad Social de la Empresa, entre otros.

¹² RUBIO CORREA Marcial, La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, FONDO EDITORIAL PUCP, LIMA. Junio 2010, PAG. 184-185

una sociedad. Y, aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo a restar flexibilidad a un régimen, que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.”¹³

Asimismo, señala que “[El] (...) verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales, quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado, que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.”¹⁴

Al respecto, dicho Tribunal citando a BOBBIO¹⁵ precisa que “(...) por debajo de la “no libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no libertad” más profunda [...] y más difícilmente extirpable, la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso de la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno (...)”.

Con la misma línea de pensamiento y en atribución a la tarea de interpretar las disposiciones constitucionales el Tribunal Constitucional sostiene que “Las acciones del Estado deben estar

¹³ STC. N.º 0008-2003-AI/TC: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, la misma que trata sobre la Constitución Económica, sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico, Economía Social de Mercado, Libre iniciativa privada, libertades patrimoniales que garantiza el económico del Estado.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ DE LA VEGA Pedro en NEOLIBERALISMO Y ESTADO, En: PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL, AÑO N.º IV. N.º 4, 1997, PAG. 34

vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia accesorio que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.”¹⁶

Al tener claro el panorama acerca de cuál es la función del Estado respecto a su actuar económico en favor del desarrollo nacional, cabe mencionar que su rol no se agota en los supuestos mencionados, sino que ha de determinarse conforme a las necesidades que pudieran ir apareciendo producto de las prácticas y relaciones cotidianas del mercado y sus agentes.

A lo largo de la historia, diversas escuelas económicas han discutido el rol que le corresponde al Estado en su vinculación con la economía, por un lado, la escuela clásica representada por Adam Smith sostenía el “*laissez faire*” y la mano invisible del mercado, aceptado con ello la teoría de la autorregulación del mismo; por otro lado, Karl Marx sostuvo la teoría de abolición del capitalismo y las clases sociales; y, finalmente dentro de las teorías clásicas, John Maynard Keynes señalaba que debiese existir un rol activo por parte de los gobiernos frente a la economía. En la actualidad es posible reconocer que la mayor parte de economías son mixtas, y el Perú no es la excepción; En consecuencia, podemos afirmar que el gobierno y

¹⁶ STC N°. 02736-2004-AA. Recurso de agravio constitucional sobre el contenido de la libertad de contratación.

el mercado comparten responsabilidades y contribuyen en cuanto a los asuntos económicos del Perú.

En ese contexto, la función estatal tendrá una característica protectora en la medida que protegerá la competencia, pues entiende que la ley de oferta y demanda, relación entre productores y consumidores se autorregulan y autogestionan, determinando los precios en el mercado, por lo que la existencia de monopolios quedaría proscrita, una imagen de ello se consagra en el artículo 61° de la Constitución. No obstante, como hemos mencionado, el rol del Estado en la economía no puede agotarse en sus funciones o máximas disposiciones, sino que se complementa con la actuación y participación de las instituciones.

En este contexto, la “Economía Social de Mercado” es una convergencia si bien imperfecta, funcional para optimizar el desarrollo de un país. Para el economista mexicano VILLAREAL, “El nuevo rol del Estado es de un promotor dentro de un marco [jurídico] establecido -Estado de Derecho- que evite el abuso de funciones, donde el mercado tiene establecido su correcto funcionamiento, esto requiere un Estado más eficiente, esto significa donde funcione el mercado dejarlo funcionar, y reorientar el mercado en sus distorsiones, donde no existe el mercado crearlo y fomentarlo. El mercado no son sólo los empresarios, ni el gobierno configura

únicamente y complementa los elementos de mercado, existen factores que necesitan ser reconstruidos: Estado de Derecho, acceso pleno a información, cultura y valores, sistema político y participación abierta a las organizaciones.”¹⁷

3.3. Libertad de Empresa

El profesor ARAGON REYES señala que la libertad de empresa “es una libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte.”¹⁸

Como hemos venido señalando, el Perú ha optado por el modelo de una economía social de mercado, y es en este contexto que una de las manifestaciones más notables resulta el de las libertades que se consagran en la Constitución que favorecen tanto la iniciativa privada, la creación de riqueza, el fomento de trabajo, la libertad de comercio e industria, entre otras.

¹⁷ VILLARREAL, Rene. La Nueva Economía Institucional y el Estado de Derecho. Instituto de Investigación Jurídica, UNAM, 1995.

¹⁸ ARAGON Reyes, Manuel. “Constitución y modelo económico”, capítulo del libro “Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado” Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 386.

Específicamente, la libertad de empresa de cierta manera podría englobar gran parte de estas manifestaciones; sin embargo, ya que el modelo económico peruano vela por el respeto al contenido “social” de toda la generación económica cabría preguntarnos sobre el origen de la libertad de empresa, ¿De qué forma el Perú adopta esta libertad y como se garantiza? Definir el contenido esencial y analizar si se trata de una libertad ilimitada.

El origen del concepto de libertad de empresa tal como lo ha venido sosteniendo GALGANO tiene como antecedente próximo la revolución francesa, específicamente cuando luego de la revolución, se instauró el principio de libertad de comercio y de industria paralelamente a la proclamación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable, esto bajo un sistema económico autosuficiente y como consecuencia del derecho natural y de una política anti estatal.¹⁹

Posterior a ello, será con la Constitución de Cádiz de 1812 que el reino de España reconoce como derechos individuales la libertad de imprenta, inviolabilidad de la propiedad y obligaciones como la tributación por rentas económicas, entendiéndose que existía una vocación por generar riqueza para el Estado y al mismo tiempo crear un manto protector sobre los generadores.

¹⁹ Cfr. GALGANO, Francesco. Derecho Comercial: El Empresario. TEMIS, Bogotá, 1999, p. 120. Título original: Diritto commerciale. L'imprenditore. Terza edizione, 1989.

Imbuidos por la experiencia española, y a lo largo del desarrollo constitucional del Perú, permanecieron todos estos derechos y obligaciones como contenido aislados, pero de sumo interés nacional, sin embargo, no existió propiamente una referencia a un sistema que pueda circunscribir todo ello y definir un modelo económico propio.

Ahora bien, es con la Constitución de 1979 que se instala por primera vez un título en la carta fundamental que desarrolló un “Régimen Económico”. Tal vez uno de los aspectos más resaltantes de este cuerpo constitucional en su artículo 110°, en el que sostiene que el régimen económico peruano “(...) se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.”²⁰

Con ello podríamos ir considerando que el enfoque económico estaba vinculado y dirigido a satisfacer las necesidades generales y no los intereses específicos de lucro o riqueza. No obstante, ello, se garantizó el pluralismo económico, con la especial anotación que el Estado podía ser parte activa de este juego plural de agentes y ejercer actividad empresarial como cualquier otra privada.

²⁰ Constitución Política del Perú de 1979, artículo 110°

Con esta breve aproximación sobre la Constitución de 1979, es posible que podamos identificar que independientemente de la ideología política del gobierno de turno, la Constitución permitía que el Estado no sólo participe activamente en el mercado, sino que incluso bajo su poder, influir, controlar e incluso, como hemos visto en la práctica, condicionar las reglas de un mercado intervenido.

Por el contrario, en su sucesora de 1993 es posible advertir un Estado con un rol más pasivo pero vigilante de la actividad empresarial, se trata de un Estado orientador de políticas, promotor de servicios públicos e infraestructura, garantista y vigilante de la libre competencia. Apreciando que no se desprende totalmente de la posibilidad de intervenir en el mercado, pero esta vez con un papel subsidiario en la actividad empresarial y solamente por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Es con este reconocimiento constitucional que ha sido suscrito también por el Tribunal Constitucional peruano, “(...) la libertad de empresa se erige como un derecho fundamental que garantiza a todas las personas el participar en la vida económica [del país], y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover la economía social de mercado y el rol del Estado en materia económica sustentados en la Constitución.”²¹

²¹ STC. N.º 03479-2011-PA/TC: sobre derechos de consumidores y usuarios. Cfr. con STC. N.º 3330-2004-AA y 1405-2010-AA: sobre el contenido de la libre contratación y la autonomía privada.

Así, el artículo 59° de la Constitución, reconoce a la “Libertad de Empresa” la misma que ha sido entendida por nuestro TC como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Teniendo como marco una actuación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le pondrá límites a su accionar. Dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley.²²

En otro orden de ideas, si bien las disposiciones constitucionales sobre el régimen económico del Estado y específicamente del modelo de la economía social de mercado que garantiza la libertad empresarial son poco tangibles, es preciso poner énfasis sobre lo que se ha de considerar como el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. Por lo que cabe establecer que éste derecho abarca tres libertades diferentes.

La primera de ellas, la “libertad de acceso al mercado”, a la luz de la constitución refiere el TC “(...) que cualquier agente económico, público o privado, puede, en condiciones de igualdad, iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la

²² STC. N° 0008-2003-AI/TC: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, la misma que trata sobre la Constitución Económica, sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico, Economía Social de Mercado, Libre iniciativa privada, libertades patrimoniales que garantiza el económico del Estado.

creación de una empresa, bien mediante la adquisición de empresas ya existentes. Esta libertad se proyecta sobre todas las actividades o sectores económicos.”²³ Sin perjuicio de lo mencionado, cabe mencionar que el Estado tiene una doble obligación: por un lado, su propia actividad debe respetar las reglas del mercado; y por otro, deben formular y establecer todos los mecanismos necesarios a fin de salvaguardar la regla de la libre competencia. Ya que como veremos más adelante, la libre competencia se garantiza con la posibilidad de incursionar sin desigualdades a un mercado abierto.

En segundo lugar, la “libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado”, consiste en la libertad del empresario o conjunto de ellos de dirigir interna y externamente la empresa, así como del modo de realización de su actividad económica en respeto al orden jurídico. En esta libertad se consolidan los derechos de los accionistas para dirigir, planificar, organizar y proteger su negocio.

Y, finalmente, la “libertad de cesación o de salida del mercado”, la misma que refiere el derecho del dueño o dueños de la empresa a dejar de desarrollar en cualquier momento y sin expresión de causa la actividad empresarial que llevaba a cabo.

En este contexto de libertades y garantías, el Estado tiene la obligación de vigilancia sobre las actividades económicas y la

²³ EXP. N° 01405-2010-PA/TC. Fundamento del 17 sobre libertad de empresa

actuación de los agentes, ello debido a que cuenta con una función supervisora, reguladora y correctiva, de la que trataremos más adelante. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional refiere que lo señalado precedentemente no significa, que pueda existir intervenciones arbitrarias e injustificadas en el ámbito de la libertad reservados para los agentes económicos.²⁴

3.4. El Libre Mercado y sus manifestaciones

Indudablemente, como se ha señalado, una característica del modelo económico peruano es la concepción de un libre mercado, el mismo que genera entre sus prácticas cotidianas la libertad de actuación de las empresas, que en su mayor expresión se traduce en la libertad de contratación. Como corolario del libre mercado, debemos avocarnos a tratar sobre la iniciativa privada.

La carta de 1993 señala que la iniciativa privada es el derecho fundamental de toda persona natural o jurídica a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica del país. Ello sugiere que toda persona sea esta natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar con autonomía plena la actividad que prefiera dentro de los límites que establece la ley. En ese sentido, RODRIGUEZ señala que

²⁴ STC. N.º 0008-2003-AI/TC: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, la misma que trata sobre la Constitución Económica, sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico, Economía Social de Mercado, Libre iniciativa privada, libertades patrimoniales que garantiza el económico del Estado.

las empresas “(...) puede[n] producir bienes, prestar servicios o dedicarse a la distribución de los bienes actividades que se encuentran en línea con la economía social de mercado.”²⁵

Asimismo, señala que “(...) se puede afirmar que la iniciativa privada consiste en la actividad realizada por una persona natural o jurídica, nacional o extranjera sobre adquisición de activos, proyectos productivos, servicios, obras de infraestructura, entre otras actividades que puedan ser ejecutados con la participación del sector privado. Siendo así, la iniciativa privada no puede ser obstaculizada dentro de la actividad económica, siempre que actúe dentro del marco que establece el Derecho y sea ejercida en una economía social de mercado.”²⁶

El referido autor, señala que en “el contexto de la libre iniciativa privada, el segundo párrafo del artículo 63° de la Constitución establece que la producción de bienes y servicios es libre. En general, la iniciativa privada libre tiene como límite no colisionar con los intereses generales, mientras que el poder estatal tiene como límite a la iniciativa privada libre. Así, bajo un régimen de economía social de mercado, la regla es la iniciativa privada libre y la excepción, la intervención del poder estatal.”²⁷

²⁵ RODRIGUEZ CAIRO, Vladimir, Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, QUIPUKAMAYOC – revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 4 N° 45 pp.127 (2016) UNMSM, Lima

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem. pp. 128

En otras palabras, el libre mercado garantiza que la iniciativa privada se desenvuelva en el libre juego de la oferta y la demanda y lo que a su vez determine la actividad de cada agente económico (principio de la mano invisible del mercado). Por lo que lo que la ausencia de producción legislativa que regule el mercado es una característica propia del pensamiento del libre mercado, pues éste debe ser autosuficiente para autorregularse sin intervencionismo estatal, pues a través de la “mano invisible del mercado” se crean estímulos o incentivos para producir o no, determinado por las utilidades que el comercio genere.

Por otro lado, en el marco de las libertades protegidas por lo que denominamos constitución económica, se encuentra de lo que hablamos al inicio del presente subtítulo, el “derecho a la libre contratación”. La Jurisprudencia Constitucional de los últimos años ha sostenido la idea que la “Libre Contratación” o “Libertad de Contratar”, son derechos económicos que surgen de la expresión de la autonomía privada de las la personas naturales o jurídicas, en donde puede decidir cómo, cuándo y con quién se contrata.

El derecho a la libre contratación garantiza *prima facie*²⁸: a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así

²⁸ Cfr. STC N.º 0004-2004-AI/TC, N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (acumulados): Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de

como la potestad de elegir al co-celebrante; y b) Autodeterminación para decidir de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Y con el ejercicio de esta libertad y con el subsecuente acuerdo que formalizado da existencia a un contrato, sus efectos y consecuencias (contraprestaciones, valor, participación en el mercado, etc.) se encuentran garantizados por las mismas disposiciones constitucionales que dieron origen al contrato celebrado.

Pero en este punto cabe la posibilidad de precisar si por el solo hecho que un contrato se encuentre enmarcado y garantizado en respeto de las normas, sus efectos o consecuencias podrían ocasionar afectaciones a los derechos o intereses de terceros, estableciendo con ellos externalidades que no necesariamente deberían ser asumidas por quienes deberían beneficiarse del producto final.

Abogados del Cusco, el Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19° y 20° del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad, sobre la vigencia, validez, derogación e inconstitucionalidad de las normas. Así como el desarrollo de la libertad contractual.

3.5. Protección al Consumidor o Usuario – Límites a la Libertad de Empresa

El Consumidor-Usuario es el fin de toda actividad económica, es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios.²⁹ Ciertamente el Tribunal Constitucional replica el notable valor que recoge la Constitución sobre estas categorías, no obstante, una de las situaciones que generan riesgo a los derechos de los consumidores y al mismo tiempo son las responsables del desequilibrio del mercado, es la competencia desleal.

El Artículo 61° de la Constitución señala que el Estado tiene el deber de proscribir y combatir toda práctica que limita la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas.³⁰ De este modo, se advierte que no es posible admitir el presupuesto en el que productor único pueda satisfacer la demanda de todos los consumidores, pues existe el riesgo potencia de caer en determinaciones del precio y cantidad de bienes o servicios a ofrecidos.

²⁹ Cfr. STC. N° 0858-2003-AA/TC: Recurso extraordinario interpuesto por doña Leyler Torres del Águila contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, sobre deberes especiales de protección de los derechos de los usuarios y consumidores.

³⁰ Constitución Política del Perú, artículo 61°

Asimismo, y en cuanto al otro deber del Estado respecto de la economía, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “(...) el Estado debe evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores o clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.”³¹

Del igual forma, el mismo Tribunal ha desarrollado interpretaciones sobre la base de los contenidos esenciales a los derechos económicos, por un lado, el llamado “núcleo duro” “(...) de las libertades económicas constituye un límite al poder estatal, también es cierto que, por otro lado, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora, correctiva y reguladora. Ello sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de la libertad para la actuación de los individuos del mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, mantenga su función garantizadora y hetero

³¹ STC. N.º 0008-2003-AI/TC: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, la misma que trata sobre la Constitución Económica, sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico, Economía Social de Mercado, Libre iniciativa privada, libertades patrimoniales que garantiza el económico del Estado.

compositiva.”³² “Y es 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.”³³

Finalmente, a través del principio de integración constitucional, el supremo interprete constitucional señala que “(...) el ejercicio de las llamadas libertades económicas no se concibe como fin en sí 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”.³⁴

³² STC. N° 01963-2006-AA: Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L., sobre afectaciones a la libertad contractual, libertad de empresa y libre iniciativa privada.

³³ Ídem.

³⁴ STC. N° 00034-2004-AI: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Nicanor Maraví Arias, sobre el rol de Estado en la economía según la Constitución de 1993, libertad de empresa y libre iniciativa privada.

3.6. La Función Reguladora

En las últimas décadas en el Perú, se ha visto un fuerte proceso de privatización de las empresas públicas, sobre todo de aquellas que se encontraban en manos del Estado a inicio de los noventa. En primer lugar con la privatización de empresas destinadas a servicios de infraestructura pública e instituciones financieras, alcanzando incluso a los servicios sociales como educación y salud.

El profesor RIVERA sostiene que “queda en evidencia que las modalidades históricas del intervencionismo estatal están dando paso a la política reguladora y de promoción de la competencia del Estado como las modalidades principales que asume la intervención pública en la economía. Incluso cuando se rechaza la privatización, se buscan fórmulas orientadas a entregar autonomía a los entes que permanecen públicos, como hospitales, escuelas y otras entidades, reservándose el Estado central el papel de regulador, para lo cual, se crean nuevas instituciones encargadas de supervisar el desempeño tanto de las empresas privadas como de las unidades operativas de diversas áreas del sector público que actúan de manera autónoma.”³⁵

Para entender el fenómeno de la regulación y en que consiste su actuación en el mercado hay que remontarse a sus orígenes;

³⁵ Cfr. RIVERA URRUTIA, Enrique. Teoría de la Regulación desde las Perspectiva de Políticas Públicas. Revista Gestión y Política Pública, Volumen XIII, Numero 2, II Semestre, 2004, pp. 310

podríamos señalar que el origen de la regulación es tan antigua como la aparición del Estado, recordemos que desde su surgimiento, muchas han sido las facultades designadas a diversas autoridades con la finalidad de ejercer un rol de control sobre las actividades humanas, por lo que podríamos señalar que en sus inicios, la regulación no colocaba su mirada sobre las empresas necesariamente, sino sobre la base de las personas.

No obstante ello, con la aparición de nuevas políticas públicas y nuevos modelos económicos, se produce un *boom* en la industria, siendo las empresas quienes empezarían a tener un mayor protagonismo dentro del movimiento comercial y económico de un Estado. Sin perjuicio de su notoria importancia en los países subsistía la incertidumbre de dejarlo todo al libre albedrío de la voluntad económica, por lo que el Estado mantenía siempre un rol intervencionista, tal como lo hemos podido observar en los modelos económicos de este corte en capítulos precedentes.

El hecho que sin duda abre el camino a la regulación económica en sí, es el “Crack del 29”³⁶; en realidad llegar al declive económico de finales de la década de los años veinte, no es un fenómeno que se suscitara de un momento a otro, sino que fue un

³⁶ El 24 de octubre de 1929 se produjo en los Estados Unidos de América la caída de la bolsa de Nueva York, en el que 16 millones de títulos que se cotizaban a la baja, no encontraron demandantes, lo que provocó la quiebra de miles de inversionistas. Teniendo como consecuencia económica, la paralización de las inversiones, el agotamiento del stock, y quiebra de empresas lo que desencadenó un aumento significativo del desempleo, extendiendo sus efectos a todos los países cuyas economías eran dependientes de EE. UU.

proceso de innumerables desaciertos que facilitaron que un problema económico fuese evolucionando hasta convertirse en de una crisis económica de alcance global.

La denominada “*laissez faire*”, tan bien recibida por los economistas que se encuentran a favor del libre mercado a ultranza y sin restricciones, es una práctica adoptada por Estados despreocupados por el funcionamiento del mercado y su rol en la economía.

Es en este contexto que, en los Estados Unidos, el economista Keynes y su escuela, propusieron una fórmula capaz de enfrentar a la crisis del 29, pero a cambio de ello, habría que romper con esa política despreocupada que se mantenía de muchos años. Lo primero consistía en conocer el funcionamiento de los monopolios naturales y cómo afrontarlos, de esta manera se instaló un amplio régimen de regulación de dichos monopolios que incluía los servicios públicos.

Resulta importante la tesis sostenida por CHANG en tanto que “Todas estas regulaciones estaban orientadas a mejorar la eficiencia asignativa, como respuesta a las economías de escala, y la eficiencia productiva, a compensar la ausencia de “presiones competitivas”, a prevenir la competencia excesiva que a menudo había llevado a

“guerras de precios” desestabilizadoras y para asegurar el acceso universal a los servicios.”³⁷

Complementariamente, consideramos que las denominadas fallas de mercado son “ratio” para que se produzca la intervención Estatal en la economía. Según PIGOU “en cualquier industria, donde haya razón para creer que el juego libre de los propios intereses hará que una cantidad de los recursos sean invertidos de manera distinta de lo que sería necesario para favorecer los intereses del bienestar nacional, hay, *prima facie*, una ocasión para una intervención pública”³⁸

Sin embargo, las corrientes que se gestaron a partir de la idea de la intervención pública se verían diferenciadas por diversos factores, de esta manera surgen diversas teorías económicas sobre la regulación.

La “Teoría Tradicional de la Regulación”, sostenida por RIVERA al igual que su recopilación sobre las demás teorías, señala que “La esencia de la regulación es el reemplazo explícito de la competencia por las órdenes gubernamentales como el mecanismo principal que asegura un buen desempeño. La prescripción gubernamental directa de los principales aspectos de su estructura y

³⁷ Chang, Ha-Joon (1995), *The Evolution of Perspectives of Regulation in the Postwar Era*, Economic Development Institute, World Bank.

³⁸ PIGOU, Arthur, *The Economics of Welfare*, 4th ed. London, Macmillan, 1932

desempeño económico, control de la entrada, fijación de precios, prescripción de la calidad y condiciones de servicio y la imposición de la obligación de servicio en condiciones razonables.”³⁹

Así también, dicho autor aúna a su trabajo la “Teoría Económica de la Regulación”, consistente en que la regulación es el uso que hace la industria en su propio beneficio del poder de coerción del Estado; no obstante la posición teórica de la nueva economía institucional señala que la regulación es “una forma muy incompleta de contratación de largo plazo en la que se asegura: *i)* al regulado una tasa de rendimiento justa en general, a cambio de la cual, *ii)* se introducen ciertas adaptaciones a las circunstancias cambiantes sin el costoso regateo que acompaña a tales cambios cuando las partes del contrato disfrutan de una autonomía mayor.”⁴⁰

Finalmente, la “Teoría de la Regulación” y promoción de la competencia, RIVERA sostiene que es aquella “que se diseña como un mecanismo de incentivos donde el gobierno es el principal y la empresa regulada, el agente. La regulación por incentivos “*incentive regulation*”, se define como la implementación de reglas que animan a la empresa regulada a alcanzar los objetivos deseados por el regulador, entregando ciertos grados de discreción a la firma.”⁴¹

³⁹ RIVERA URRUTIA, Enrique. Teoría de la Regulación desde las Perspectiva de Políticas Públicas. Revista Gestión y Política Pública, Volumen XIII, Numero 2, II Semestre, 2004, pp. 312 (Cuadro 1. Debate teórico en torno a la regulación)

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

Por su parte, LIPIETZ⁴², señala que “el concepto de regulación hace referencia a la manera en que las relaciones sociales se reproducen en el tiempo a pesar de su carácter conflictivo y contradictorio”, refiere también que “las crisis económicas mayores y los momentos de cambio estructural emergen cuando ya no pueden ser contenidos los conflictos que caracterizan a las relaciones sociales. Por ende, sostiene que regulación y crisis constituyen dos caras distintas de un proceso de acumulación.”⁴³

Por su parte, AGLIETTA⁴⁴ sostiene que “(...) aunque parte de las características propias del modo de producción capitalista. Sostiene que dado que la dinámica de la acumulación de capital no contiene mecanismos que la autolimiten -lo cual la hace fuertemente inestable-, resulta necesario la existencia de instituciones sociales que medien en los conflictos. Tomando esto en cuenta, define el modo de regulación como el conjunto de mediaciones que garantizan que las distorsiones generadas por el proceso de acumulación de capital sean canalizadas de modo tal de generar una configuración coherente y estable, que asegure la compatibilidad de las acciones de los distintos actores.

⁴² Cft. LIPIETZ, A. "Accumulation, crises and way out. Some methodological reflections on the concept of 'regulation'". *International Journal of Political Economy*, Verano 1988, Volumen 18.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ AGLIETTA, M. (1998). "Capitalism at the turn of the century: regulation theory and the challenge of social change". *New Left Review*, noviembre-diciembre 1998, Nº 232.

Asimismo, BOYER⁴⁵, por su parte sostiene que “(...) uno de los debates tradicionales de la economía política se basa en la contraposición Estado-mercado. Hasta la crisis de 1929, en la ortodoxia económica imperaba la creencia en el libre funcionamiento del mercado, concepción que cambió con el auge del keynesianismo y las importantes intervenciones estatales en los mercados de dinero y de trabajo. A partir de década de 1970, comienza una etapa en la que, nuevamente, el discurso imperante es el de la eficiencia del mercado y aumentan las demandas de desregulación de la economía y apertura al comercio internacional. En este contexto, los gobiernos nacionales pierden importantes herramientas de política fiscal y monetaria.”

Pero, el resultado de estas teorías y las propuestas de los teóricos que han venido reformándolas no son del todo felices, han tenido posturas detractoras y críticas a su teoría de regulación. Por ejemplo, GAJST señala que “La escuela de la regulación es criticada alegando que se basa en un enfoque funcionalista, por su énfasis en el estudio de las instituciones que garantizarían la estabilidad social. Sin embargo, como ya se vio, los autores regulacionistas pretenden analizar tanto los períodos de crecimiento estable como los momentos de crisis, y afirman que ambos son constitutivos del modo de producción capitalista. Por otro lado, el enfoque de la regulación se

⁴⁵ BOYER, R. (1989). La Teoría de Regulación. Un análisis crítico., Área de Estudios e Investigaciones Laborales de la SECYT, CEIL/CONICET, CREDAL/CNRS, Buenos Aires, Humanitas.

opone a las interpretaciones funcionalistas a priori, es decir, no se sostiene que el fordismo fuera la consecuencia necesaria de la etapa histórica anterior, sino que fue uno entre numerosos modos de desarrollo posibles, que finalmente resultó ser el dominante, durante cierto período y en determinado lugar.”⁴⁶

Aunque no es del todo fallido expresar que lo que se busca a través de la existencia de un regulador sea también la optimización del mercado y la eficiencia empresarial evitando que surjan prácticas que vulneren la competencia.

Entonces podríamos entender que la existencia de un regulador que pueda intervenir en las operaciones empresariales se encuentra direccionada a buscar la eficiencia de dicha intervención, por lo que a priori una regulación eficiente tendría un carácter supletorio o en todo caso complementario, propio de un rol de vigilancia y control, para lo cual el objetivo central sería establecer reglas que impongan presupuestos de restricción mínima a la actividad económica.

Los principios que debería aplicar un regulador eficiente en el mercado se sustentan en la justificación de un interés general para su intervención, la proporcionalidad constituye un elemento de equidad y garantía de la seguridad jurídica en tanto las medidas aplicadas por el

⁴⁶ GAJST, Natalia. La escuela francesa de la regulación: una revisión crítica, Universidad de Buenos Aires – CONICET, vol.13 no.1 Miguel Lanus ene./jun. 2010

regulador deban ser apropiadas y razonables para atender la falla o deficiencia del mercado.

Con ello, podemos considerar que los reguladores son -a consideración del Tribunal Constitucional- “(...) organismos autónomos, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, a quienes corresponde la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar o quebranten las reglas de mercado que garantizan un competencia eficiente y leal.”⁴⁷

Así, el Tribunal Constitucional en otra sentencia se ha referido al rol del “regulador, señalando que “El papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.”⁴⁸

Es evidente que el criterio que ha tenido el supremo interprete de la Constitución, construye una crítica fuerte a la inacción estatal y

⁴⁷ STC. N.º 2939-2004-AA/TC: Recurso extraordinario interpuesto por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo contra la resolución de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, sobre organismos reguladores, y otros.

⁴⁸ EXP. N.º 0008-2003-AI/TC: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, la misma que trata sobre la Constitución Económica, sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico, Economía Social de Mercado, Libre iniciativa privada, libertades patrimoniales que garantiza el económico del Estado.

en parte a corrientes económicas que colocan al Derecho como una herramienta utilitaria de la economía, “El absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa que la mejor regulación de la economía es la “no regulación” es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad, un vicio.”⁴⁹

En consecuencia, habrá de comprenderse qué objetivos tendrá un ente regulador, pues en atención a ello habrá mayor o menor injerencia en las actividades comerciales de las empresas en el mercado, siendo cautelosos de crear un ámbito de protección en el que se dé cumplimiento a las disposiciones constitucionales que garantizan la empresa privada y su libre ejercicio.

Finalmente, el Tribunal Constitucional acerca del rol de los organismos reguladores sostiene que “(...) el regulador (...) tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público o aquellos cuyos productos o servicios lleguen a los consumidores finales, hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado.”⁵⁰ Pero por

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ STC. N.º 0008-2003-AI/TC: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, la misma que trata sobre la Constitución Económica, sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico, Economía Social de Mercado, Libre iniciativa privada, libertades patrimoniales que garantiza el económico del Estado.

sobre todo ello, si no se evita incurrir en prácticas anticompetitivas que afecten seriamente el mercado y su directa vinculación con el consumidor.

CAPÍTULO IV: ALCANCES Y LÍMITES DE LA LIBRE

COMPETENCIA

4.1. La Libre Competencia

El modelo económico peruano se desenvuelve en un libre mercado, generando lo que denominamos “Libre Competencia”, la misma que a la luz de lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano “(...) es un componente esencial del régimen constitucional económico [el cual] garantiza la coexistencia y concurrencia de una pluralidad de agentes económicos en el mercado y que la determinación de los precios de los bienes y servicios que se ofertan, se fijan libremente por acción de la ley de la oferta y la demanda.”⁵¹

Aunque en principio las definiciones de libre mercado y libre competencia se acercan, es que, en esta última, el Estado tiene mayor participación, pues si bien, se procura evitar el intervencionismo estatal, si se garantiza desde el ordenamiento jurídico que no se vea afectada por situación externas o por prácticas que afecten su libre desarrollo.

Dispone el artículo 61° de la Constitución que “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el

⁵¹ STC N° 00010-2014-PI/TC. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 29947. Ley de Protección de la Economía Familiar

abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios⁵². Asimismo, HAYEK considera que “La competencia produce una adaptación a innumerables circunstancias que en su totalidad no son ni pueden ser conocidas por ninguna persona o autoridad, de suerte que esa adaptación no puede lograrse a través de la dirección centralizada de toda la actividad económica.⁵³

En esa línea, la libre competencia es no es compatible con la posición dominante o monopólica. El referido artículo constitucional sostendría lo que en palabras de RODRIGUEZ sería “(...) que no hay concertación que, constitucionalmente hablando, pueda autorizar ni establecer monopolios, ni por decisión de personas particulares ni por decisión gubernamental. Según lo expresado en el párrafo anterior, nuestra Constitución prohíbe expresamente los monopolios establecidos por ley. Esto quiere decir contrario sensu, que desde la carta magna no se observa dicha restricción dirigida hacia la aparición o constitución de monopolios privados, sean estos monopolios naturales o convencionales. Así, la libre competencia es un principio sobre el cual se inspira una economía de mercado.”⁵⁴

⁵² Constitución Política del Perú, artículo 61°.

⁵³ HAYEK, Friedrich. Estudios de Filosofía, Política y Economía. Segunda edición (edición original 1967). España. Unión Editorial S.A. pp. 362

⁵⁴ RODRIGUEZ CAIRO, Vladimir, Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, QUIPUKAMAYOC – revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 4 N° 45 pp.127 (2016) UNMSM, Lima

Así, la Libre Competencia se basa conforme refiere el citado autor, “(...) en la libre concurrencia de la oferta y la demanda, precios libres y ganancias libres; esto es, productores y consumidores concurren al mercado en igualdad de condiciones, de tal manera que los más eficientes tienen la posibilidad de hacer mejores negocios. En definitiva, la competencia disciplina a las empresas y protege a los consumidores. A mayor competencia mayor bienestar. La libre competencia es un principio económico por el que la oferta, la demanda y la iniciativa privada determinan el equilibrio del mercado. La competencia está basada en la libertad de decisión de consumidores y productores, en un contexto en el que las reglas de juego son claras e iguales para todos y se cumplen efectivamente. Sin embargo, en algunos casos, debe compaginarse con ciertas restricciones que permitan proteger el interés público.”⁵⁵

Finalmente, y conforme a lo señalado por Tribunal Constitucional: El concepto de libre competencia que desarrolla la Constitución Política del Perú, supone dos aspectos esenciales:

a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos. Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la 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

⁵⁵ *Ibíd.*

impedir o restringir dicha participación; y b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado. Es evidente que, tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda.⁵⁶

Finalmente, la competencia es para RODRIGUEZ “(...) el objetivo prioritario y la regulación el instrumento o medio necesario para defender la competencia. En consecuencia, el Estado debe combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, las cuales también limitan o pueden limitar la libre competencia. Para que exista y funcione el mercado con corrección, es preciso en muchos casos que el Estado cree un sistema jurídico-institucional adecuado. No obstante, lo señalado, el Estado interviene en la economía para lograr un mejor funcionamiento de la libre competencia, de tal forma que los recursos se usen de manera eficiente. Por tal razón, la intervención del Estado debe tener esa finalidad específica.”⁵⁷

⁵⁶ Cfr. STC N°3315-2004-AA/TC. Sobre límites a la libre competencia

⁵⁷ RODRIGUEZ CAIRO, Vladimir, Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, QUIPUKAMAYOC – revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 4 N° 45 pp.127 (2016) UNMSM, Lima, pp. 133

4.2. Monopolios y Oligopolios

Desde la prohibición de los monopolios en la Constitución de 1979⁵⁸, ha existido un intento por prohibir su funcionamiento en el sistema jurídico peruano; este rechazo proviene según algunos teóricos, de la poca comprensión que se ha tenido en éste tema. No obstante ello, pese a la disposición constitucional prohibitiva, los monopolios y oligopolios han seguido existiendo durante toda la vigencia de dicha Constitución.

La razón que explicaría por qué este fenómeno trasciende el mandato constitucional radica en su utilidad y eficiencia en el mercado. En palabras de BULLARD⁵⁹, “en la mayoría de casos, fue el propio Estado el que los creó y mantuvo a través de limitaciones a la libre competencia (barreras a la importación, licencias de exclusividad, etc.), empresas públicas o reservas o actividades estratégicas.” Siendo ésta posición una crítica sustantiva al quehacer estatal, puesto que avalaban un doble discurso al referirse a las prácticas monopólicas y oligopólicas.

⁵⁸ “Artículo 133: Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.”

⁵⁹ BULLARD GONZALES, Alfredo. Derecho y Economía: El Análisis Económico de las Instituciones Legales. Ed. Palestra. 2da edición, Lima 2010, pp. 961

Así también, BULLARD⁶⁰ señala que, en otros casos, los monopolios “surgieron espontáneamente como producto de una mayor eficiencia de ciertas empresas en el mercado, lo que les permitió desplazar a otras menos eficientes”, así como aquellas que, por la naturaleza de su distribución hacia los consumidores, resulta eficiente un competidor único, como en los servicios de energía eléctrica y agua potable y alcantarillado.

La Constitución de 1993, por el contrario, ha podido identificar que en el mercado existe la posibilidad que por la naturaleza o la eficiencia empresarial sea posible la existencia de monopolios u oligopolios por lo que acertadamente, no los ha prohibido sino que mientras una posición dominante o monopolística sea posicionada de forma legal, será amparada por Estado, así también, como lo veremos más adelante, lo que realmente prohibiría serían las prácticas restrictivas de la competencia y por sobre todo el abuso de una posición de dominio, sea ésta monopolizada o no.

Tal como hemos señalado en el punto anterior, sobre la libre competencia en palabras de BULLARD⁶¹, “(...) la Constitución prohíbe expresamente el supuesto más común de monopolio en nuestro país: el monopolio legal. (...) aquel que encuentra su origen directamente en la ley o en alguna barrera creada por esta para impedir la entrada de competidores al mercado.”.

⁶⁰ Ídem. pp. 961

⁶¹ Ídem. pp. 964

Pero, ¿En qué consisten las figuras del monopolio y oligopolios?; FLINT⁶² señala que: “(...) una empresa (o grupo de empresas) tiene el monopolio de un bien o servicio, cuando posee la capacidad de modificar el precio de venta de dicho bien o servicio en el mercado mediante un cambio en la cantidad que pone a la venta. Esta capacidad se explica por las siguientes razones: I.- La empresa es la única que abastece al mercado, o abastece una parte significativa de este. II.- El bien que produce o comercializa no cuenta con sustitutos perfectos, por lo que la empresa monopólica puede obtener ganancias extraordinarias fijando un margen de sobreprecio relativamente alto, antes de que el consumidor se desplace hacia un bien sustituto. III.- Existen barreras sustanciales a la entrada de competidores potenciales, por lo que pese a que se están obteniendo ganancias extraordinarias en dicho mercado, no ingresan nuevos productores. IV.- Existe conocimiento imperfecto del mercado, de tal manera que no todos los consumidores ni los productores, reales o potenciales –en el mercado monopólico o en otros mercados-, tienen información completa acerca de los precios en el mercado y la naturaleza de los bienes vendidos. La esencia del problema del monopolio no reside, sin embargo, en el “poder de fijación sobre el precio” que tiene la empresa monopólica. Si hay libre ingreso al mercado, las ganancias extraordinarias del monopolista atraerán a otras empresas y el mercado será más competitivo. Mucho más importante es, por lo tanto, la presencia de barreras a la entrada, que

⁶² Flint, P. (2002). Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 178.

prolongan la situación del monopolio, inhibiendo el ingreso de nuevos productores”.

Por otro lado, un oligopolio según MARIN⁶³ es “(...) una forma en la que el mercado es dominado por un pequeño número de vendedores y/o productores, denominados oligopolistas. En razón de que hay pocos participantes en este mercado, cada oligopolista conoce las decisiones y acciones de los otros. Esta posición conjunta, es denominada en el Derecho de competencia por algunos tratadistas –posición de dominio–, y por otros –posición monopólica–, y con ella se ejerce un poder de mercado provocando que los precios sean más altos y/o la producción sea inferior. Estas empresas mantienen dicho poder colaborando entre ellas, evitando así la competencia.”.

No obstante, dichas referencias serán contrastadas con la finalidad de establecer si existe o no un monopolio en el tema que nos avoca o sólo tenemos una posición de dominio en el mercado. Tomando en consideración las prohibiciones expresas sobre la materia.

⁶³ MARIN SEVILLA, Marcelo, El Derecho de la Competencia Económica en la Constitución de Ecuador, Revista Ius Humani, Vol. 2 (2010/2011) diciembre 2011 pp 56

4.3. Posición de Dominio y Prácticas Anticompetitivas

La Comisión Europea ha definido la “Posición de Dominio” del mercado haciendo alusión a la condición en el que un solo agente del mercado o conjunto de ellos tienen la capacidad suficiente para “influir” en variables claves del mercado tales como el precio y la cantidad producida, así como para bloquear el ingreso de nuevos competidores.⁶⁴

Asimismo, la posición de dominio puede generarse como parte del desarrollo libre del mercado, por lo que sería un efecto natural; en este contexto no sería posible sancionar *prima facie* a quienes por diversas razones han llegado a tener una posición dominante, pues esto se debe en muchos casos a una mayor competitividad por la implementación de nuevas tecnologías, reducción de costos, o incentivos de diversa índole, por lo que no sería adecuado sancionar la eficiencia empresarial.

Si bien es cierto, la Constitución no considera que exista una infracción al solo hecho de identificar una posición de dominio, sino que lo que buscará sancionar es el abuso de ella, para ello se deben identificar en qué medida se realizan actos de competencia desleal o conductas anticompetitivas. Existiendo variaciones en la gradualidad

⁶⁴ Cfr. Comisión Europea; “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”; Bruselas, 2005.

del abuso de la posición dominante tal como lo sugiere la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Siempre que podemos abordar esta temática, salta a la vista que la mayor preocupación es que producto de la posición de dominio se generen fallas en el mercado que puedan ser nocivas a la competencia, generando barreras y desequilibrios que no solo afectan la competencia, sino que en última *ratio* perjudica a los consumidores.

El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 señala que se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas, actúan de manera indebida, con la finalidad de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Siendo los casos de abuso de posición de dominio: a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios. b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.⁶⁵

Asimismo, dicho Decreto Legislativo señala que no constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente

⁶⁵ Decreto Legislativo N° 701, artículo 5°

aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones; La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (...) entre otras.⁶⁶

No queda duda que PANIAGUA desarrolla una teoría que concentra la teoría actual sobre libre competencia en tanto señala que los "(...) agentes económicos actúan por incentivos y que la finalidad última de la empresa es maximizar sus utilidades es posible que aquella empresa que cuente con posición de dominio tenga interés en abusar de ella, y con esto aumentar sus beneficios. Por tanto, la obligación de entidades como INDECOPI o el de los organismos Reguladores no es castigar a cuanto monopolio encuentre o a aquellas empresas que crezcan de manera desmedida. Su rol es vigilar que estos agentes no usen su posición de dominio para afectar de forma negativa la competencia, y castigar a aquellos que sí lo hagan. De igual forma, debe proponer acciones de política pública que promuevan la entrada de nuevos competidores en aquellos mercados en los que la cantidad reducida de los mismos genere preocupaciones e inquietudes respecto a los niveles de competencia. En conclusión, la posición de

⁶⁶ Ídem.

dominio no es por sí misma algo pernicioso, es el abuso que de ella pueda hacer un agente económico lo que, en definitiva, debe ser perseguido y castigado.”⁶⁷

En esa línea, en el Perú, la regulación ante el abuso de la posición de dominio y afectación a la competencia puede dividirse en dos grandes rubros, la “Competencia Desleal” y las “Prácticas Anticompetitivas” tal como señala NORTHCOTE sosteniendo que; “(...) la diferencia entre ellas consiste en que la regulación de las prácticas anticompetitivas pretende establecer los parámetros por los cuales los agentes del mercado acceden a competir en el mercado, en tanto que la regulación de la competencia desleal busca establecer las reglas por las cuales los competidores, ya inmersos en el mercado, deben abstenerse de realizar conductas que perjudiquen indebidamente a los otros competidores.”⁶⁸

Así, la el Decreto Legislativo N° 1034 diferencia prohibición absolutas y relativas que pueden afectar la competencia; En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta; y, prohibición relativa cuando para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia

⁶⁷ Cfr. PANIAGUA, Miguel, Consultado en http://blogs.economista.net/competencia/2014/12/que-castigar-sobre-la-posicion-de-dominio-y-su-abuso-porque-ser-grande-no-siempre-es-malo/#_ftn3

⁶⁸ NORTHCOTE SANDOVAL, Christian. Las conductas Anticompetitivas. Actualidad Empresarial N° 310 – Primera Quincena de Setiembre 2014.

deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.⁶⁹

En ese sentido, NORTHCOTE señala que “el abuso de una posición de dominio genera también las denominadas prácticas colusorias las mismas que podrán ser horizontales cuando se lleven a cabo acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia; y verticales cuando los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.”⁷⁰

No obstante, existe un criterio a considerar antes de señalar el abuso de una posición dominante en el mercado, en primer lugar, la tarea es identificar si existe o no posición de dominio, la misma que sólo podrá ser superada en la medida de que si producto del análisis del mercado relevante, los bienes y servicios evaluados se presentan en calidad de insustituibles; en segundo lugar, si producto del ejercicio

⁶⁹ Decreto Legislativo N° 1034. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 33.

⁷⁰ NORTHCOTE SANDOVAL, Christian. Las conductas Anticompetitivas. Actualidad Empresarial N° 310 – Primera Quincena de Setiembre 2014. Análisis del Decreto Legislativo N° 1034

empresarial en una posición de dominio confirmada, se presentan actos en los que se perjudica la competencia.

4.3.1 Mercado Relevante

El mercado relevante, no es otra cosa que el mercado económico en sí mismo, es el lugar donde se configuran una serie de actos de intercambio relacionados a la compra y venta relacionados con la libertad que ejerce el mercado sobre la oferta y demanda. No obstante, QUINTANA señala que es también el “(...) ámbito donde la competencia puede verse afectada por el ejercicio de poder sustancial de mercado, es decir, el ámbito donde una empresa podría imponer condiciones de venta –como incrementos de precios o limitaciones de la producción– debido a que no existen alternativas para el comprador, ya sea en términos de bienes sustitutos o de proveedores adicionales.”⁷¹

Asimismo, el mercado relevante es la combinación del producto y la zona geográfica donde este es ofertado. En esa línea, se analiza que posibilidades tienen los consumidores en la adquisición de bienes sustitutos. Sin embargo, no existe unanimidad en el tratamiento conceptual del mercado relevante

⁷¹ QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Primera Edición, INDECOPI, Lima, 2013. Pp. 19

ni sobre las condiciones necesarias sometidas a evaluación con la finalidad de determinar la posición de dominio en el mercado.

Para la Comunidad Europea hablar de mercado relevante es sinónimo de tratar el Mercado de Referencia, en cuanto sirve de parámetro en el proceso de evaluar la existencia de la posición dominante. Así, la Comisión Europea considera que: “La definición de mercado [relevante], tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”⁷²

En cuanto a la sustitución de los bienes o servicios, la concepción europea está enfocada en una consideración de tipo subjetivo atribuible al consumidor, lo que se conoce como sustituibilidad de la demanda.⁷³ La adopción de esta idea, parte de la premisa de la coexistencia de la sustituibilidad de la

⁷² COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia.1997

⁷³ Ídem. (Considerando 5) “El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera substitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación”.

oferta, no obstante este nivel de sustitución estaría relacionado con el establecimiento de barreras de ingreso al mercado de nuevos competidores, lo que nos lleva a un proceso siguiente donde dichas barreras constituyen una consecuencia posterior de la posición de dominio per se, tratándose de una característica particular de la posición de dominio.

Si bien la concepción del mercado relevante para la Comunidad Europea tendría un carácter subjetivo sometido a la consideración del consumidor, para los Estados Unidos tiene un carácter objetivo en tanto el análisis sobre la sustitución de un producto está basado en la capacidad y disposición de los consumidores.⁷⁴

Con ello no señalamos una distinción irreconciliable, sino demostrar que mientras que para la Comunidad Europea la discusión gira en torno a la “opinión” del consumidor, para Estados Unidos bastaría la voluntariedad de la decisión.

En el Perú, el desarrollo de la teoría sobre el mercado relevante se ha visto recogido en la legislación a través del artículo 6° del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷⁵ N° 1034.

⁷⁴ DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). Horizontal Merger Guidelines. En: Quintana, Eduardo. Libre Competencia. INDECOPI. 2013

⁷⁵ Artículo 6.- El mercado relevante.-

No obstante, el diseño legislativo sobre el mercado relevante ha resultado insuficiente razón por la que el INDECOPI ha venido recogiendo diversas metodologías para identificar en qué casos estamos frente a una posición de dominio; Para lo cual la tarea tiene como punto de partida la identificación de un bien que busca satisfacer la necesidad de un consumidor; en segundo lugar, identificar la sustituibilidad de dicho bien por otro alternativo de similares características o propiedades, estableciendo grados de sustitución (componentes, calidad, funciones, etc.).

En síntesis, el mercado relevante pasará por un análisis de la sustituibilidad debido a la geografía en tanto la tarea será identificar si las empresas destinadas a ofrecer bienes alternativos están en posición de llegar al consumidor o viceversa. Solo superado estos niveles y atendiendo al resultado más o menos perjudicial podremos definir que estamos ante una posición de dominio.

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

Dentro de la configuración que ha venido adoptando la administración nacional encargada de velar por la libre competencia, se han adoptado dos herramientas que permiten establecer de manera casi inequívoca la posición de dominio, estas son el índice de participación de mercado y la medición del índice de concentración del mercado.

Finalmente, si bien partimos de la idea que “la definición del mercado relevante es un instrumento que se utiliza para comprender el contexto en el que se desarrolla la rivalidad competitiva entre las empresas y, cuando menos, sirve para realizar una primera aproximación sobre el posible dominio de la empresa objeto de investigación.”⁷⁶ No es la herramienta que permita comprender el contexto en donde se afectan otros derechos fundamentales.

4.4. Promoción Estatal de la Pequeña Empresa

Contrario a las expectativas de crecimiento de grandes grupos empresariales o posiciones dominantes de algunos agentes del mercado, desde las voluntades políticas electorales hasta la Constitución, existe una vocación por generar mayor desarrollo de la

⁷⁶ JIMÉNEZ LATORRE , Fernando, CAÑIZARES PACHECO, Enrique (2005), "Dificultades para la definición del mercado relevante", Informe preparado para el *Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*, Madrid: Fundación Rafael del Pino.

pequeña empresa. Es así como el artículo 59° de la carta fundamental consiga que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Para RODRIGUEZ subsiste pese a las disposiciones constitucionales, una condición de desigualdad, señala que “(...) en relación con la mediana y la gran empresa: menor capitalización, menor capacidad de recurrir al crédito, menores posibilidades de difusión de sus productos, etcétera. Sin embargo, la pequeña empresa es una fuente de trabajo muy importante en la sociedad. De allí que corresponda al Estado promoverla para desarrollar sus capacidades y aprovechar los beneficios que trae en materia de empleo.⁷⁷ Siendo así, el artículo 59° de la Constitución no dispone que la acción positiva del Estado se limite a las pequeñas empresas. En realidad, lo que establece es que el Estado brinde oportunidades de superación a los sectores que sufran cualquier desigualdad, sin considerar limitación alguna.”⁷⁸

No obstante, HAYEK argumenta que “(...) sólo porque los hombres son distintos podemos tratarlos del mismo modo. Si todos los hombres fueran completamente iguales en sus dotes y tendencias,

⁷⁷ RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Tercera edición. 2013, Lima. Fondo Editorial PUCP

⁷⁸ RODRIGUEZ CAIRO, Vladimir, Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, QUIPUKAMAYOC – revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 4 N° 45 pp.127 (2016) UNMSM, Lima

deberíamos tratarlos de manera distinta para obtener algún tipo de organización social. Por suerte, no son iguales y sólo gracias a ello la diferenciación de las funciones no debe estar determinada por una decisión arbitraria de una voluntad organizadora, de esa manera, tras haber creado una igualdad formal, aplicando a todas las reglas del mismo modo, es posible dejar que cada individuo encuentre su particular realización. Añade que hay una enorme diferencia entre tratar a las personas del mismo modo y tratar de hacerlas iguales. Mientras lo primero es la condición de una sociedad libre, lo segundo indica, como dice Tocqueville, una nueva forma de servidumbre.”⁷⁹

Sin embargo, si bien existe una vocación por incentivar a la pequeña empresa, existen también, obligaciones que, si bien atañen a las PYMES, serán de vital importancia para aquellas empresas que conforman los grandes poderes económicos en cada uno de los sectores del mercado. Estas obligaciones, además de las de orden fiscal, se fundamentan en una responsabilidad de orden constitucional, la misma que no puede ser ignorada o desnaturalizada, sino que por el contrario ha de tener tal importancia que permita coadyuvar al Estado en el crecimiento económico y social. En este contexto, la “Responsabilidad Social de la Empresa” se traduce en una práctica obligatoria y exigible por parte del Estado y la sociedad;

⁷⁹ Ídem. Cfr. HAYEK, Friedrich. Individualismo: el verdadero y el falso. Edición original en inglés 1949. España. Unión Editorial S.A. pp. 67

no obstante, no hemos podido desarrollar un generoso avance que permita su ejecución plena en nuestro país.

No obstante los problemas para su eficiente ejecución, toda actividad económica fortalece la economía de una nación, de los intervinientes en ella, sean productores o consumidores, pero finalmente lo que pretende toda actividad lucrativa es generar riqueza y con ella se genera estabilidad y bienestar, por lo que consideramos que resulta necesario establecer un vínculo entre la actividad económica en sí misma y la sociedad, por lo que creemos que no toda actividad económica tiene que tener una finalidad social directa o indirecta capaz de dirigir todas sus actuaciones en un marco no solo jurídico sino contemplar la responsabilidad social como parte de su ejercicio.

Lo señalado anteriormente, conlleva nuevamente a tratar sobre el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, el mismo que representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal, pero, en este sentido cabría preguntarnos ¿Qué deberíamos entender por el término “social” respecto a la actuación de los grupos económicos?

El Tribunal Constitucional no es ajeno a esta definición, en la Sentencia Morales Daso ha sostenido que: “(...) la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del

Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitución de la economía. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La economía social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.”⁸⁰

Así, “lo “social” se define aquí desde dos dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados y como cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo de este modo un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos.”⁸¹

Por ello es que el Tribunal Constitucional sostiene que “resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se

⁸⁰ STC. N° 048-2004-AI/TC: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1 0, 2°, 3°, 4° Y 5° de la Ley N.o 28258 -Ley de Regalía Minera, la misma que desarrolla el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto al contenido “social” en la actividad del Estado y de los particulares y la Responsabilidad Social de la Empresa, entre otros.

⁸¹ Idem.

sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Solo de este modo puede considerarse superado el viejo y equivoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser remplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es “tanto mercado como sea posible y tanto mercado como sea necesario”.⁸²

El Banco Mundial ha sostenido la idea que la responsabilidad social empresarial “(...) implica que las empresas adopten una postura activa y responsable en torno al impacto de sus operaciones. Esta cultura es una forma de hacer negocios que le garantiza mayor sostenibilidad a lo largo del tiempo a la empresa y crecimiento económico. La RSE es el rol que le toca jugar a las empresas a favor del Desarrollo Sostenible, es decir, a favor del equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y el aprovechamiento de los recursos naturales y el medio ambiente. Este equilibrio es vital para la operación de los negocios. Las empresas deben pasar a formar parte activa de la solución de los retos que tenemos como

⁸² Idem.

sociedad, por su propio interés de tener un entorno más estable y próspero.”⁸³

Finalmente, dicha institución ha considerado que el objetivo principal que persigue la responsabilidad social empresarial radica en el impacto positivo que estas prácticas generen en los distintos ámbitos con los que una empresa tiene relación, al mismo tiempo que contribuya a la competitividad y sostenibilidad de la empresa.⁸⁴ En ese contexto se elaboró la pirámide de la responsabilidad social empresarial que se muestra a continuación.



Fuente: World Bank Group, Resources RSE 2016

Es de apreciar que como base de la estructura piramidal aplicable para entender el funcionamiento de la RSE está en el cumplimiento del orden normativo, por supuesto que esto significa anteponer a la Constitución y sus disposiciones como máxime del

⁸³ World Bank Resources. ¿Qué es la Responsabilidad Social Empresarial? Consultado en https://siteresources.worldbank.org/CGCSRLP/Resources/Que_es_RSE.pdf

⁸⁴ Idem.

sistema jurídico donde se desenvuelve su accionar. Y con ello, subsecuentemente viene la protección de la persona y la sociedad en conjunto, por lo que no podría entenderse que el desarrollo o éxito de una empresa se diera a costa de generar un perjuicio para estos últimos.

CAPÍTULO V: DEMOCRACIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

5.1. Democracia

La naturaleza gregaria del ser humano y la necesidad de un orden social contribuye rápidamente desde los albores de la humanidad en la formación de grupos o clanes con fines e intereses comunes y que por lo general ansían alcanzar o mantener el poder frente a otros grupos humanos. Es el origen de los modelos de organización social, el más notable de ellos y que perduraría hasta nuestros días es la Democracia.

Si bien los orígenes de la democracia como la conocemos y practicamos tiene como antecedente histórico a grandes pensadores clásicos como Aristóteles o Cicerón, la idea planteada era elaborar una fórmula en la que se limitara el abuso de poder, pero no es sino hasta el siglo XVII, durante la reforma política de Inglaterra que se buscaron mecanismos políticos y jurídicos que limitaran y regularan el poder de la autoridad, consolidándose la idea necesidad que sea el pueblo quien pueda ser representado en la toma de decisiones.

De ello, podemos intuir que el principal problema que dio origen a consolidar la democracia hasta nuestros días se forja en lo que reconocemos hoy bajo los principios de soberanía popular y

separación de los poderes del Estado, ya vendría luego, con la llegada del Estado Constitucional, el principio de supremacía constitucional.

El sustento primordial de aplicar el principio de separación de poderes es evitar la arbitrariedad del poder, gestando la democracia desde el concepto de soberanía del pueblo la misma que sostiene que todos los hombres son iguales y poseen los mismos derechos.

La concepción democrática moderna y su institucionalidad al interior de los países donde se encuentra garantizada su aplicación permite ejercer algunos derechos, por ejemplo; el derecho a elegir y ser elegido, la pluralidad partidaria e ideológica, la división de los poderes del Estado, aplicación del *check and balance* o pesos o contrapesos, la representación popular, el derecho de las minorías a participar en la vida política del país, presencia de oposición, tolerancia; y, la presencia efectiva y real de los derechos humanos. Consideramos que la lista no está acabada, puesto que las condiciones de nuestros días, nos permitirán ir agregando derechos que sostendrán a todo sistema democrático.

Si bien, resulta un sistema imperfecto, MIROQUESADA señala que “La democracia es la creación política más grandiosa en la historia de la humanidad, y lo es no por los derechos en mención, sino por estar ligada a una racionalidad ética, vinculada al conocimiento

pleno de la dignidad del hombre que se traduce en los principios de libertad e igualdad”.⁸⁵

Sin embargo, consideramos que existe un problema cuando esa libertad e igualdad entre los ciudadanos para poder elegir en democracia y ejercer los derechos que la complementan, se ven viciados por agentes externos de naturaleza económica. Es en este punto que consideramos que la prensa, o también denominado cuarto poder, tiene una importancia predominante en la formación de ese pensamiento crítico y opiniones propias que sustentarían más tarde las bases de la institucionalidad democrática.

5.2. Rol Político de los Medios de Comunicación en Democracia

Es innegable el rol de poder que ostentan los medios de comunicación en tres aspectos fundamentales de nuestra sociedad; en primer lugar, orientan e informan a través de una determinada óptica de la realidad –sin atrevernos a caer en juicios de valor sobre lo bueno o malo de la calidad de la información vertida-, basada en puntos de vista diversos, pero por lo general con intereses similares y con una ideología propia y determinada. Todo ello enfocado y constatable a través de líneas editoriales, artículos de opinión e incluso a través de la sátira política empleada;

⁸⁵ MIROQUESADA RADA, Francisco. Manual de Ciencia Política, Ediciones Legales, Tercera Edición, Lima, enero 2012

Asimismo, juega un rol preponderante en la política nacional, realizando una suerte de control mediático de las funciones públicas y de las actuaciones de los funcionarios públicos, fiscalizando e incluso denunciando actos de naturaleza contraria a Derecho o que vulneran los intereses generales o bienes jurídicos protegidos, nuevamente y sin caer en juicios de valor, es en ocasiones subrepticamente la formación de un carácter decisivo hacia la inclinación política de muchos electores.

Estas formas de actuaciones del denominado “Cuarto Poder” son palpables en toda nación que respeta y garantiza la pluralidad de los servicios informativos, teniendo como objeto, más allá de todo fin comercial o lucrativo, servir de sustento al sistema democrático aplicando los mecanismos disponibles a través del conjunto de libertades de las que goza; no obstante su loable objetivo, es ineludible que de este modo, los medios de comunicación se consolidan como un ente con capacidad de control o con la potestad de aplicar un poder real o lo que podríamos denominar un poder que sin ser legitimado, torna sus efectos en la toma de decisiones, distinto al poder formal que resulta ser ejercido por las autoridades competentes en uso de sus funciones o atribuciones.

Para el filósofo RUSSELL⁸⁶, existen hasta cinco tipos de expresión del poder; “Poder Tradicional”, basado en la costumbre o tradición; el poder desnudo el cual se sustenta en la fuerza bruta generalmente institucionalizada; el “Poder Revolucionario”, el cual es producto de las transformaciones y cambios sociales; el poder económico, que es consecuencia de la concentración de la riqueza en pequeños grupos que tienen el control de los medios de producción; y, el “Poder sobre la Opinión”, que es ejercida a través de los medios de comunicación y la propaganda.

En cuanto a lo que nos avoca, partimos de la idea que ostentar dos o más tipos de expresión del poder del que nos habla el filósofo citado en el párrafo precedente, deriva en obtener un ente mucho más poderoso que aquel que ostenta solo una forma de expresión de dicho poder. He aquí donde podemos concluir anticipadamente en tener una clara visión del extenso poder que poseen los medios de comunicación en tanto convergen en esta actividad el poder económico y sobre la opinión.

Este análisis sobre la naturaleza del poder que ostenta e irradian los medios de comunicación es de circunstancial importancia para el entendimiento de todo el trabajo al que nos avocamos, pues partimos de la idea que no se trata de un debate abierto únicamente

⁸⁶ RUSSEL, Bertrand. “El Poder en los Hombres y en los Pueblos”. Ed. Losada. 5ta. Edición. Buenos Aires, 1968.

sobre una actividad económica ligada a la información, sino de una actividad que ejerce directamente un poder político.

Es así que el profesor MIRÓ QUESADA⁸⁷ señala que –aparte de los gobiernos- existen otras instituciones no gubernamentales que también gozan de la capacidad de ejercer poder, entre ellos, los medios de comunicación de masas. Refiere que “(...) su decisión será política cuando no solo afectan la conducta de quienes gobiernan una nación, sino de quienes integran la sociedad global”. En ese orden de ideas se reafirma la postura en la cual una forma de ejercer poder político extra gubernamental o extraestatal es una decisión política en tanto se genera influencia en quienes toman las decisiones.

Así también nos convoca a cuáles serían los efectos de dichas decisiones políticas en tanto “(...) afecta(n) no solo la conducta intersubjetiva, la acción social en sí misma, sino que puede afectar el sistema de valores existentes en una sociedad y el funcionamiento de las instituciones o para asegurar cierta forma de orden social (...)”⁸⁸

⁸⁷ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, “Manual de Ciencia Política”. 3ra Edición. Editorial San Marcos, 2012. Pág. 85-86

⁸⁸ Ídem. pp. 87

5.3. Los Medios de Comunicación como Grupos de Presión

Después de estudiar el contenido político que circunscribe la figura de los medios de comunicación como entidades que influyen en la toma de decisiones políticas, habríamos de centrarnos en el punto de partida de dicha influencia, y ello resulta posible ubicándolo dentro del contenido de lo que la ciencia política denomina grupos de presión.

En esta línea de pensamiento, podría definirse a los “Grupos de Presión” como todo grupo de interés, ello debido a que los individuos que convergen en su interior se reúnen en función de ciertos intereses específicos.⁸⁹ Es así como dentro de los acercamientos a definirlos SCHWARTZENBERG⁹⁰ señala que un grupo de presión es “una organización para la defensa de intereses, que ejerce una presión sobre los poderes públicos, a fin de obtener de ellos las decisiones conforme a sus intereses”.

Para MOODIE Y STUDDERT-KENNEDY⁹¹ refieren que un “grupo de presión es, simplemente, todo grupo organizado que intenta influir sobre las decisiones del gobierno, sin buscar ejercer él mismo los poderes formales de éste.”

⁸⁹ Ídem. pp. 131

⁹⁰ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. Sociologie Politique. Ed. Montchrestien. Paris, 1977. pp. 42. EN: MIROQUEZADA RADA Francisco, “Manual de Ciencia Política” 3ra Ed. Editorial San Marcos, 2012.

⁹¹ MOODIE Graeme, C. y STUDDERT-KENNEDY, Gerald. “Opiniones Públicas y Grupos de Presión “. Ed. F.C.E., México, 1975. Pág. 111.

De los autores anteriores podemos identificar que sus definiciones sobre los grupos de presión giran en torno a elementos fundamentales necesarios para su denominación: un grupo organizado, la defensa de intereses y el ejercicio de una presión; en esa línea pero con un alcance mayor LUCAS VERDÚ⁹² señala que un “grupo de presión es cualquier formación social, permanente y organizada que intenta con éxito o sin él, obtener de los poderes públicos la adopción, derogación o simplemente no adopción de medidas que favorezcan o al menos no perjudiquen sus ideas o intereses; sin que su intento suponga en principio, una responsabilización política del grupo presionante en caso de lograr su pretensión”.

Para el profesor MIROQUESADA RADA, quien nos ha dado grandes alcances sobre el estudio de los grupos de presión, indica que, “por lo general, estos grupos recurren a la información y a la propaganda a través de los medios de comunicación, dirigiéndose a la opinión pública y a las autoridades, intervienen en las elecciones para favorecer a un partido o a los candidatos afines a sus intereses y para “vetar” a los que se les oponen. Señala también, que hacen uso de la intimidación mediante “campañas de presa”, la conspiración en silencio, la negación de ayudas o la creación de dificultades.”⁹³

⁹² LUCAS VERDÚ, Pablo. “Principios de Ciencia Política. Ed. Tecnos, Madrid, 1967. Pag. 139.

⁹³ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, “Manual de Ciencia Política”. 3ra Edición. Editorial San Marcos, 2012

No pretendemos satanizar a los medios de comunicación, sino únicamente circunscribir el rol preponderante que posee dentro de una sociedad altamente comunicada y que la responsabilidad social a la que deberían avocarse los medios informativos trasciende el ámbito económico, enfocando sus contenidos a fortalecer las instituciones del País.

5.4. Opinión Pública

La opinión pública es a todas luces uno de los factores de legitimidad más importantes de un régimen político o sustento de aceptación de una categoría o estándar social, por lo que resulta saludable que no existan sobre dicha opinión factores o elementos que impidan su libre ejercicio y que por el contrario intenten influenciar o encaminar esa opinión respecto a lo más “favorable”, situación que sólo buscaría proteger o fortalecer los intereses de diversa índole de algún grupo de presión.

En este contexto, la manipulación de las condiciones generadoras de la opinión pública se torna en una práctica común de regímenes o grupos de interés con un evidente direccionamiento por lo que la única forma de mantener “libre” esta opinión es precisamente que ésta pueda enriquecerse libremente de toda la información

posible, de calidad y por sobre todo proveniente de una multiplicidad de fuentes y medios.

Tal como lo señala el profesor COSSIO⁹⁴ “(...) la opinión pública no es una cuestión de cantidad de individuos, cual si se tratara de un sufragio. La opinión del público es simplemente la popularidad de una opinión; pero la opinión pública no es popularidad, sino algo que pretende influir en la opinión del público y que normalmente influye en ella.”

He aquí una de las precisiones que consideramos vuelve al ejercicio de la prensa escrita en el Perú en su condición de negocio, una institución sumamente delicada en cuanto permite el fortalecimiento de la democracia y la variopinta de opiniones que sustentan una posible opinión generalizada.

⁹⁴ COSSÍO, Carlos. “La Opinión Pública”. Ed. PAIDOS, Buenos Aires, Pag. 37.

TERCERA PARTE

CAPÍTULO VI: ANÁLISIS, PERSPECTIVA Y PROPUESTA

6.1. ¿Existe un Conflicto de Intereses de alcance Constitucional?

Todas las sociedades democráticas contemporáneas tienen características comunes, que garantizan el desarrollo de los pueblos en armonía y en estricto respeto al Estado de Derecho respetando la voluntad popular, podemos identificar que algunas de ellas son el pluralismo, la diversidad y la desconcentración.

Esta idea parte de la premisa que sostiene CASTILLO⁹⁵ en la cual “(...)no todos pensamos igual, tampoco tenemos las mismas creencias, concepciones, valores e intereses.” Estas ideas no son ajenas a la Constitución, pues como sabemos, desde sus inicios a través del poder constituyente democrático, tiene el deber de incorporar los principios y “(...) valores que se consideran esenciales en una sociedad democrática, pero sin establecer jerarquías, órdenes de prelación o excepciones entre los mismos. (...).

⁹⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de Derecho Constitucional, México, enero–junio de 2005

En este contexto, la Constitución para GARCIA TOMA⁹⁶ “(...) es un conjunto de valores, principios, categorías, instituciones, normas y practicas básicas que pretenden modelar un tipo de sociedad política y que regulan la organización, funcionamiento y competencias del poder estatal, así como los derechos y obligaciones de las personas entre sí y frente al cuerpo político.”;

Es así que nuestra carta fundamental no es sólo un catálogo de derechos reconocidos en favor de las personas o una serie de reglas que organicen y sostengan la organización política e institucional de un Estado, sino que, además, engloba en cada disposición el reflejo de esa pluralidad de valores, principios y concepciones que están presentes en la sociedad.

Para el profesor GONZALES⁹⁷ “Los principios constitucionales son proposiciones esenciales, fundamentales y generales que dominan o sobresalen sobre todo el ordenamiento jurídico” considera además que se trata de postulados éticos políticos o de carácter técnico jurídico que vincula a los operadores del Estado y en general a todas las personas, pues fundamentan los objetivos o metas que la sociedad organizada políticamente pretende alcanzar. Por otro lado, si bien los valores son las determinaciones sociales de los objetos del mundo circundante, que ponen en manifiesto su significación positiva

⁹⁶ GARCIA TOMA Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Ed. Palestra. Lima, 2005. pp. 362.

⁹⁷ GONZALES OJEDA, Magdiel, Principios y Valores Constitucionales en Revista TRADICION. Ed. Ricardo Palma pp.45.

o negativa para el hombre y la sociedad; refiere también que los valores Constitucionales “(...) no tienen realidad material; más bien su percepción, su conocimiento, requieren de un sujeto y un objeto; el valor no tiene una existencia per se, independiente del hombre y su medio; cuando esa valoración se generaliza pasa a formar parte de la cultura del hombre, pero sus características esenciales se definen a partir de una realidad social determinada.”⁹⁸

Con todo ello tenemos que tanto los principios como los valores constitucionales son las piezas angulares de todo nuestro orden jurídico social, y que se encuentran en función a hecho concretos de nuestra realidad; pero ¿es posible que entren en conflicto con otro valor o principio de su misma categoría o es posible la coexistencia?; ZAGREBELSKY⁹⁹ considera que: “Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno solo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.”

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil, (Trat. Marina Gascon), 8va Ed., Madrid, Trotta, 2008 p.125.

En este punto, consideramos que verdaderamente los principios y valores no tendrán conflictos en abstracto, pero en casos concretos habrá que desprendernos de toda concepción de absolutos para considerar más asertiva la toma de decisiones; no obstante, ello, lo que sucede con los Derechos guarda algunas similitudes y diferencias en el entendimiento de su coexistencia.

MENDONCA¹⁰⁰ señala que “La idea de derechos en conflictos es, en verdad, fácilmente aceptable. El derecho de un autor a publicar una idea, por ejemplo, puede entrar en conflicto con el derecho de un grupo religiosos a no ser ofendido en sus convicciones más profundas, o con el derecho de un sujeto determinado a conservar su honor o reputación moral; el derecho a la huelga de un grupo de operarios puede entrar en conflicto con el derecho de los usuarios de determinados servicios públicos esenciales; el derecho a la salud y a la vida de una madre puede entrar en conflicto con el derecho a la vida del *nasciturus*; el derecho a la libre información de un medio de prensa puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad o a la imagen de una persona individual. Puede ocurrir incluso, que el mismo derecho, reconocido a múltiples sujetos genere, en determinadas circunstancias, un conflicto al no poder ser plenamente ejercido en forma simultánea por todos, tal como ocurre con el derecho a expresar las propias opiniones o a recibir atención médica.”

¹⁰⁰ MENDONCA, Daniel. Los Derecho en Juegos, Madrid, Tecnos. 2003 p. 64.

Según las posturas conflictivistas y a consideración de CASTILLO¹⁰¹ “(...) los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para ello se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos.”

El profesor CASTILLO¹⁰² sostiene que el mecanismo de solución empleado por antonomasia dentro de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales es la ponderación de derechos. En estricto lo que plantea es aplicar el test de proporcionalidad. Mecanismo que consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cuál derecho debe preponderar sobre otro, y cual debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien de una jerarquización en concreto.

¹⁰¹CASTILLO CORDOVA, Luis. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de Derecho Constitucional, México, enero–junio de 2005 PAG. 100.

¹⁰² Ídem.

Al respecto ALEXY¹⁰³ ha escrito que “[e]l Tribunal constata que en tales casos existe ‘una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental’. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería ‘prioridad sin más’. Más bien, el ‘conflicto’ debería ser solucionado ‘a través de una ponderación de los intereses opuestos’. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”

Si bien, aparentemente nos encontraríamos a la luz de un conflicto de derechos que relaciona por un lado a las empresas vinculadas a la actividad económica periodística escrita y por otro a los derechos de los ciudadanos en conjunto, cabría plantear un objetivo, evitar tal colisión de derechos para este caso concreto aplicando reglas e instituciones que permitan un control anterior, dejando la utilización del test de proporcionalidad y la ponderación en sentido estricto de manera residual.

¹⁰³ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. CEC, Madrid, 1993. Es traducción de Theorie der Grundrechte. Suhrkamp, Frankfurt 1996, 3. Auflage, p. 90.

Para visualizar el escenario sobre el que circunscribe y se desenvuelve esta investigación habría que partir de un postulado hipotético, al cual ha hecho referencia el Tribunal Constitucional, dicho supuesto consiste en que: cualquier empresa en “(...) ejercicio de las libertades de empresa y contratación, [ha] generado una concentración en la propiedad y control de los medios de prensa [escritos], al punto que de constituir acaparamiento del sector, [el mismo] que vulnera las libertades de expresión e información, las cuales resultarían esenciales para el libre desarrollo de la personalidad y la vigencia de democracia.”¹⁰⁴

6.2. Sobre los Derechos Económicos

Nos queda claro que es el modelo económico que sigue el Perú, el que plantea de manera más clara cuales son los derechos o alcances de contenido económico, así como que normas garantizan su ejercicio y facultan la defensa de estos. El profesor DALLA VIA¹⁰⁵ señala que “[la economía social de mercado] se ubica en un punto

¹⁰⁴ STC N° 00015-2010-PI-TC: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6,717 ciudadanos, representados por don Daniel Linares Bazán, contra el segundo párrafo del artículo 22° de la Ley N.º 28278 –Ley de Radio y Televisión–, que prohíbe que una misma persona natural o jurídica, sea titular de más del 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y 20% para la radiodifusión sonora. Discusión sobre Libertades de expresión y de información, medios de comunicación y pluralismo informativo.

¹⁰⁵ DALLA VIA, Alberto Ricardo. Derecho Constitucional Económico. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, pp.56.

intermedio entre las doctrinas del liberalismo y socialismo. Refiere que se trata de un modelo que pone atención y preocupación en la corrección de desigualdades y en la promoción de desarrollo económico en un marco de justicia social. Que ha sido elaborada como una tercera alternativa entre el capitalismo y el socialismo, y ha recibido la influencia del constitucionalismo social y la denominada doctrina social de la iglesia, orientando la propiedad hacia una función social y estableciendo mayores controles y un énfasis especial en la distribución [de la riqueza].”

La economía social, para PFALLER, “(...) se basa en la convicción que el mercado, en combinación con la propiedad privada de los medios de producción, constituye tanto la modalidad más eficiente de coordinación económica, como también una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política.”¹⁰⁶ Según esto, es tarea del Estado velar por su buen funcionamiento. Esto significa, que se le confiere al mercado un margen de acción suficiente y que en principio no interfiere en el orden natural de la oferta y la demanda; Sin embargo, como refiere BEJAR, “(...) el concepto también compromete al Estado a intervenir activamente en el mercado, cada vez que allí se configure constelaciones de poder formalmente inobjtables que afecten seriamente la competencia.”¹⁰⁷ Como parte de esa libertad que se genera en el Estado a favor de los agentes

¹⁰⁶ PFALLER, Alfred. El concepto de la Economía Social de Mercado y la Nueva “De Civilización del Capitalismo en Europa”. Bonn, 1977. En: GONZALES OJEDA, Magdiel. Derecho Constitucional General. Ed. Ricardo Palma, Lima 2013.

¹⁰⁷ Ídem.

económicos, desarrollaremos el contenido de algunos de sus derechos relevantes para lo que nos avoca.

Como hemos estudiado en capítulos anteriores, el derecho a la libertad de empresa consiste en la facultad de elegir la organización y las actividades tendientes al desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Así también, RODRIGUEZ¹⁰⁸ la define como: “(...) aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes para la realización de actividades económicas al objeto de producir e intercambiar bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. El mismo autor cita a GARCÍA PELAYO¹⁰⁹, quien define a la libertad de empresa, como: “(...) el derecho subjetivo para crear y mantener empresas y como derecho de la empresa para decidir sus objetivos y desarrollar su propia planificación”.

Es así que el contenido esencial de la libertad de empresa implica, primigeniamente, la libertad de acceder al ejercicio de cualquier actividad económica lícita; es decir, la libre constitución de empresas que se reconoce a los particulares como a las personas jurídicas, la libre elección del sector económico y la libre elección del

¹⁰⁸ RODRIGUEZ, Javier. La Constitución Económica, Argentina, El Cid Editor, apuntes. 2009 pp. 10.

¹⁰⁹ GARCIA PELAYO en RODRIGUEZ, Javier. La Constitución Económica, Argentina, El Cid Editor, apuntes. 2009 pp 10.

modelo económico a seguir. En segundo lugar, la libertad de ejercicio, que es la libertad de auto-organización, mantenimiento de la actividad empresarial y la libertad de competencia; y, en tercer término, la libertad de cese de la actividad en el momento que se considere más oportuno, respetando los procedimientos jurídicos correspondientes.¹¹⁰

Por otro lado, otra libertad inherente a la empresa es la libertad contractual, aquella que como se ha mencionado con anterioridad y en referencia a múltiples sentencias del Tribunal Constitucional, comprende por un lado la Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y, la autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia-objeto de regulación contractual.¹¹¹

Es precisamente en el ejercicio de la libertad de contratación que se suscita el "*Mergers and Acquisitions*" de la doctrina anglosajona, replicada en nuestros ordenamientos a través de lo que conocemos como fusiones y adquisiciones, que no son más que una estrategia empresarial que busca adquirir otras empresas o activos de estas. El mecanismo es sencillo, requiere de una intención o voluntad

¹¹⁰ KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar. Propuesta para un Régimen Económico Constitucional. En: Pensamiento Constitucional. Año VI, N° 6. pp.745.

¹¹¹ STC N.º 0004-2004-AI/TC, N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (acumulados)

económica de realizar una inversión de recursos o capitales con la finalidad de obtener ingresos futuros.

Como vemos, la finalidad última de realizar una fusión o adquisición, como de cualquier estrategia económica se tratase es que se refleje en el éxito de la operación, el mismo que está supeditado a múltiples condiciones según el Informe de la Dirección General de Política de la PYME en la experiencia Española, según ZOZAYA¹¹² señala que “[el éxito de una operación de fusiones o adquisiciones] estará muy ligada a la correcta estructuración de la oportunidad, teniendo en cuenta multitud de factores, tales como los recursos de las empresas, las restricciones legales y regulatorias, el entorno macroeconómico, etc.”

Es en el marco del estudio del éxito que pueda tener una fusión o adquisición que prestamos mayor interés en los factores de índole jurídicos, como las posibles restricciones legales y regulatorias. Pues, si bien hemos concluido preliminarmente en la existencia de una vocación abolicionista de la cualidad absoluta de los principios y valores constitucionales en abstracto, también compartimos que los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente no pueden ser calificados de absolutos en sí mismos, sino que han de protegerse

¹¹² ZOZAYA GONZALES, Neboa, Las Fusiones y Adquisiciones como Fórmula de Crecimiento Empresarial. Publicación de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, marzo 2007.

y valorarse en un contexto en el que el Derecho es interpretado como un sistema integrado e integrador.

6.3. Sobre la Libertad de Información

Tal como hemos estudiado, nuestra carta fundamental reconoce en el Artículo 2º inciso 4 las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento; sin embargo, el Tribunal Constitucional¹¹³ ha señalado que en realidad, "(...) existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público."

Así también, con relación a la información, el mismo Tribunal señala que "[es la] capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables. Y en cuanto a la expresión, esta se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor, que en tanto son opinables, requieren un carácter básico de

¹¹³ STC. N.º 2262-2004-HC/TC: Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Laureano Ramírez de Lama contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, sobre los derechos comunicativos, libertad de expresión e información como derechos fundamentales, entre otros.

congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente.”¹¹⁴

Lo más saltante de este reconocimiento es el sentido que se sostiene en la STC N.º 0905-2001-AA/TC¹¹⁵, en tanto señala que: “(...) ambos derechos tienen un sólido sustento democrático, e incluso se han propuesto garantías para que la injerencia a su ejercicio sea lo más limitada posible. De ello se sigue la imposibilidad de control o censura previa sobre ellos.”

Cabe precisar, que los principios de no injerencia y de injerencia mínima o limitada en las libertades de información y expresión a los que hace referencia el Tribunal Constitucional se dirigen explícitamente a la influencia, injerencia y/o control estatal sobre los contenidos protegidos por esta libertad. Lo que no debe confundirse a efecto de establecer controles estatales sobre las empresas del sector productor de prensa escrita, que pueda garantizar la pluralidad informativa.

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín, “(...) como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida que un medio de comunicación social, cualquiera que sea su naturaleza, pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribiera el impedimento del ejercicio de tales libertades y, con ellos, la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo.

Desde esta perspectiva, FERRAJOLI sugiere la existencia de una doble dimensión; “la primera es el derecho de información, el cual es un derecho individual de libertad de buscar y difundir informaciones sin prohibiciones, censuras o discriminaciones; y la segunda dimensión es el derecho a la información, que es un derecho social o colectivo de recibir informaciones veraces lo más completas posibles y que no se encuentre deformadas por condicionamientos que responden a intereses particulares.”¹¹⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que las libertades de información y expresión tienen una doble vertiente: a) como dimensión individual, pues se tratan de derechos que protegen que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento o de difundir hechos informativos; y, b) como dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de *todas* las personas a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, a fin de formarse una opinión propia.¹¹⁷

Es precisamente desde la óptica de la dimensión colectiva que atañe a la libertad de información que el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que “las libertades de información y expresión, los

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Libertad de Información y Propiedad Privada. Una Propuesta no Utópica. En: Miguel CARBONELL (Compilador), Problemas Contemporáneos de la Libertad de Expresión. México, PORRUA, 2004.

¹¹⁷ Cft. STC N° 0905-2001-AA: Recurso extraordinario interpuesto por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, sobre libertad de expresión e información, sobre el contenido constitucional de la libertad de información, entre otros.

medios de comunicación cumplen un papel social preponderante, pues ellos constituyen el vehículo a través del cual se transmiten opiniones e informaciones que permiten que se forme, canalice la opinión pública libre y plural, que es presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad y para una sociedad democrática.”¹¹⁸

El Tribunal Constitucional se ha referido también a la dimensión señalada precedentemente en tanto las libertades de expresión y de información que se materializan a través de los medios de comunicación, en tanto que “(...) permiten el desarrollo de la autonomía moral del ser humano y, en esa medida, respetan y promueven su dignidad. Respecto de lo segundo. La misma sentencia destaca que "las libertades de expresión e información tienen carácter de derechos constitutivos para la democracia, ya que permiten la formación de opinión y participación políticas que hace posible la inclusión de todos dentro de la democracia”¹¹⁹

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, OEA, destaca que "los medios de comunicación permiten que los individuos puedan formar su propia opinión política y luego comparar la suya con la de otros. Solamente cuando el

¹¹⁸ STC N° 00015-2010-PI-TC: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6,717 ciudadanos, representados por don Daniel Linares Bazán, contra el segundo párrafo del artículo 22° de la Ley N.º 28278 –Ley de Radio y Televisión–, que prohíbe que una misma persona natural o jurídica, sea titular de más del 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y 20% para la radiodifusión sonora. Discusión sobre libertades de expresión y de información, medios de comunicación y pluralismo informativo.

¹¹⁹ Ídem.

individuo es informado podrá evaluar y libremente adherirse a una u otra postura dentro del espectro político. Precisamente, la necesidad de mayor información y plural, por cierto, junto a la libertad para poder expresar e intercambiar opiniones, tiene una vital importancia en los procesos de toma de decisión en los que participan los distintos miembros de la sociedad. El ejercicio de la libertad de expresión por parte de los ciudadanos de un Estado depende directamente que los medios de comunicación provean información de manera libre e independiente"¹²⁰

Así también, tenemos que es imprescindible mantener un equilibrio de las fuerzas que influyen en forma determinante en los resultados democráticos a fin de garantizar su propia institucionalidad. "La confrontación fluida de ideas disimiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayoría con absoluto respeto de los derechos fundamentales de las minorías".¹²¹

Dado que los medios de comunicación sirven para materializar las libertades de expresión e información; estos deben adecuarse a los

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo V, Violaciones Indirectas a la Libertad de Expresión. El Impacto de la Concentración en la Propiedad de los medios de Comunicación Social. (2004)

¹²¹ STC. N° 00003-2006-AI: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra el artículo 37° de la Ley N.° 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP)— sobre vulneración a los derechos fundamentales y a las libertades de expresión e información, libertad de empresa y otros.

requerimientos de esa libertad. Desde esta perspectiva, se hace referencia al pluralismo informativo como garantía para el ejercicio pleno de dichas libertades.

6.4. Pluralismo Informativo

En este orden de ideas, me permito ahondar en el llamado “Pluralismo Informativo”, que a criterio nuestro es uno de los bienes jurídicos protegidos del Derecho a la Libertad de Información; según CARBONELL: "Se puede sostener que existirá un pluralismo en los medios siempre y cuando a) la información pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla; b) dicha información tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, que haya surgido o pueda surgir de distintos puntos, de, para decirlo en forma simplificada. 'creación de noticia', y c) que el producto informativo 'refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, que contenga el punto de vista de varios y no de uno solo o de pocos de los participantes en los círculos públicos de deliberación e intercambio".¹²²

¹²² CARBONELL, Miguel. Construir el Pluralismo. En: Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Maestro Mario de la Cueva, México, UNAM, 2000, pp 288.

En referencia con la estructura de las organizaciones que ejercen el control de los medios de comunicación se distingue entre un pluralismo interno y otro externo. El primero se relaciona con la diversidad de puntos de vista dentro del mismo medio. El segundo se refiere a las relaciones entre diversas empresas de comunicación para garantizar su autonomía y, en consecuencia, que la mayor cantidad de opiniones se vean representadas por los medios de comunicación. El pluralismo informativo externo según FERNANDEZ, "es el resultado del conjunto de medios o empresas informativas existentes e independientes entre sí"¹²³. Sobre este punto, el Consejo de Europa ha manifestado que "el pluralismo informativo externo sólo será posible cuando se ponga a disposición del público, distintos medios de comunicación que en conjunto representen la diversidad, al representar cada uno de elementos de la misma por separado."¹²⁴

Así también, el Tribunal Constitucional ha reconocido la vital importancia de la pluralidad informativa en el mismo sentido en el que hemos enfocado su ubicación espacial, en tanto señala que "no existe democracia sin pluralismo y dentro de las diversas manifestaciones del pluralismo, se encuentra el pluralismo informativo. Principal concreción está manifestada en la prohibición dirigida al Estado y a los particulares de monopolizar o acaparar medios de comunicación social,

¹²³ FERNANDEZ FARRERES, G., "Acceso a los Medios de Comunicación social privados y pluralismo informativo", en Tornos Mas J. (coord.) Democracia y Medios de Comunicación, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

¹²⁴ El Libro Verde de la Comisión Europea. Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior, COM. Final. Bruselas 23DIC1992. pp 18.

prevista en el artículo 61° de la Constitución. Recordemos que este dispositivo proscribía la exclusividad, el monopolio y el acaparamiento de la prensa, la radio y la televisión; y, cualquier otro medio, por parte del Estado o particulares. En estos casos por decisión del constituyente, el valor de la libre competencia, en importante medida, debe ceder ante el valor de la protección libre plural de las ideas y de los hechos noticiosos, el cual se encuentra en los medios de comunicación social, la vía idónea, por antonomasia, para su realización.”¹²⁵

6.5. Desarrollo Legal del Pluralismo Informativo

Para abordar con mejor conocimiento del surgimiento del pluralismo informativo en nuestro país, su importancia y sus orígenes en nuestro país es importante ver como se origina.

Los derechos vinculados con la prensa, libertad de información, opinión, y difusión del pensamiento no eran de político interés español para con sus colonias, sin embargo, no era pretexto para que los ilustrados de la emancipación dejaran de aportar ideas que

¹²⁵ STC 00015-2010-PI: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6,717 ciudadanos, representados por don Daniel Linares Bazán, contra el segundo párrafo del artículo 22° de la Ley N.º 28278 –Ley de Radio y Televisión–, que prohíbe que una misma persona natural o jurídica, sea titular de más del 30% de las frecuencias técnicamente asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y 20% para la radiodifusión sonora. Discusión sobre libertades de expresión y de información, medios de comunicación y pluralismo informativo.

contribuirán al desarrollo de lo que conoceríamos como república y por supuesto la democracia.

Es con Francisco Cabello y Meza, conocido bajo el seudónimo de Jaime Bauzate y Meza que se gestan los primeros diarios nacionales en Perú, Argentina y Uruguay, siendo “El Diario de Lima” junto con el “Mercurio Peruano” quienes fueron una fuente escrita de prensa no oficial, que sirvieron de vehículos de pluralidad informativa y discusión de las incipientes ideas independentistas de la época.

Durante la ocupación napoleónica en España, se gesta en 1808 la Junta Suprema Central que en 1810 pasaría a llamarse Consejo de Regencia de España e Indias, quien buscaba a través de sus misivas y decretos enviadas a América, legitimar la invasión de Napoleón al reino Español, así como sostener el nuevo régimen jurídico que venía instaurándose, de este modo uno de las normas que nos asoma a entender el panorama que se avecinaba se observa en el Decreto IX del 10 de noviembre de 1810 titulado -Libertad Política de Imprenta-, “(...) la importancia es tal que refiere en su considerando único la novísima facultad que tendrán los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas, que son no solo un freno para la arbitrariedad de los gobernantes, sino también un medio

de ilustrar a la nación. Y el Único camino para llegar al conocimiento de la verdadera opinión pública.”¹²⁶

Si bien este es el origen del origen de la libertad de prensa, era entonces conocida y denominada como libertad de imprenta, en tanto la Constitución de Cádiz señalaba en el Artículo I “que todos los cuerpos –personas jurídicas- y personas particulares, de cualquier condición y estado que tienen libertad de imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a su publicación (...)”¹²⁷

El devenir del tiempo ha ido moldeando este conjunto de libertades, sin embargo los referentes más actuales de su evolución legislativa se remonta a la Ley N° 22244, Nueva Ley de Prensa que si bien entra en vigencia el 18 de julio de 1978, bajo los alcances de la Constitución de 1933, es también un intento poco fructífero de salvaguardar los derechos vinculados a la prensa e información en tanto fue dada en el marco del Plan de Gobierno “Tupac Amaru” instaurado en el Perú por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas encabezado por el General Juan Velasco Alvarado.

La referida Ley, anterior a la vigencia de la Constitución de 1979, hace referencia de a su Constitucionalidad de la de 1933, señalando que en cumplimiento del artículo 63° se garantiza la

¹²⁶ ARGUELLES, Agustín. La Reforma Constitucional de Cádiz. Ed. 1970, p.131.

¹²⁷ Constitución de Cádiz de 1812.

libertad de prensa y el derecho a emitir libremente ideas y opiniones, bajo las responsabilidades de ley, si bien, no apreciamos algún cambio o desarrollo significativo de los derechos protegidos ni el alcance de estos si podemos apreciar que en el artículo 11° existe una vocación de transparencia, puesto que refiere expresamente que “Anualmente durante el mes de marzo, las empresas editoras harán constar en páginas preferentes de sus propias publicaciones, la nómina de sus socios y directores, el monto del capital, la participación de cada uno de los socios y los cargos que desempeñen en la empresa, así como la relación de los acreedores hipotecarios, prendarios o financieros si los hubiere, con especificación del monto de cada crédito”

Como es natural de los gobiernos de facto, persiste la obligación de los medios de prensa escrito de enumerar y describir a los representantes de cada editorial, así como hacer mención detallada de sus activos y pasivos, todo ello en función de llevar un control exuberante sobre quienes a razón de ser de la propia ley son libres e independientes. No obstante ello, podemos advertir también que la intención más allá de tratarse de ser un control por demás extremo, es también un medio de supervisión periódica de donde y como se centraliza el poder de la información, ya sea que se ostente o se sostenga en las manos de los mismos socios, accionistas, participacionistas, directores e incluso si el control de la información reposa sobre las obligaciones crediticias o contractuales con sus

acreedores quienes pudieran generar alguna influencia o posición dominante del mercado con fines, desconocidos.

Otro de los puntos medulares de esta ley se encuentra en el Artículo 15° y 16° en el que se evidencia la intención de evitar concentraciones puesto que señala que “Ninguno de los accionistas podrá poseer más del 5% del capital social. Los mismos que no podrán ser transferidos a extranjeros.

Pero más allá de su carácter eminentemente nacionalista y de control empresarial, que podría generar un conflicto de intereses con el modelo actual de libertad de prensa, resulta anecdótico y ejemplar el impulso de los diarios de carácter regional, aquellos que no tienen una difusión masiva, ni son de alcance nacional; nos referimos a aquellos que por su difusión geográfica y por sobre todo, a sus recursos económicos no alcanzan las titánicas proporciones de los grupos empresariales de prensa más importantes del País. La Nueva Ley de Prensa N° 22244, refiere en su artículo 23° una relación de los beneficios – incentivos tributarios que gozarían por el periodo de 5 años quienes se aventuren a iniciar actividad económica en las regiones del país, tales como a) Reinversión libre del impuesto hasta un 90% de renta. b) Exoneración del impuesto al patrimonio empresarial; y, c) Exoneración del impuesto a los bienes y servicios.

Hasta la dación de la Ley N° 22244 no habían transcurrido ni 20 años en que se produce el boom de la televisión en nuestro país en 1959, con la aparición de dos nuevos canales de televisión. Y poco más de 50 años desde la primera emisión de frecuencia radial a través de Radio Nacional del Perú, quien se erigió como la primera radioemisora nacional. No obstante, ello la referida norma confiere únicamente dos artículos a la regulación de estos medios, no incorporando más que los mismos lineamientos a los que se regía la prensa escrita, la misma que provenía de una data tan antigua y era poseedora de una vocación libre e independiente desde los albores de nuestra emancipación.

Sin embargo, con el devenir de los años, más han sido los intentos legislativos por enmarcar y circunscribir el espacio jurídico de los medios de radio y televisión, dejando a su libre albedrío aquello que tanto nos costó a la historia de nuestro país conseguir.

Es así que producto del desarrollo legal para el tratamiento de los medios de comunicación se tiene que hay un decrecimiento en el fortalecimiento de las normas referidas a la prensa escrita y un avance en las referidas a los medios de comunicación audiovisual tal como vemos en la Ley de Radio y Televisión, N° 28278 la misma que deroga a la N° 22244.

Asimismo, y siguiendo la disposición constitucional presente en el artículo 61° “(...) 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.” Señala en el artículo 22° de la Ley de Radio y Televisión N° 28278, establece: "Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más de treinta (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente: asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y 20% para la radiodifusión sonora". En tanto que, para el caso de la prensa escrita, no existe específicamente una norma que imponga límites frente a un acaparamiento.

Es desde la dación de esta norma que la prensa escrita encuentra sus límites únicamente en sus contenidos en tanto atañen los derechos de honor debiendo rectificar informaciones falsas o inexactas con las posibles sanciones pecuniarias o restrictivas que señale la ley. Sin embargo, no existía ni existe limitación alguna en lo que se refiere a su composición y organización interna dejando nuevamente este espacio a su libre albedrío y al *laissez faire, laissez passer*.

Cabe señalar el despropósito que se consigue al no abordar adecuadamente este tema, en tanto hay que identificar dos vertientes que por error o conveniencia suelen aunarse justificándose bajo argumento único. En primer lugar, debemos partir de la idea que un grupo dedicado a la prensa escrita posee una organización, objetivo, producto y un público determinado.

En cuanto a la organización esta se enmarcará a través de un tipo de sociedad el cual se encuentra regulada por nuestra Ley General de Sociedades y la designación de sus miembros es la misma que para cualquier otra Sociedad, rigiéndose sobre parámetros específicos que no limitan el ejercicio de participación a ningún ciudadano; en cuanto al objetivo, al tratarse de una Sociedad, es obtener ganancias, es decir crear lucro, una rentabilidad que permita satisfacer las necesidades de sus socios y reinvertir en el mercado ya sea en ampliar su margen de acción y rentabilidad o diversificando el riesgo del mercado, invirtiendo en otros sectores de producción de bienes y servicios.

Por otro lado, tenemos que cada bien o servicio está dirigido, aunque no limitado a un público específico y que la elección en este espacio recae únicamente en quien se avoque a convertirse en un agente consumidor, con las protecciones que la ley le otorgue. Finalmente tenemos un productor, que, sin la menor duda, es el motor de cualquier sociedad de este tipo, pues su producto concentrará el contenido de lo que habrá de difundirse, siendo esta difusión libre de

toda intervención estatal, a fin de garantizar las libertades que hemos venido mencionando a lo largo del presente trabajo.

Entonces ¿Dónde aparece el problema? Cabe recordar los supuestos prohibitivos del artículo 61° de la Constitución, “(...) no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.” Por lo que la tarea a la que nos avocaremos es a intentar desarrollar los aspectos de exclusividad y acaparamiento que quedan proscritos en nuestra carta fundamental. Así como aquellos que por congruencia se encuentran vinculadas a estas como la concentración empresarial o concentración industrial.

6.6. Exclusividad, Acaparamiento y Concentración

Si bien es cierto que el término “Exclusividad”, deriva de un adjetivo cuyo significado es “Cerrado” sus connotaciones actuales la definirían como una palabra polisémica dentro y fuera de la ciencia jurídica, así como evitar crear confusiones al entender sus connotaciones en otras ciencias o disciplinas.

Por ejemplo, en economía, la exclusividad es el referente para la optimización de resultados, pues dicho término describirá a lo que es único o especial y que caracteriza a un producto o servicio, y que

al mismo tiempo sea deseable desde el precio y calidad ofrecida. Ello debido a que producto de las relaciones que se dan en el mercado, la exclusividad está íntimamente vinculada con la preexistencia de una marca, la misma que reviste a cualquier bien o servicio, de características diferentes frente a terceros competidores, y permite que se distinga de otras opciones ofertadas, las excluya e incluso reste importancia a su competencia.

Así también, en la actividad periodística la exclusividad aparece vinculada a la connotación de “privilegio” en el acceso a determinada información clasificada o acontecimiento relevante, así como para tener la oportunidad u opción de ser quien posea la “Exclusiva” en la difusión de dicha información.

Si bien, el Derecho peruano, ha recogido el vocablo - Exclusividad- para su aplicación en distintas ramas de su ejercicio profesional, no existe una definición única, por ejemplo; en el Derecho Internacional Público, la exclusividad se entiende como la facultad de un Estado a poder excluir de la soberanía a cualquier otro sobre un espacio determinado, específicamente, de su territorio, siendo el único que goza de discrecionalidad en tanto no coexiste otro titular para ejercer su jurisdicción. Por otro lado, el Derecho que regula las relaciones privadas civiles y comerciales, han adoptado el vocablo en mención, para hacer referencia a un específico tipo de cláusula contractual, así como distinguir hechos, situación o lugares calificados

como singulares, únicos, privilegiados de acceso limitado o restringido.

Así también, queremos hacer la distinción, de la exclusividad del “Acaparamiento”, pues este último consiste específicamente en almacenar y mantener fuera del mercado un producto con la intencionalidad que, ante la escasez y aumento de la demanda, el precio ascienda. Sin embargo, al tratarse que la prensa, diarios, periódicos, etc., son bienes de producción continua y con contenido distinto en menos de 24 horas, no resulta equiparable hablar de acaparamiento, en tanto no se puede almacenar información, puesto que lo que es noticia hoy, no lo será mañana. Por lo que entonces, recurriremos a otro concepto, que no posee un desarrollo suficiente en nuestra legislación, la Concentración.

En cuanto al procedo de concentración, PEREZ señala que “(...) coinciden dos circunstancias: la transmisión de patrimonio y la extinción de la autonomía jurídica o económica de una o varias empresas. La transmisión de patrimonio se puede realizar por la integración de varias empresas en una sola, o por transferencia de parte de los activos de una empresa a otra. En cuanto a la pérdida de independencia o autonomía jurídica y económica, son dos las posibilidades que habitualmente se ofrecen: la fusión de todas las empresas en una

nueva y la absorción por una empresa de otra u otras que previamente se disuelven.”¹²⁸

Del mismo modo, NIETO e IGLESIAS consideran que “[La concentración] Como estrategia de crecimiento, la concentración resulta efectiva, pero el peligro surge cuando ésta supera determinados límites y pone en riesgo la libertad de comercio, por exceso de dominio del mercado. Y si esto es relevante en cualquier sector de la economía, lo es más aún, si cabe, si la concentración opera en el mercado de la información, ya que puede limitar las libertades de expresión, difusión y elección entre diversos productos informativos por parte del público.”¹²⁹

La concentración de un mercado está íntimamente ligado a la existencia de un monopolio o una posición dominante del mercado, por lo que estaríamos hablando de una concentración de tipo empresarial, la misma que “supone la reducción del número de empresas oferentes independientes y el incremento de su poder de mercado, ya que éste se reparte ahora entre un menor número de agentes. Mediante la concentración se persigue obtener una posición de ventaja relativa respecto a la estructura empresarial precedente.”¹³⁰

¹²⁸ PEREZ SERRANO, José. La concentración de medios en España: Análisis de casos relevantes en radio, prensa y televisión. Tesis para optar por el grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid. España. 2006.

¹²⁹ Cfr. NIETO, Alfonso e IGLESIAS, Francisco: La empresa informativa, Ariel Comunicación, Barcelona 2000, 2ª ed., p. 215.

¹³⁰ Consultada web realizada sobre Concentración Empresarial en: http://www.cienciasfera.com/materiales/economia/economiaempresa/tema06/3_concentracion_empresarial.html el 12 de marzo de 2018.

Nuevamente, nos encontramos ante la disyuntiva de si las ventajas obtenidas lícitamente en ejercicio del libre mercado y de la eficiencia empresarial afectan el normal desarrollo del mercado y por ende perjudicar a los competidores.

En ese sentido, queda claro que el fin de la empresa privada es buscar a través de la eficiencia empresarial maximizar las ganancias, exceptuando y reduciendo las pérdidas, por lo que no podríamos adoptar la tesis que la empresa privada tiene como finalidad la protección de la democracia, pues la empresa privada a través del dominio de un mercado específico optará por generar mayor riqueza independientemente del sistema político que adopte un país.

6.7. Concentración de Medios: Análisis Comparado

La “Concentración” como fenómeno económico, posee una característica poco feliz para los consumidores, es que es natural y posee respaldo legal en la medida que producto de las operaciones y de la eficiencia empresarial eventualmente una empresa podría hacerse con el mercado absoluto (monopolio) o control dominante (posición dominante no monopolística) de un determinado sector económico. Los medios de comunicación, como actividad económica, no son ajenos a esta situación.

La concentración de los sistemas de medios implica un proceso que, en un determinado conjunto, tiende a aumentar las dimensiones relativas o absolutas de las unidades presentes en él.¹³¹ crecimiento de las empresas, basado en dos estrategias: el crecimiento interno, que tiene lugar cuando se crean productos que permiten ganar mercado por inversión y acumulación; y el crecimiento externo, que supone la compra de empresas en funcionamiento. Si bien la demanda de capital suele ser mayor en este último caso, presenta la ventaja de que los ingresos son inmediatos y el riesgo estimable.¹³²

Existen diversos tipos de concentración de medios, estos pueden fundarse desde la perspectiva del agente que los concentra o de los tipos de negocio de medios que se concentran. Tratándose el presente trabajo, específicamente de un análisis sobre la base de la prensa escrita, nos avocaremos a abordar desde los agentes concentradores.

En esta circunstancia se presentan algunas diferencias entre la experiencia de un país a otro, pues en algunos casos la concentración la produce un grupo empresarial y en otros esta podría ser producida por el mismo Estado.

¹³¹ DE MIGUEL, Juan Carlos (2003). "Los grupos de comunicación: La hora de la convergencia", en Bustamante, Enrique (coord.). *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación: las industrias culturales en la era digital*. Barcelona: Gedisa.

¹³² BECERRA Martín y MASTRINI Guillermo. Concentración de los medios en América Latina: Tendencias de un Nuevo Siglo

Por ejemplo, el caso argentino la concentración de medios ha tomado la denominación de concentración informativa, el problema saltó a la luz en el año 2016 con mayor incidencia debido al Informe de Mapa de Medios de Comunicación elaborado por la presidencia de la Comisión de Libertad de Expresión de la Cámara de Diputados Nacionales en el que se revela la compra de medios de comunicación y empresas.

El problema que se suscitó en la Argentina pasa por dos etapas, la primera plantea que dos grupos económicos CLARIN y LA NACION poseen y han acaparado el mercado de medios, y por otro lado, una crisis en el periodismo, en la medida que el ejercicio de dicha profesión estaría condicionado no a la información que pudiese obtenerse, clasificarse y emitirse; sino que ésta podría estar dirigida por dichos grupos a determinar qué tipo de información puede finalmente salir a luz.

Una diferenciación importante sobre la que se han pronunciado innumerables periodistas independientes es que la comunicación para ellos es un derecho humano básico, mientras que para el Estado que no ha venido aportando avances en la intención de evitar la concentración, la comunicación sería únicamente un bien de mercado.

En el año 2009, el gobierno de Mauricio Macri, derogó la Ley de Servicio de Comunicación audiovisual promulgada en el 2009,

favoreciendo un indiscriminado crecimiento de la concentración, con la adquisición de empresas competidoras, además de obtener aproximadamente 250 licencias de radio y televisión. Situación que antes de la derogación hubiese estado prohibida precisamente por el peligro que significaba para la libertad de expresión, sobre todo de aquellos medios que difícilmente podían competir en dicho mercado.

Esta derogación trajo consigo una problemática que se condice con el Perú, el gobierno en los anuncios de publicidad estatal no se rige ahora por parámetros de equidad, sino por parámetros de mercado, por lo que se aumenta y se solidifica la posición dominante de medios en argentina en la medida que incluso el Estado en un rol de anunciante, favorece a quien tenga mayor circulación otorgando mayor publicidad.

A la fecha, no existe una evolución que ponga freno al desmedido crecimiento de la concentración de las operaciones de los medios de prensa argentinos, por el contrario las “buenas” relaciones de dichas empresas con el Estado han facilitado la discusión de un proyecto de ley que busca regular las comunicaciones, sin embargo, a diferencia de la Ley derogada en el 2009, que evitaba la concentración, ésta propugna mayor impulso al crecimiento de las economías privadas sin tomar en consideración que existen derechos vulnerados que afectan seriamente la libertad de expresión y con ella la democracia argentina.

En Ecuador, sin embargo, el proceso de concentración de medios de prensa escrita tiene mayor significancia debido a la fuerte influencia generada en la opinión pública. Ello queda sustentado en las cifras que en el 2006 dio a conocer el Instituto de Investigaciones Kantar Media Research¹³³ arrojando los siguientes resultados:

- Siete de cada diez personas han leído periódicos recientemente.
- El principal público lector tiene entre 25 y 44 años de edad.
- Los varones representan, con el 73%, el grupo más numeroso de lectores de periódicos.
- El 44,54% de los encuestados dedica entre 15 minutos y media hora a la lectura de diarios, el 29,99% lee periódicos entre media hora y una hora y el 16,51% los lee durante menos de 15 minutos. Solo el 8,3% reserva entre una y dos horas diarias a la lectura de periódicos.

Según la UNESCO¹³⁴, la interactividad en los medios ecuatorianos es cada vez más alta: el 72,5% de los medios gráficos aprovechado esta opción para intercambiar ideas con su público.¹³⁵

¹³³ Mirjam Gehrke, Nelsy Lizarazo, Patricia Noboa, David Olmos, Oliver Pieper. Panorama de los medios en Ecuador: Sistema Informativo y Actores Implicados. Media Development Studies. Edition DW AKADEMIE N°2016 Editorial DEUTSCHE WELLE, Bon-Germany. Abril 2016.

¹³⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), organismo especializado del Sistema de Naciones Unidas, la UNESCO tiene como misión propiciar un diálogo entre las civilizaciones, culturas y los pueblos, contribuyendo a la conservación de la paz y la seguridad mundial.

¹³⁵ EN: MATOKO, E. y GONZÁLEZ, R. M. (2011). Análisis de Desarrollo Mediático en Ecuador - 2011. Disponible en: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/IPDC/ecuador_mdi_report_eng.pdf

Así mismo, Ecuador es un claro ejemplo de lo que ocurre en la mayoría de los países de América Latina, “Si bien la televisión y, en segundo lugar, la radio son los medios de comunicación masivos más consumidos en Ecuador, queda claro que la prensa escrita ejerce mayor influencia en la opinión pública. Esto se debe, entre otros factores, a que los editoriales, análisis y comentarios difundidos en los diarios del país suelen ser reproducidos por medios electrónicos y en parte leídos de forma íntegra en programas de radio y televisión. De este modo, las opiniones vertidas en la prensa llegan a un público muy superior a los estimados 3,2 millones de lectores regulares de diarios.”¹³⁶

Otro de los países de la región que ha podido identificar la concentración de medios de prensa como un problema tangencial es Colombia; para ellos el primer anuncio de esta problemática se suscitó durante las campañas electorales, debido a que “se conoció públicamente de la financiación de las campañas políticas por parte de los grupos económicos que han fijado sus intereses empresariales en algunos candidatos de las principales ciudades del país y la forma en que los medios de comunicación han emprendido campañas políticas obedeciendo a un grupo económico o casa editorial.”¹³⁷

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Canal Capital. Colombia. Disponible en: <https://kavilando.org/2013-10-13-19-52-10/conflicto-social-y-paz/4123-estudio-de-concentracion-de-medios-en-colombia>, consultado el 16 de julio de 2018

Para los colombianos son dos los principales grupos económicos que centralizan los niveles y calidad de información, esto gracias a una investigación realizada por periodistas colombianos, FECOLPER y Reporteros sin Fronteras: “por un lado, “Grupo Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo”, agrupa la Casa Editorial El Tiempo con todas las filiales de prensa escrita junto con los medios de televisión City Tv, y El Tiempo Tv. Sarmiento Angulo es el dueño del Grupo Aval que agrupa al Banco de Occidente, Banco de Bogotá, Banco Av Villas y otras entidades de intensa actividad financiera como Seguros Porvenir. Y, por otro lado, Organización Ardila Lulle que se enfoca principalmente en el sector de los medios de comunicación agrupando los siguientes medios: RCN Televisión – NTN24 – Mundo Max – Win Sports – La Fm – RCN La Radio – RCN Novelas – La Mega – Radio Fantástica – Radio Uno – Antena 2, entre otros.”¹³⁸

Como vemos el primero de ellos, agrupa la mayor cantidad de medios de prensa escritos en Colombia, no obstante el grupo empresarial incursiona en otro mercado diversificando sus operaciones comerciales. Sin embargo, esto mismo crea incentivos al interior de las diversas empresas para brindar su apoyo a candidatos presidenciales y locales de toda Colombia.

¹³⁸ Ídem.

Por último, Estados Unidos, quien lleva el estandarte de la libertad empresarial, no tiene una regulación para los medios de prensa escritos, no obstante, existe limitaciones referidos a la propiedad cruzada de medios, con prohibiciones establecidas por la Federal Communications Commission (FCC).

6.8. El Caso Peruano

En los últimos años mucho se ha dicho acerca de la operación de fusión y adquisición realizada por el Grupo el Comercio al grupo Erensa (Empresa Periodística Nacional S.A.), y a su empresa su empresa de soporte logístico Alfa Beta Sistemas (Alfa-Beta Sistemas S.A.C.) las mismas que compartían el mismo accionariado.

Los hechos ocurridos pormenorizados han sido compilados de forma exitosa por SALAS, en su tesis titulada “Acaparamiento en los medios de prensa escrita: Análisis del caso Erensa” compilando los hechos facticos de la operación llevada a cabo por el grupo El Comercio, señala que; “A mediados de 2013, los esposos Enrique Angois y Marcia Mindreau deciden poner a la venta sus respectivas acciones. Posteriormente, el 21 de agosto de 2013 la Empresa Editora El Comercio compra el 54% de acciones puestas en venta por Angois y Mindreau correspondiente a Erensa. Ese mismo día, la

empresa Servicios Especiales de Edición (empresa vinculada a El Comercio) compra a su vez el 54% de Alfa Beta Sistemas, es decir, las acciones que fueron previamente adquiridas por los hermanos Angois Banchemo.”¹³⁹

Dicho autor señala también que: “El Comercio mantenía hasta antes de dicha operación comercial el 49.30% de los medios de prensa escrita, con esta operación el Grupo El Comercio se adueña del Grupo Epenca, asumiendo el dominio del 77.86% del mercado de venta de diarios. De esta forma, las publicaciones “El Comercio”, “Perú 21”, “Gestión”, “Trome”, “Depor” (de propiedad de El Comercio), y ahora “Correo”, “Ajá” y “El Bocón” (de propiedad de Epenca) vienen siendo comercializados por un mismo grupo. Esta situación conlleva una altísima concentración en la venta y comercialización de periódicos que sería contraria al orden constitucional y que afectaría seriamente el mercado de medios impresos en el Perú.”¹⁴⁰

Pero, ¿Cuál es la estrategia para no hablar de concentración?, pues bien, EPENSA como tal, se subdivide en dos empresas, Epenca 1, controlada por el accionariado minoritario de la familia Angois Banchemo, cuya labor dentro de la organización comercial sería la de

¹³⁹ SALAS VASQUEZ, Pedro. Acaparamiento en los medios de Prensa Escrita: Análisis del caso Epenca. Tesis para optar por el grado de Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2016.

¹⁴⁰ Ídem.

la producción de contenidos periodísticos; y, por otro lado Epena 2, que estaría controlado por el accionariado mayoritario del Grupo El Comercio, cuya labor es la de impresión y comercialización de diarios.

En esta línea tenemos a bien que el principal grupo económico de información del país, adquiere el porcentaje de acciones mayoritarias de un grupo de la competencia EPENSA, únicamente para obtener ganancias y réditos sobre la base de una actividad de servicio logístico; dejando al libre albedrío las líneas editoriales, situación complicada de creer.

Sin embargo, nótese que Epena 2, controlada por el Grupo El Comercio, tiene entre sus funciones establecer la publicidad e impresión. Controlando de esta manera no solo el 54% de la sociedad, el aparato logístico de suministro, sino que además, controlaría los ingresos y agentes económicos producto de la publicidad y el tiraje de ventas a través de la impresión; finalmente si bien, en apariencia, no habría un control sobre la línea editorial, si poseen un control total sobre lo que finalmente sale a impresión o circulación.

Como lo hemos venido señalando en la comparación de esta problemática con la realidad que atraviesa los medios de

comunicación de radio y televisión, los defensores de esta operación fijan su atención en la prohibición constitucional y el concepto de acaparamiento.

Por ejemplo, el profesor QUIROGA respecto al uso del término acaparamiento señala que: “El acaparamiento es un concepto económico que solo puede existir respecto de los bienes tangibles cuyo número o existencia puedan ser objeto de apoderamiento interesado de quien altera las reglas del mercado, en un universo determinable, cuantificable, medible y finito. Así la Ley de Radio y Televisión, en su artículo 22, define expresamente el acaparamiento en radio y TV cuando un titular tenga más del 30% de las frecuencias disponibles técnicamente en una misma banda de frecuencia para la TV y del 20% para la radiodifusión sonora. Por su parte, el artículo 11° en esta misma norma legal define al espacio radioeléctrico como un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la nación. Y ello es así porque, como la propia ley lo reconoce, dicho espacio en TV y radio es limitado, limitable y finito”¹⁴¹

Desde esa perspectiva refiere también que: “los medios de comunicación escrita no podrían ser objeto de acaparamiento, desde que la oferta de estos –al ser un derecho fundamental su fundación,

¹⁴¹ Quiroga, Aníbal. “No se puede leer la Constitución como si fuera el Código Civil”. Gaceta Constitucional. Octubre 2013, Tomo 70, p. 296

sin permisos ni autorizaciones previas- no podría ser objeto de aprovechamiento singular, ni ser apropiada por un solo titular, ya que siempre habrá la posibilidad de que se oferten tantos medios de comunicación escrita como voluntades en hacerlo existan en nuestra sociedad” .¹⁴²

Dentro de una concepción democrática de la vida pública, es indispensable que exista libertad de prensa, libertad de crítica, por lo que es fundamental que la prensa y los medios de comunicación, reflejen la diversidad de puntos de vista, opiniones, de tal manera que el ciudadano este suficientemente informado y pueda tener un posición con conocimiento de causa de la problemática policía y social.

En el caso el Comercio, el artículo 61° de la Constitución tiene 2 partes, la primera establece que lo que se prohíbe en el Perú no es el monopolio en sí mismo, sino el abuso de la posición de dominio. En esta situación tomando de partida que existen monopolios naturales que en la práctica tienen un desarrollo compatible con la realidad y que contrario a la concepción primigenia del monopolio, es incluso beneficiosa para los consumidores.

¹⁴² Ídem

Al respecto, compartimos así la opinión de SALAS en cuanto a que “(...) el término acaparamiento también tiene una noción constitucional, distinta a la económica. De esta forma, mientras la noción económica del acaparamiento es una especie del género especulación, y por lo cual debiera darse el almacenamiento de bienes escasos; la noción constitucional es relativa a la concentración de un determinado mercado en manos de unos pocos.”¹⁴³

En este contexto, KRESALJA señala que “A diferencia de lo que ocurre con los servicios de radiodifusión, no existe para la prensa escrita norma que especifique qué se considera exclusividad, monopolio o acaparamiento, pero ello no significa que esas situaciones no puedan ocurrir en la realidad y que les alcance la prohibición del artículo 61° de la Constitución, lo que deberá analizarse en cada caso concreto, teniendo presente que dicho artículo no necesita para su aplicación de desarrollo legislativo, pues la norma tiene eficacia directa por lo que no puede alegarse la inexistencia de una norma de desarrollo para aplicarla.”¹⁴⁴

Con lo señalado precedentemente, queremos remarcar la concentración existente como una práctica que atenta contra la

¹⁴³ SALAS VASQUEZ, Pedro. Acaparamiento en los medios de Prensa Escrita: Análisis del caso Epena. Tesis para optar por el grado de Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2016.

¹⁴⁴ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. (2016). “Nadie puede negar”. ¿Puede acaparse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 421-422.

competencia y los consumidores, no sólo desde un punto de vista económico, sino además desde una perspectiva constitucional, en tanto que las técnicas de medición no podrían alcanzar la extensa variación de las preferencias sociales del día a día u obtener resultados exactos ante la presencia de otros medios en el mercado, con menor impacto que la prensa escrita, pero relevantes en números si nos avocamos a las fórmulas de medición más adecuadas para productos tangibles.

No obstante ello, consideramos que resulta relevante evaluar algunas técnicas que permiten establecer la posición de dominio del mercado.

Asimismo, FLINT¹⁴⁵, define al mercado relevante como un, “(...) concepto fundamental es la legislación reguladora de la libre competencia pues es a partir de este concepto que se analiza la estructura de los mercados y se determina cuántas empresas tienen poder sustancial dentro de un mercado específico o mantienen una posición dominante en el mismo”.

Así también el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1034¹⁴⁶, dedica a tratar sobre el mercado relevante, refiere que “[éste] está

¹⁴⁵ FLINT, Pinkas (2002). Tratado de defensa de la libre competencia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 211.

¹⁴⁶ Decreto Legislativo N° 1034 del 24 de junio del 2008. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: norma que entra en vigencia con la finalidad de prohibir y sancionar el abuso de la posición de dominio y las practicas colusorias tanto horizontales como

integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico (...) El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. (...) El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.”

En ese sentido, nos avocamos en gran medida a lo señalado por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI que señala que “la determinación del mercado relevante se realiza definiendo el mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante incluye todos los bienes que desde el punto de vista del consumidor son sustituibles por sus características, precios o su uso (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). La delimitación del mercado geográfico relevante considera el área territorial donde se encuentran las fuentes o proveedores

verticales, teniendo como intención el fortalecimiento del marco regulatorio de defensa de la libre competencia.

alternativos a los cuales el comprador o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones del mercado.”¹⁴⁷

Un indicador significativo sostenido en la Tesis de SALAS, a quien dedico crédito respecto de su apreciación de esta operación, considera que la importancia que nos ayuda a realizar este análisis “(...) lo da la capacidad de penetración de la prensa al llegar a lugares donde la tecnología, específicamente, la Internet, no llega o resulta muy onerosa. (Es el caso de los centros poblados alejados de las grandes ciudades). De igual forma, muchos espacios de concurrencia pública (como los taxis, quioscos, supermercados) a pesar de pertenecer a una ciudad que goza de los beneficios de la era digital, solo comparten información a través de las portadas de los periódicos que ofrecen, siendo esta una herramienta de fácil acceso a cualquier persona.”¹⁴⁸

Y partiendo del análisis al que se arribó en investigaciones precedentes, consideramos que el producto sujeto al mercado relevante para esta operación entre el Grupo El Comercio y Epena es la prensa escrita, “pues los periódicos tienen características que otros medios como la televisión, radio o internet carecen y por lo cual se hacen insustituibles o intercambiables.”¹⁴⁹

¹⁴⁷ Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC, sobre libre competencia y prácticas anticompetitivas, entre otros.

¹⁴⁸ SALAS VASQUEZ, Pedro. Acaparamiento en los medios de Prensa Escrita: Análisis del caso Epena. Tesis para optar por el grado de Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2016.

¹⁴⁹ Ídem

Ahora bien, el siguiente paso sería la determinación de una posición dominante del mercado, el INDECOPI ha aportado grandes luces sobre esta materia, señala que “La determinación de la existencia de posición de dominio busca identificar si en el mercado relevante existe un agente que posee la capacidad para influir en forma sustancial las condiciones de mercado, dado que otros agentes (competidores, proveedores o clientes) no tienen la capacidad para disciplinar su comportamiento. Así, el análisis de identificación de posición de dominio evalúa, principalmente, la fortaleza de determinado agente del mercado relevante, respecto del cual se desea evaluar la tenencia de posición de dominio, en relación a la capacidad competitiva de sus competidores actuales y potenciales. De ahí que, el enfoque tradicional de determinación de posición de dominio, evalúe las condiciones estructurales del mercado, a saber el número y el tamaño de sus agentes y sus condiciones de entrada, entre otros”.¹⁵⁰

6.9. Concentración y Mercado Acaparado

Si el caso peruano lo trasladamos a la óptica de tratar la concentración y mercado acaparado, consideramos que de la compra del grupo Epena, que se añade directamente a El Comercio, tenemos que este último tiene hoy en día un aproximado del 78% de

¹⁵⁰ Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC: sobre libre competencia y prácticas anticompetitivas, entre otros.

la participación en el mercado en cuanto a la venta de diarios en el país.¹⁵¹

El índice Herfindahl-Hirschmann (HHI) “Este índice tiene como características su disminución conforme se incrementa el número de competidores y se incrementa cuanto más aumenta la desigualdad entre ellos.”¹⁵² Para calcular el HHI hay que sumar las cuotas de mercado de cada empresa competidora elevándola al cuadrado.

$$H = \sum_{i=1}^n S_i^2$$

Presentándose las siguientes posibilidades en condición de resultados:

HHI es menor a 1000	Desconcentrado
HHI está entre 1000 y 1800	Moderadamente concentrado
HHI es mayor a 1800	Altamente concentrado

Así, empleando los datos recogidos en los anexos de la presente tesis, el HHI en el 2012, antes de la adquisición por parte del Grupo El Comercio, era de la siguiente manera:

Epensa: 29% El Comercio: 49% La Republica: 17% Diarios Lima: 3%
Diarios regionales: 2%

¹⁵¹ VER: Anexos 1 al 3

¹⁵² FLINT, Pinkas (2002). Tratado de defensa de la libre competencia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 222.

$$\text{HHI} = 29^2 + 49^2 + 17^2 + 3^2 + 2^2 = 3544$$

Sin embargo, el HHI en el 2013, luego de la cuestionada operación por parte del Grupo El Comercio, la configuración fue la siguiente:

El Comercio + Epena: 78% La República: 17% Diarios Lima: 3%
Diarios Regionales: 2%

$$\text{HHI} = 78^2 + 17^2 + 3^2 + 2 = 6386$$

Con estas mediciones y teniendo el Grupo el Comercio una posición dominante del mercado y habiendo acaparado –en el sentido constitucional- el mercado, podríamos estar ante una situación que limita el ejercicio de la libre competencia, pudiendo incurrir incluso en establecer producto de sus operaciones comerciales barreras del acceso al mercado para nuevos competidores.

6.10. Test de Proporcionalidad

El Tribunal Constitucional en nuestro país, ha venido aplicando test de proporcionalidad con la finalidad de establecer tanto en abstracto como en concreto, si ante el conflicto de derechos de igual valor constitucional y de igual protección, deba imperar uno sobre

otro, con la finalidad de adoptar al caso concreto la decisión más beneficiosa o menos lesiva al orden constitucional.

Dicha aplicación, impone sobre los operadores jurisdiccionales la obligación de justificar alguna restricción razonable a los derechos fundamentales en términos de garantizar fines circunstancialmente más valiosos, en esa línea, el test de proporcionalidad que aplicaremos a continuación a modo de ejemplo en la tarea jurisdiccional a la que tendrá que avocarse el poder judicial frente a la demanda de amparo planteada, está conformado por los subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, sobre el caso del Grupo El Comercio asumiendo un alto índice de concentración empresarial en el mercado que afecta directamente la libertad de información en el Perú.

Para la realización de este ejercicio es necesario situarnos en el escenario de la demanda de amparo planteada contra el grupo El Comercio y los señores Agois Banchemo, la misma que tiene como pretensión la nulidad del contrato celebrado entre las partes al configurar presuntamente concentración en el sector de la prensa, generando con ello la vulneración de la pluralidad informativa y con ello, la afectación al derecho de información de la ciudadanía.

6.10.1. Sub Principio de Idoneidad

Para la aplicación de este subprincipio debemos empezar con aclarar que toda medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental debe ser adecuada o idónea para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Es un análisis Medio-Fin, con la particularidad de ser medio idóneo-finalidad.

Aplicar este subprincipio presupone sacrificar en todo o en parte un bien jurídico de protección constitucional frente a otro siempre y cuando persigamos un fin valioso, en consecuencia, de no cumplirse dicha premisa ningún supuesto habría podido superar el test de proporcionalidad.

Al tratarse de una medida limitativa, debemos considerar que la nulidad planteada en la demanda afectará directamente sobre las operaciones y rentabilidad de las empresas en cuestión, pues se trata de una injerencia jurisdiccional sobre la base la autonomía de la voluntad en la concreción de negocios jurídicos a los que las partes demandadas arribaron convencionalmente.

Dicha afectación está vinculada a los derechos de libertad de empresa y libre contratación reconocidas en el ordenamiento constitucional peruano, por lo que cabe anotar que una limitación en

este extremo podría suponer la vulneración constitucional de los derechos mencionados.

No obstante, son del mismo modo valorados los derechos de los demandantes, en tanto que de no haber nulidad en la relación contractual cuestionada, supondría la generación de un grupo empresarial con poder concentrado en los medios de prensa, además de configurar según datos precisados en el título anterior sobre el margen de concentración y de los resultados estadísticos vertidos en los anexos del presente documento, la presencia de un alto índice de concentración del mercado en este sector, al que dada la particularidad de negocio, resulta de trascendental importancia el interés público por la que no deba recibir el tratamiento legal de cualquier otra empresa.

Así, ante la concentración y posición dominante en el mercado de la prensa escrita, es natural que se vea afectado la pluralidad informativa y con ella la libertad de información de las personas

En ese orden de ideas, y en cuanto a cumplir con el subprincipio de adecuación para el caso concreto, consideramos que de producirse una medida como la nulidad de la compra de acciones del grupo Epena por parte del grupo El comercio, se consigue en efecto imposibilitar la generación de una concentración que ponga en

riesgo la pluralidad informativa y consecuentemente la libertad de información.

Por lo que la medida por aplicarse resultaría idónea, al ser facultad jurisdiccional poder establecer la nulidad de un acto jurídico donde lo hubiera cuando éste ponga en peligro los principios y derechos fundamentales que la constitución reconoce para el ejercicio de libertades conexas al valor democrático del Perú.

6.10.2. Sub Principio de Necesidad

Este principio prescribe la necesidad de saber si la medida que adoptamos es la menos gravosa para el cumplimiento del fin, es decir, el objetivo es determinar si es posible advertir otra alternativa que resulte igualmente satisfactoria a nuestros objetivos afectando lo menos posible un derecho fundamental.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que “para que una medida restrictiva de un derecho fundamental no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permite alcanzar con cuando menos igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido”¹⁵³

¹⁵³ STC Exp. N° 00032-2010-PI: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3° de la Ley N.º 28705 —Ley General para la

La pregunta esencial en esta parte del test que cabría hacernos es, si la anulación de la compra es la única vía para salvaguardar los derechos en estado de vulneración o si existe alguna vía menos gravosa que alcance el mismo objetivo.

En el análisis de otras vías o medidas menos gravosas a la afectación del derecho a la libertad de empresa y libre contratación consideramos que la medida que se pretende en la demanda, persigue la nulidad de un acto celebrado válidamente entre las partes de dicha relación contractual. Además, dicha pretensión -nulidad de acto jurídico- debiese ser competencia del juez civil a través de un procedimiento ordinario por lo que no cabría, en principio, que sea vista la causa a través de un proceso de amparo.

Sin perjuicio de ello, cabe anotar que, dada la naturaleza del rubro empresarial de los contratantes, los efectos de su accionar serian inmediatamente irradiados a la sociedad peruana generando incentivos negativos en relación con sus derechos constitucionales por lo que ante dichas posibles vulneraciones, el proceso de amparo resulta la vía indicada a pronunciarse sobre la pretensión.

En consecuencia, dada la existencia de un conflicto de derechos de índole constitucional, el test de proporcionalidad resulta

prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco. Sobre los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa.

siendo la herramienta menos discrecional y más objetiva de solución frente a la afectación de derechos, razón por la cual descartamos la posibilidad de llevar esta pretensión ante un proceso civil ordinario.

Por otro lado, una segunda alternativa, es aquella que se plantea en función de un órgano colegiado especializado en materia de libre competencia, sobre todo en aquellos supuestos en los que la posición de dominio resulta abusiva. La Sala de Competencia del INDECOPI, posee atribuciones que la faculta a ver técnicamente los supuestos en los que el mercado relevante ha generado una posición dominante del mercado, y que en el ejercicio de dicha posición se hayan configurado abusos que pongan en riesgo el sistema económico afectando la libre competencia.

En ese contexto, la nulidad planteada carecería de sustento lógico al no existir un análisis técnico sobre la base de los supuestos en los que se configuraría el presunto abuso de la posición dominante del mercado en el referido sector.

Sin perjuicio de lo señalado en líneas precedentes, respecto a esta segunda alternativa, cabe anotar que los procedimientos que realiza el INDECOPI para el tema de libre competencia están dirigidos a que el abuso de la posición dominante del mercado no genere perjuicios a los potenciales competidores, es decir, otras empresas vinculadas o por vincularse en el rubro, mas no hace referencia

alguna a la posibilidad que dicho abuso pueda darse en otro contexto como el de la afectación de derechos vinculados al interés público o a libertades garantes del sistema democrático. Ni al contexto de un alto índice de concentración prohibida por disposición constitucional.

En consecuencia, dada la naturaleza eminentemente económica de los procedimientos del INDECOPI y la carencia de concordancia de la legislación de la competencia con los principios constitucionales, descartamos esta segunda vía, por lo que consideramos que el proceso de amparo es, nuevamente, la vía adecuada; y, la nulidad del acto jurídico cuestionado es la vía menos gravosa para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Sobre el particular, consideramos que las reglas saltan a la vista, la medida única aplicada se desprende de la misma Constitución, quien prohíbe directamente el acaparamiento y concentración con especial énfasis en los medios de comunicación, por lo que cualquier otra medida no satisficiera al mandato constitucional.

6.10.3. Sub Principio de Ponderación

Habiendo superado los sub principios de idoneidad y necesidad, podremos realizar el subprincipio de ponderación en sentido estricto, el mismo que consiste en la evaluación y comparación directa sobre la importancia de un derecho sobre otro y la vulneración justificada sobre el menos valioso.

Para ello el Tribunal Constitucional siguiendo la tesis de Robert Alexy¹⁵⁴ ha incorporado una escala tríadica en la cual los grados de intervención son: grave, medio y leve; mientras que por otro lado las escalas de satisfacción de los derechos contrarios se medirán también en grave, medio y leve.

En el presente caso peruano, si bien la medida de anular un acto jurídico resulta medianamente gravosa, en el sentido que se vulnera la libertad de empresa, la libre contratación y la solemnidad de los contratos; en contra parte habría que ponderar su limitación frente a las libertades de información y expresión que se han vulnerado con la afectación a la pluralidad informativa.

En cuanto a la pluralidad informativa, Bagdikian señala que
“Las democracias modernas necesitan tener alternativas políticas y de

¹⁵⁴ Cfr. ALEXY, Robert. Sobre la Ponderación y la Subsunción. Una comparación estructural. Traducido por Miguel León Untiveros. Revista Foro Jurídico N° 9. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009.

ideas, y la disponibilidad de esas opciones a su vez requiere que sea posible acceder a fuentes de noticias, literatura, entretenimiento y cultura popular verdaderamente diversos y alternativos”.¹⁵⁵

Cabe resaltar que toda decisión jurisdiccional no debe limitarse a evaluar y aprobar el control de constitucionalidad, sino que dada el artículo cuarto de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución Política del Perú¹⁵⁶ deba adecuarse también al control de convencionalidad, replicando el interés internacional sobre la defensa y protección de los derechos humanos y su pretensión de universalidad.

Por ejemplo, el Consejo de Europa en el año 2007 recomendó que: “Los Estados Miembros deberán garantizar la disponibilidad de una variedad suficiente de medios de comunicación, proporcionados por una amplia gama de propietarios diferentes, tanto públicos como privados”.¹⁵⁷

Así, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere que: “En la

¹⁵⁵ Bagdikian, Ben. *The Media Monopoly*. Boston: Beacon Press. 1983. pp.3

¹⁵⁶ Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

¹⁵⁷ Consejo de Europa. Recomendación Rec(2007), adoptada por el Comité de Ministros el 31 de enero de 2007. Esta recomendación representa una versión actualizada de la Rec(1999)1 sobre “Medidas de promoción de la diversidad de los medios de comunicación”, adoptada por el Comité de Ministros el 19 de enero de 1999.

sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático”.¹⁵⁸

Para la UNESCO la pluralidad y diversificación informativa es esencial para garantizar los derechos de información, refieren que: “De conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de una prensa independiente, pluralista, y libre es indispensable para el desarrollo y mantenimiento de la democracia en un país, así como para el desarrollo económico”.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala, 29 de diciembre de 2003, párrafo 419. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/indice.htm>.

¹⁵⁹ La Declaración de Windhoek, Declaración que fue aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 26º sesión, en el año 1991.

No podemos desacreditar la notable influencia que los argumentos que se sostienen sobre la base de la inexistencia de concentración de medios o de posición dominante del sector de prensa escrita debido al uso de nuevas tecnologías y del internet, no obstante, debemos señalar que su empleabilidad no está directamente dirigida a la búsqueda y conocimiento de contenidos informativos en cuanto al acontecer político y social del país.

Además de ello, debemos anotar que, si bien existen fuentes diversas en el ciberespacio, estos contenidos son una réplica del contenido informativo que se encuentra por escrito en los diferentes diarios y periódicos del país. Reproducción a la que también hace referencia en los canales de televisión y emisoras de radio narrando las noticias y portadas de los diarios más importantes del Perú. Esta práctica usual de resumir las noticias y otros contenidos informativos a fin de hacer de estos un elemento más ligero son llamados “news soft”. La problemática que existe tras estos contenidos es la misma que existía antes del uso de las tecnologías. La reproducción no es un nuevo contenido, no es sinónimo de diversidad, sino de mayor difusión del mismo contenido.

Otro factor importante para señalar es que aun cuando podamos tener serias dudas de la calidad del contenido informativo que vierten los medios de prensa escritos, no hay duda de la responsabilidad que éstos asumen respecto a contenidos errados o

falsos, situación que no contempla el uso indiscriminado de información pública y muchas veces anónima que se vierte a través de la web y redes sociales. Dichos contenidos erráticos, desinformados o maliciosamente vertidos en la web son catalogados actualmente como “news Fake” con el propósito de tergiversar la realidad o reaccionar categóricamente frente a una realidad incomoda o irreal. Por lo que, a falta de credibilidad de estos contenidos, no podríamos hablar de multiplicidad de contenidos informativos, toda vez que la finalidad de los contenidos de prensa está dirigidos a la información objetiva y veraz.

Respecto al uso de estas nuevas tecnologías y contenidos, en el año 2011 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, responsable de vigilar el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos refirió que: “El Comité reitera lo que señaló en la Observación general N° 10 de que, ‘debido al desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren medidas eficaces para impedir un control de dichos medios que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión’”.¹⁶⁰

Dicho control no implica solo ejercer un control de acciones sobre las que se evite que el Estado pueda tener injerencia en la prensa, sino que también se trata de controles activos para evitar que otros -particulares- puedan ejercer un control sobre dichos medios.

¹⁶⁰ Comité de Derechos Humanos de la ONU. Recomendación del 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, párr. 40.

Además, no se limita a las acciones realizadas por el Estado, sino a velar por que la inacción u omisión estatal no ponga en riesgo los valores que generan el debate democrático nacional.

En cuanto a la posibilidad que existe para establecer límites a la libertad de contratación e incluso a la posición de dominio, el Tribunal Constitucional considera que “(...) si nos encontramos en un contexto propio de la Economía Social de Mercado, ello no implica descartar que haya mercado, y alguien pueda tener una posición dominante y hasta monopólica. Frente a estas situaciones, muchas veces inevitables, lo deseable es entonces que desde el Estado puedan introducirse limitaciones razonables a diferentes aspectos de derechos como la libertad de contratar para evitar abusos de posición de dominio.”¹⁶¹

Así, ha de considerarse que los derechos protegidos de libertad de información, cuenta con un añadido que ha sido recogido por las constituciones del todo el mundo, en las recomendaciones de las cortes e instancias internacionales de Naciones Unidas y en defensa de los derechos humanos; así como en los tratados de derechos humanos en los que Perú es parte adscrita y obligada; en el que la información y la libertad de su ejercicio directo e indirecto tiene una circunstancial relevancia en la toma de decisiones de la población;

¹⁶¹ STC N° 00010-2014-PI/TC (Fdto. 14) y la STC N° 0001-2003-PI

Sobre todo, cuando en un mercado concentrado o cuando se trate de una posición dominante del mercado en donde exista la distorsión de la libre competencia podría afectar no solo a las empresas o competidores sino que resulta en una afectación seria a los ciudadanos en la formulación de una opinión plural y diversa, incluso poner en riesgo la institucionalidad democrática del país.

Sin perjuicio de todo lo avanzado por el test de ponderación, que resulta un ejercicio académico en la presente tesis, pero cuya decisión finalmente y su aplicación real debe ser realizada por el órgano jurisdiccional competente para disolver y declarar nula el acto jurídico a través del cual El Comercio adquiere al grupo Epena; no obstante ello, la posición planteada en nuestras conclusiones propone la idea de realizar una evaluación ex ante, con la intención de poder prever posiciones dominantes en el mercado en un sector tan sensible como el de medios de comunicación de prensa escrita, para lo cual un regulador integrado por miembros del Estado, prensa y sociedad civil, serían los más acordes para preservar y prevalecer el sistema y la institucionalidad democrática que tanto le ha costado al Perú mantener hasta nuestros días.

CONCLUSIONES

El objetivo de esta tesis es establecer en qué medida se vulnera el Derecho a la Información como manifestación de la Institucionalidad Democrática, a consecuencia de la concentración empresarial de la prensa escrita en el Perú, para tal fin hemos desarrollado bases teóricas, análisis de la realidad nacional, casos comparados en el Derecho de otros países y el caso peruano, desarrollando finalmente un análisis y perspectiva de los problemas que hemos desarrollado, tras lo cual arribamos a las siguientes conclusiones:

1. Los medios de comunicación contribuyen a dar forma a nuestras opiniones y nuestros puntos de vista; asimismo, son facilitadores de los debates en la sociedad, tienen un rol de vigilancia sobre los gobiernos y resultan un mediador esencial de los procesos democráticos. Asimismo, orientan e informan a través de una determinada óptica de la realidad –sin atrevernos a caer en juicios de valor sobre lo bueno o malo de la calidad de la información vertida-, basada en puntos de vista diversos, pero por lo general con intereses similares y con una ideología propia y determinada.
2. La experiencia social, nos demuestra que pese a los innumerables avances tecnológicos y científicos y con ello la aparición de múltiples canales informativos, la realidad peruana demuestra un panorama contrario, puesto que la mayoría de los peruanos sigue teniendo

como principal fuente informativa los diarios, periódicos entre otras fuentes escritas de prensa, ya sea por su bajo costo y fácil acceso o por poseer un mayor contenido que el vertido en otros medios.

3. La prensa escrita en el Perú cumple un rol preponderante en la política nacional, realizando una suerte de control mediático de las funciones públicas y de las actuaciones de los funcionarios públicos, fiscalizando e incluso denunciando actos de naturaleza contraria a Derecho o que vulneran los intereses generales o bienes jurídicos protegidos, nuevamente y sin caer en juicios de valor, es en ocasiones subrepticamente la formación de un carácter decisivo hacia la inclinación política de muchos electores.
4. Dado que los medios de comunicación sirven para materializar las libertades de expresión e información; éstos deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Desde esta perspectiva se hace referencia al pluralismo informativo, como garantía para el ejercicio pleno de dichas libertades.
5. El pluralismo, la diversidad y la desconcentración son unas de las principales características de las sociedades democráticas contemporáneas, en cuanto a ello, nos sumamos a la tarea sostenida por todos cuantos han investigado sobre los problemas de distintos tipos de concentración empresarial, donde “Cuanto más plural y diversa la información, el ciudadano tomara mejores

decisiones, en otras palabras, la posibilidad de elegir hará que el sistema sea más transparente.”

6. Coincidimos en que existirá un pluralismo en los medios siempre y cuando “a) la información pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla; b) dicha información tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, que haya surgido o pueda surgir de distintos puntos, de, para decirlo en forma simplificada. 'creación de noticia', y c) que el producto informativo 'refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, que contenga el punto de vista de varios y no de uno solo o de pocos de los participantes en los círculos públicos de deliberación e intercambio.”¹⁶²
7. El sistema democrático se sostiene en el principio de soberanía popular, pero el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos no debe estar maniatado a los intereses de las concentraciones empresariales. Por lo que la concentración de medios de prensa escrito es un mecanismo que limita o afecta el pluralismo informativo en ese sector y, en consecuencia, la libertad de información.
8. La competencia en el mercado no puede ser irrestricta. Un mercado saludable requiere de ciertos parámetros que limiten la actuación de los agentes económicos que, en su afán de lucro, pues pueden

¹⁶² CARBONELL, Miguel. Construir el Pluralismo. En: Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Maestro Mario de la Cueva, México, UNAM, 2000, pp 288.

realizar prácticas que perjudiquen indebidamente a sus competidores.¹⁶³

9. Las Agencias de Competencia y los Organismos Reguladores deberían jugar un rol fundamental en el tratamiento de las concentraciones empresariales específicamente del sector de prensa escrita, en este contexto, nos adscribimos a lo sustentado por el Tribunal Constitucional en relación a que “el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.”

10. Sin embargo, ante la ausencia de un regulador y ante un escenario en el que se vulnera la libertad de empresa, la libre contratación y la solemnidad de los contratos; en contra parte habría que ponderar su limitación frente a las libertades de información y expresión que se han vulnerado con la afectación a la pluralidad informativa.

11. Por último, ha de considerarse que los derechos protegidos de libertad de información, cuentan con un añadido que ha sido recogido por las constituciones del todo el mundo, en el que la información y la libertad de su ejercicio directo e indirecto, tiene una

¹⁶³ Ver: NORTHCOTE SANDOVAL, Christian. Las conductas Anticompetitivas. Actualidad Empresarial. N° 310 – Primera Quincena de Setiembre 2014.

circunstancial relevancia en la toma de decisiones por parte de la población, sobre todas en aquellas de tipo electoral, íntimamente vinculado con el ejercicio democrático y el destino de la gobernabilidad; más aún cuando una empresa o un grupo empresarial ostenta por si solo un alto índice de concentración o sostiene una posición dominante en el mercado que resulte abusiva, afectando seriamente a los consumidores –finalmente, electores- en la formulación de una opinión plural y diversa, e incluso pone en peligro la institucionalidad democrática.

RECOMENDACIONES

Las conclusiones a las que hemos arribado en páginas precedentes nos han permitido establecer que ante el panorama de riesgo para la democracia que se configura con la concentración empresarial de un sector de la prensa escrita en el Perú, es nuestro anhelo que se desarrolle una mejora significativa en el fortalecimiento de la democracia y de la participación ciudadana en un clima de respeto a los derechos fundamentales y atendiendo a un mayor desarrollo de la pluralidad informativa en nuestro país, por lo que planteamos las siguientes recomendaciones:

- Que, en el marco de la legislación vigente, el INDECOPI a través de la Comisión de Libre Competencia (en adelante la Comisión), pueda llevar a cabo un procedimiento "ad hoc" que permita ejercer un control previo –ex ante- respecto de operaciones corporativas de concentración empresarial que afecte la libertad de información por parte de los medios y agentes de prensa. Este órgano será competente para verificar todas las operaciones comerciales que puedan ser cuestionadas por la posible vulneración a la libre competencia a nivel nacional garantizando la pluralidad informativa en el país.

- La naturaleza “ad hoc” de este procedimiento implica que todo análisis realizado por el INDECOPI utilice complementariamente las técnicas de análisis económico que puedan ser requeridas dada la naturaleza del problema presentado, no obstante, el interés público es el principio por antonomasia en este proceso por lo que habrá de respetarse por encima de todo interés económico de los particulares.
- Para llevar a cabo el procedimiento especial de control previo de la libre competencia en el sector de la prensa escrita propuesto en el párrafo precedente, es obligación del INDECOPI, que la Comisión, esté integrada además de por sus miembros ordinarios, con la participación de representantes de la sociedad civil (representantes elegidos entre las Facultades de Ciencias de la Comunicación y Periodismo, así como de las Facultades de Derecho de todo el país, además de contar con representantes de los colegios profesionales de periodistas y abogados.
- Dentro de las atribuciones de la Comisión en este nuevo procedimiento y durante todas sus etapas (investigación, control y sanción), en ningún caso implicará la evaluación o control de los contenidos informativos emitidos o por emitirse de las empresas destinadas a ofrecer productos de prensa, toda vez que ello significaría violentar las líneas editoriales y con ello afectar seriamente la libertad de prensa.

- Para el desarrollo de este procedimiento, la Comisión deberá poseer facultades para realizar una evaluación previa de fusiones o concentraciones en la que participen empresas competidoras del rubro de prensa en el Perú. Si de dicha evaluación es posible advertir la generación de un posible abuso de posición dominante del mercado, sus consecuencias inmediatas serían de índole correctivas a fin de evitar la distorsión del mercado y la afectación final a los consumidores (lectores) a través de posibles amenazas a la libertad de información.
- Del mismo modo, con el propósito de conseguir el objetivo previsto, luego de la evaluación previa, la Comisión puede limitar la concentración indebida, pudiendo dictar medidas diseñadas para impedir, donde sea necesario, o revertir los efectos de cualquier acto que ponga en riesgo los derechos de los consumidores, para ello será necesario que cuente con las facultades de aprobar, imponer, condicionar o denegar las operaciones de fusiones o adquisiciones del sector de prensa escrita en el Perú. Sin perjuicio de ello, esta podría intervenir en otros casos sobre medios de comunicación en los que, de igual forma, se aprecie un potencial atentado a las libertades y garantías de la democracia.
- Consideramos que el esfuerzo del Estado en la adopción de normas sustantivas que faculten a la Comisión en la tarea de prevenir la

concentración empresarial y el abuso de la posición dominante de una empresa del sector de prensa escrita y en general, en todo medio de prensa, deberá trascender a las normas generales de regulación de la Libre Competencia, ello debido a la naturaleza del rubro económico del sector mencionado y a la notoria influencia en las decisiones de la población.

- Resulta previsible que cualquiera fuese la determinación a la que arribe la Comisión, las partes involucradas, tendrán expedito el derecho de poder emplear en todo momento los mecanismos procesales que permitan el acceso y ejercicio a toda instancia jurisdiccional que corresponda.

Finalmente, consideramos que el accionar de dicha Comisión debe contemplar que este tema no puede ser evaluado sólo desde el análisis económico de las instituciones jurídicas y políticas, pues ello supondría colocar al Derecho como una disciplina subordinada a la ciencia económica; y, por el contrario, no todas las materias pueden ser objeto de un análisis bajo ésta intención utilitarista de aplicación e interpretación jurídica, sino que debido a la naturaleza de algunos tópicos, éstos deberían ser tratados desde una interpretación sistemática de los principios constitucionales y la protección de los derechos fundamentales, en tanto que la persona humana y sus instituciones no deben estar sometidas jurídicamente a las reglas del mercado y constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- AGLIETTA, M. (1998). "Capitalism at the turn of the century: regulation theory and the challenge of social change". New Left Review, Noviembre-Diciembre 1998, N° 232.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. CEC, Madrid, 1993. Es traducción de Theorie der Grundrechte. Suhrkamp, Frankfurt 1996, 3. Auflage, p. 90.
- ALEXY, Robert. Sobre la Ponderación y la Subsunción. Una comparación estructural. Traducido por Miguel León Untiveros. Revista Foro Jurídico N° 9. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009.
- ARAGON Reyes, Manuel. "Constitución y modelo económico", capítulo del libro "Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado" Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 386.
- ATIENZA, Manuel. Introducción al Derecho. Barcelona, Barcanova S.A., 1985, pp. 63.
- BAGDIKIAN, Ben. The Media Monopoly. Boston: Beacon Press. 1983. pp.3
- BECERRA Martin y MASTRINI Guillermo. Concentración de los medios en América Latina: Tendencias de un Nuevo Siglo
- BOYER, R. (1989). La Teoría de Regulación. Un análisis crítico., Área de Estudios e Investigaciones Laborales de la SECYT, CEIL/CONICET, CREDAL/CNRS, Buenos Aires, Humanitas.

- CARBONELL, Miguel. Construir el Pluralismo. En: Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Maestro Mario de la Cueva, México, UNAM, 2000, pp 288.
- CARRILLO RIECKHOF, Carlos. EL MODELO ECONOMICO PERUANO-ANALISIS Y PERSPECTIVAS. Consultado en <http://nospinozah.blogspot.pe/2014/01/el-modelo-economico-peruano-por-carlos.html>.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de Derecho Constitucional, México, enero–junio de 2005 PAG. 100
- CHANG, Ha-Joon (1995), The Evolution of Perspectives of Regulation in the Poswar Era.
- CONSEJO DE EUROPA. Recomendación Rec(2007), adoptada por el Comité de Ministros el 31 de enero de 2007. Versión actualizada de la Rec(1999) sobre “Medidas de promoción de la diversidad de los medios de comunicación”, adoptada por el Comité de Ministros el 19 de enero de 1999.
- COMISIÓN EUROPEA; “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”; Bruselas, 2005.
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia.1997.

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. Recomendación del 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, párr. 40.
- COSSÍO, Carlos. “La Opinión Pública”. Ed. PAIDOS, Buenos Aires, Pag. 37
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala, 29 de diciembre de 2003, párrafo 419. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/indice.htm>.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. Derecho Constitucional Económico. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, pp.56
- DE LA VEGA Pedro en NEOLIBERALISMO Y ESTADO, En: PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL, AÑO N° IV. N° 4, 1997, PAG. 34
- DE MIGUEL, Juan Carlos (2003). “Los grupos de comunicación: La hora de la convergencia”, en Bustamante, Enrique (coord.). Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación: las industrias culturales en la era digital. Barcelona: Gedisa.
- DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). Horizontal Merger Guidelines. En: Quintana, Eduardo. Libre Competencia. INDECOPI. 2013
- Economic Development Institute, World Bank.
- El Libro Verde de la Comisión Europea. Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior, COM. Final. Bruselas 23DIC1992. pp 18
- EN: MATOKO, E. y GONZÁLEZ, R. M. (2011). Análisis de Desarrollo Mediático en Ecuador - 2011. Disponible en:

http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/IPDC/ecuador_mdi_report_eng.pdf

- FERNANDEZ FARRERES, G., “Acceso a los Medios de Comunicación social privados y pluralismo informativo”, en Tornos Mas J. (coord.) Democracia y Medios de Comunicación, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Libertad de Información y Propiedad Privada. Una Propuesta no Utópica. En: Miguel CARBONELL (Compilador), Problemas Contemporáneos de la Libertad de Expresión. México, PORRUA, 2004.
- FLINT, Pinkas (2002). Tratado de defensa de la libre competencia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 211.
- FLINT, Pinkas (2002). Tratado de defensa de la libre competencia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 222.
- GAJST, Natalia. La escuela francesa de la regulación: una revisión crítica, Universidad de Buenos Aires – CONICET, vol.13 no.1 Miguel Lanus ene. /jun. 2010
- GALGANO, Francesco. Derecho Comercial: El Empresario. TEMIS, Bogotá, 1999, p. 120. Título original: Diritto commerciale. L'imprenditore. Terza edizione, 1989.
- GARCIA PELAYO en RODRIGUEZ, Javier. La Constitución Económica, Argentina, El Cid Editor, apuntes. 2009 pp 10

- GARCIA TOMA Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Ed. Palestra. Lima, 2005. pp. 362
- GONZALES OJEDA, Magdiel, Principios y Valores Constitucionales en Revista TRADICION. Ed. Ricardo Palma pp.45
- HAYEK, Friedrich. Estudios de Filosofía, Política y Economía. Segunda edición (edición original 1967). España. Unión Editorial S.A. pp. 362
- HAYEK, Friedrich. Individualismo: el verdadero y el falso. Edición original en inglés 1949. España. Unión Editorial S.A. pp. 67.
- JIMÉNEZ LATORRE, Fernando, CAÑIZARES PACHECO, Enrique (2005), "Dificultades para la definición del mercado relevante", Informe preparado para el *Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*, Madrid: Fundación Rafael del Pino.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. (2016). "Nadie puede negar". ¿Puede acapararse la libertad? Libertad de expresión y concentración de medios en el Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 421-422.
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar. Propuesta para un Régimen Económico Constitucional. En: Pensamiento Constitucional. Año VI, N° 6. pp.745
- LIPIETZ, A. "Accumulation, crises and way out. Some methodological reflections on the concept of 'regulation'". International Journal of Political Economy, Verano 1988, Volumen 18.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. "Principios de Ciencia Política. Ed. Tecnos, Madrid, 1967. Pag. 139

- MENDONCA, Daniel. Los Derecho en Juegos, Madrid, Tecnos. 2003 p. 64
- GEHRKE Mirjam, y otros. Panorama de los medios en Ecuador: Sistema Informativo y Actores Implicados. Media Development Studies. Edition DW AKADEMIE N°2016 Editorial DEUTSCHE WELLE, Bon-Germany. Abril 2016.
- MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, “Manual de Ciencia Política”. 3ra Edición. Editorial San Marcos, 2012. Pág. 85-86
- MIROQUESADA RADA, Francisco. Manual de Ciencia Política, Ediciones Legales, Tercera Edición, Lima, enero 2012
- MOODIE Graeme, C. y STUDDERT-KENNEDY, Gerald. “Opiniones Públicas y Grupos de Presión “. Ed. F.C.E., México, 1975. Pág. 111
- NIETO, Alfonso e IGLESIAS, Francisco: La empresa informativa, Ariel Comunicación, Barcelona 2000, 2ª ed., p. 215.
- NORTHCOTE SANDOVAL, Christian. Las conductas Anticompetitivas. Actualidad Empresarial N° 310 – Primera Quincena de Setiembre 2014.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA CIENCIA Y LA CULTURA. Cuadernos de discusión: “Concentración de Medios y Libertad de Expresión: Normas Globales y Consecuencias para las Américas.
- PANIAGUA, Miguel, Consultado en http://blogs.economista.net/competencia/2014/12/que-castigar-sobre-la-posicion-de-dominio-y-su-abuso-porque-ser-grande-no-siempre-es-malo/#_ftn3

- PFALLER, Alfred. El concepto de la Economía Social de Mercado y la Nueva “De Civilización del Capitalismo en Europa”. Bonn, 1977.
En: GONZALES OJEDA, Magdiel. Derecho Constitucional General. Ed. Ricardo Palma, Lima 2013.
- PIGOU, Arthur, The Economics of Welfare, 4th ed. London, Macmillan, 1932
- POSNER, Richard A. The Economic Analysis of Law. Boston: Little Brown, 1973.
- QUINTANA, Eduardo. Libre Competencia. Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Primera Edición, Lima, 2013.
- QUIROGA, Aníbal. “No se puede leer la Constitución como si fuera el Código Civil”. Gaceta Constitucional. Octubre 2013, Tomo 70, p. 296
- RIVERA URRUTIA, Enrique. Teoría de la Regulación desde las Perspectiva de Políticas Públicas. Revista Gestión y Política Pública, Volumen XIII, Numero 2, II Semestre, 2004, pp. 310
- RODRIGUEZ CAIRO, Vladimir, Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, QUIPUKAMAYOC – revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 4 N° 45 pp.127 (2016) UNMSM, Lima
- RODRIGUEZ, Javier. La Constitución Económica, Argentina, El Cid Editor, apuntes. 2009 pp. 10

- RUBIO CORREA Marcial, La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, FONDO EDITORIAL PUCP, LIMA. Junio 2010, PAG. 184-185
- RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Tercera edición. 2013, Lima. Fondo Editorial PUCP
- RUSSEL, Bertrand. “El Poder en los Hombres y en los Pueblos”. Ed. Losada. 5ta. Edición. Buenos Aires, 1968.
- SABINO, Carlos. Diccionario de Economía y Finanzas. Ed. Panapo, Caracas. 1991
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. Sociologie Politique. Ed. Montchrestien. Paris, 1977. pp. 42. EN: MIROQUEZADA RADA Francisco, “Manual de Ciencia Política” 3ra Ed. Editorial San Marcos, 2012.
- UNESCO. Declaración de Windhoek, Declaración que fue aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 26º sesión, en el año 1991.
- VILLARREAL, Rene. La Nueva Economía Institucional y el Estado de Derecho. Instituto de Investigación Jurídica, UNAM, 1995.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil, (Trat. Marina Gascon), 8va Ed., Madrid, Trotta, 2008 p.125.
- ZOZAYA GONZALES, Neboa, Las Fusiones y Adquisiciones como Fórmula de Crecimiento Empresarial. Publicación de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, Marzo 2007.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- STC N° 10063-2006-PA/TC: Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gilberto Moisés Padilla Mango contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la misma que desarrolla el Modelo Económico consagrado por la Constitución Política del Perú.
- STC N° 0048-2004-PI/TC: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1 0, 2°, 3°, 4° Y 5° de la Ley N° 28258 -Ley de Regalía Minera, la misma que desarrolla el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto al contenido “social” en la actividad del Estado y de los particulares y la Responsabilidad Social de la Empresa, entre otros.
- STC. N.º 0008-2003-AI/TC: Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, la misma que trata sobre la Constitución Económica, sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico, Economía Social de Mercado, Libre iniciativa privada, libertades patrimoniales que garantiza el económico del Estado.

- STC. N.º 03479-2011-PA/TC; y, “derechos de consumidores y usuarios”. Cfr. con STC. N.º 3330-2004-AA y 1405-2010-AA: sobre el contenido de la libre contratación y la autonomía privada
- STC N.º 0004-2004-AI/TC, N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (acumulados): Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados del Cusco, el Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y 20º del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad, sobre la vigencia, validez, derogación e inconstitucionalidad de las normas. Así como el desarrollo de la libertad contractual.
- STC. N.º 0858-2003-AA/TC: Recurso extraordinario interpuesto por doña Leyler Torres del Águila contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, sobre deberes especiales de protección de los derechos de los usuarios y consumidores.

- STC. N° 01963-2006-AA: Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L., sobre afectaciones a la libertad contractual, libertad de empresa y libre iniciativa privada.
- STC. N° 00034-2004-AI: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Nicanor Maraví Arias, sobre el rol de Estado en la economía según la Constitución de 1993, libertad de empresa y libre iniciativa privada.
- STC. N.º 2939-2004-AA/TC: Recurso extraordinario interpuesto por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo contra la resolución de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, sobre organismos reguladores, y otros.
- STC. N.º 2262-2004-HC/TC: Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Laureano Ramírez de Lama contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, sobre los derechos comunicativos, libertad de expresión e información como derechos fundamentales, entre otros.
- STC N.º 0905-2001-AA/TC, Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín, (Fundamento 15) “(...) como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos

constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida que un medio de comunicación social, cualquiera que sea su naturaleza, pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribiera el impedimento del ejercicio de tales libertades y, con ellos, la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo.

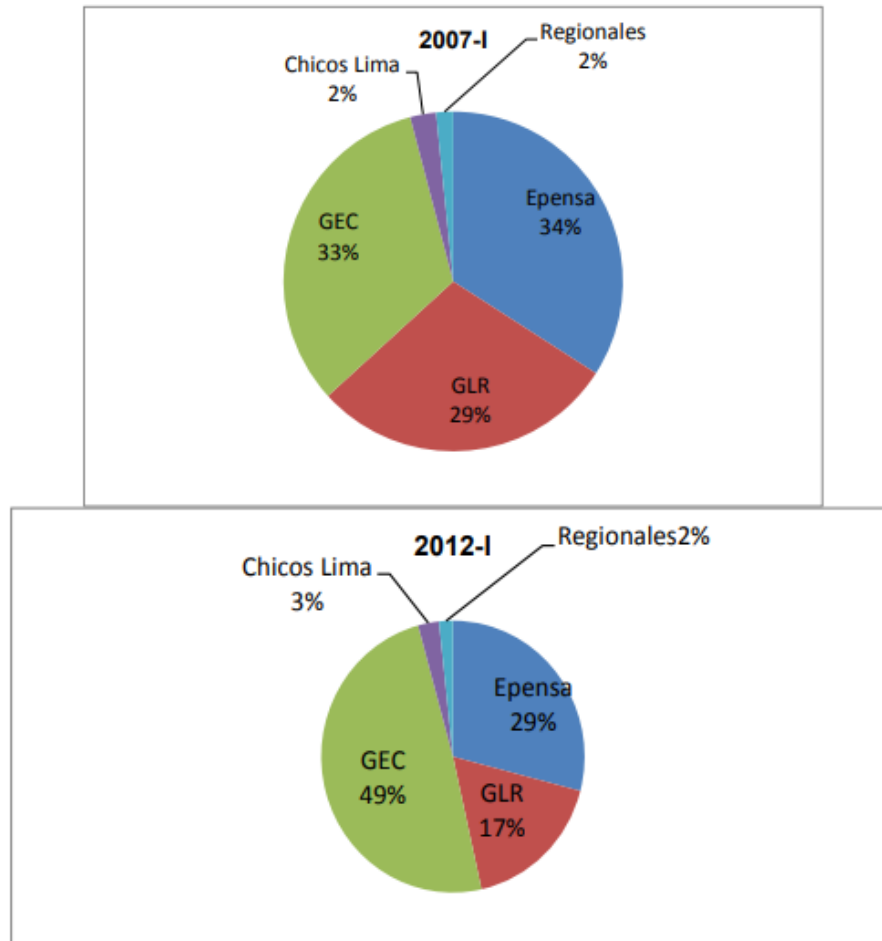
- STC N° 0905-2001-AA: Recurso extraordinario interpuesto por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, sobre libertad de expresión e información, sobre el contenido constitucional de la libertad de información,
- STC N° 00015-2010-PI-TC: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6,717 ciudadanos, representados por don Daniel Linares Bazán, contra el segundo párrafo del artículo 22° de la Ley N.º 28278 –Ley de Radio y Televisión–, que prohíbe que una misma persona natural o jurídica, sea titular de más del 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y 20% para la radiodifusión sonora. Discusión

sobre Libertades de expresión y de información, medios de comunicación y pluralismo informativo.

- STC. N° 00003-2006-AI: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra el artículo 37° de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP)—sobre vulneración a los derechos fundamentales y a las libertades de expresión e información, libertad de empresa y otros.
- STC Exp. N° 00032-2010-PI: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3° de la Ley N.º 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco. Sobre los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa
- Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC: sobre libre competencia y prácticas anticompetitivas, entre otros.

ANEXOS

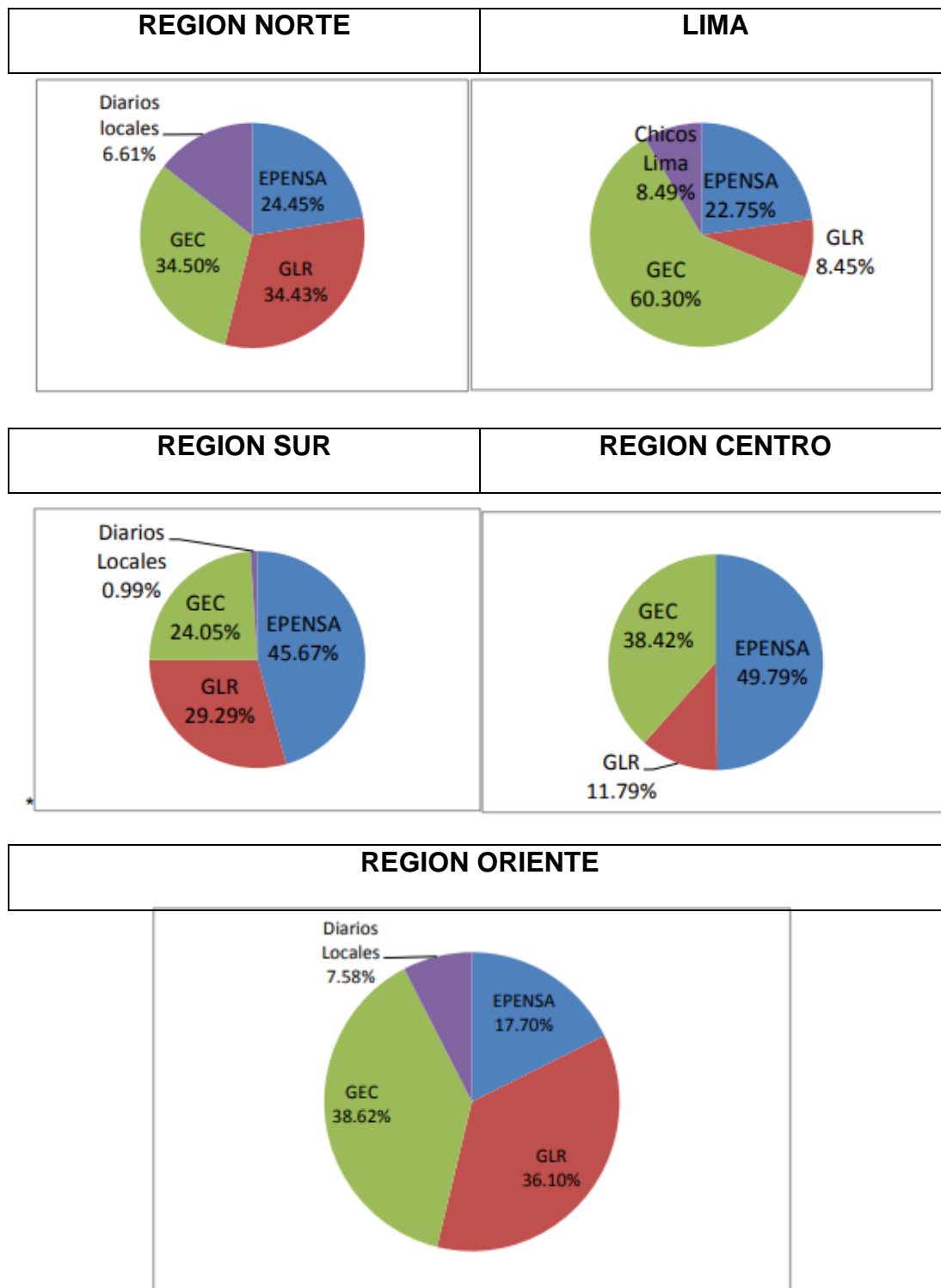
N° 1: Participación de los tres grandes grupos en las ventas de diarios de circulación nacional



Fuente: Estudio de la estructura del mercado de la prensa en el Perú.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Fernández Baca, Jorge. Estudio de la estructura del mercado de la prensa escrita en el Perú. Centro de Investigación de la Universidad del Pacifico. Set. 2013

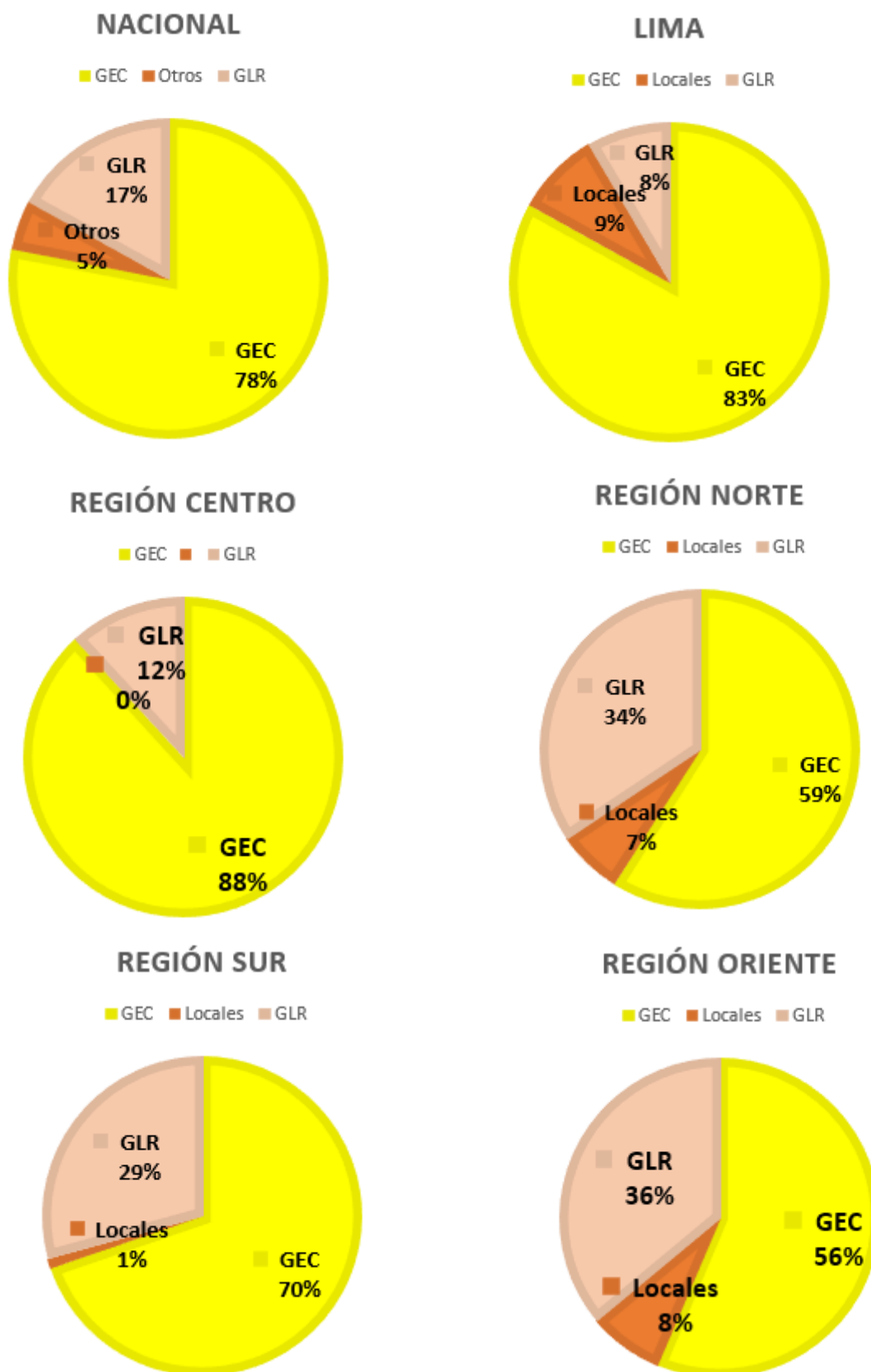
N° 2: Participación de los tres grandes grupos en las ventas de diarios por regiones



Fuente: Estudio de la estructura del mercado de la prensa en el Perú.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Fernández Baca, Jorge. Estudio de la estructura del mercado de la prensa escrita en el Perú. Centro de Investigación de la Universidad del Pacifico. Set. 2013

N° 3: Participación de la venta de diarios a nivel nacional



Fuente: Elaboración propia

N° 4: Composición de ingresos por grupo empresarial

Composición de los ingresos del Grupo El Comercio (millones de soles y %)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	201
Total ingresos	380.72	633.95	727.38	707.16	869.92	911.37	936.82
Venta de periódicos	140.51	218.70	255.66	215.61	319.99	356.73	378.60
Venta de publicidad	240.21	415.25	471.72	491.55	549.93	554.64	558.22
% publicidad	63.09%	65.50%	64.85%	69.51%	63.22%	60.86%	59.59%

Fuente: Estimado de ingresos por ventas de periódicos con Cifras de KPMG e ingresos de publicidad con cifras de IBOPE

Composición de los ingresos del Grupo EPENSA (millones de soles y %)

	2007	2008	2009	2010	2011
Total ingresos	112.19	117.83	121.80	139.88	156.96
Venta de periódicos	77.45	82.81	68.93	85.38	104.17
Venta de publicidad	34.75	35.02	52.87	54.51	52.80
% publicidad	30.97%	29.72%	43.41%	38.96%	33.64%

Fuente: Estimado de ingresos por ventas de periódicos con Cifras de KPMG e ingresos de publicidad con cifras de IBOPE

Composición de los ingresos del Grupo La República (millones de soles y %)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Total ingresos	56.25	60.43	58.46	69.10	77.63	82.03	82.03
Venta de periódicos	41.72	44.68	39.95	48.91	55.28	51.72	50.68
Venta de publicidad	14.53	15.74	18.14	17.98	24.02	25.18	30.53
% publicidad	25.83%	26.05%	31.03%	26.02%	30.94%	30.69%	37.21%

Fuente: Información proporcionada por el Grupo La República