

EXP. N.º 00013-2007-PI/TC

LIMA

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

EN REPRESENTACIÓN DE MÁS DE

CINCO MIL CIUDADANOS

# SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 13 DE JULIO DE 2007

## PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS, REPRESENTADOS POR  
DON JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, C/. CONGRESO DE  
LA REPÚBLICA**

## **SÍNTESIS**

*Proceso de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión*

### **Magistrados firmantes**

LANDA ARROYO

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

## Sumario

I. **ASUNTO**

II. **DATOS GENERALES**

III. **NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

IV. **DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

V. **MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES**

VI. **FUNDAMENTOS**

§1. DERECHOS COMUNICATIVOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

§2. LA LEY DE RADIO Y TELEVISIÓN COMO REFLEJO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN EN TANTO INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES

§3. LAS REGLAS DE LAS AUTORIZACIONES PARA RADIO Y TELEVISIÓN

§4. EL *TEST* DE IGUALDAD CON RELACIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y NACIONAL EN LAS EMPRESAS DE RADIODIFUSIÓN

§5. LA RECIPROCIDAD EN EL TRATAMIENTO IGUALITARIO ENTRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y NACIONAL

VII. **FALLO**

EXP. N.º 00013-2007-PI/TC

LIMA

MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de julio de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini

### I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuarenta y cuatro ciudadanos, representados por don Jorge Santistevan de Noriega, contra el segundo párrafo del artículo 24º de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278.

### II. DATOS GENERALES

#### ◊ **Violación constitucional invocada**

El proceso constitucional de inconstitucionalidad presentado fue promovido por más de cinco mil ciudadanos.

El acto lesivo denunciado lo habría producido la dación del segundo párrafo del artículo 24º de la Ley de Radio y Televisión, promulgada el 15 de julio de 2004.

#### ◇ **Petitorio constitucional**

Los demandantes alegan la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Consideran que el párrafo de la ley sujeta a control de constitucionalidad vulnera la exigibilidad de trato igual a los inversionistas extranjeros y nacionales (artículo 63°).

Alegando tales actos vulneratorios, solicitan que se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 24° del Reglamento del Congreso.

### III. NORMA CUESTIONADA

#### **Ley N.º 28278 Ley de Radio y Televisión**

##### **Artículo 24°, segundo párrafo**

(...)

La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen.

(...)

### IV. ANTECEDENTES

#### **A. Argumentos de la demanda**

Con fecha 7 de mayo 2007, más de cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión -en adelante, LRT-, por establecer un trato desigual discriminatorio en perjuicio de los inversionistas y accionistas extranjeros de empresas titulares de autorizaciones y licencias que desarrollan actividades de radio y televisión.

Lo que se pretende es que el Tribunal Constitucional -en adelante, TC- se pronuncie respecto al 40% de participación o acciones del capital social impuesto por el artículo 24° de la ley en mención a los inversionistas y accionistas extranjeros en empresas de radio y televisión, lo cual supone para ellos un trato desigual, discriminatorio por parte de los inversionistas y accionistas extranjeros. Para los recurrentes dicha diferenciación carece de fundamento objetivo, razonable o proporcional, cuyo origen inconstitucional estaría en la procedencia nacional del inversionista o accionista, vulnerando

de esta manera el principio y derecho constitucional de igualdad, así mismo el mandato constitucional de que las inversiones nacionales y extranjeras deben recibir igual tratamiento legal. Con esto se pretende el acceso a la propiedad y participación en el capital de tales empresas sin límite alguno, en las mismas condiciones que los inversionistas nacionales.

Sustenta su pretensión en el numeral 2) del artículo 2° de la Constitución, que establece como regla de nuestro ordenamiento el principio-derecho a la igualdad, así como la prohibición de la discriminación.

Además, agregan como parte del sustento de su demanda el *test* de igualdad como criterio de interpretación constitucional para determinar si el tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRT resulta compatible con la Constitución o no. Los recurrentes utilizan las siguientes reglas para determinar el supuesto trato discriminatorio:

- El primer paso del *test* es el de verificación de la diferenciación legislativa, el cual consiste en determinar si el supuesto de hecho cuestionado como discriminatorio es efectivamente distinto al supuesto de hecho con el cual se le compara (término de comparación). Para tal efecto debe acreditarse previamente la situación del demandante que alega violación, la cual debe ser análoga o comparable a aquella en que se encuentran las personas que disfrutaban de una mejor protección del derecho en cuestión. Para el presente caso, del artículo 24° de la LRTV, se infiere que las situaciones comparables son las de los inversionistas o accionistas nacionales y extranjeros.
- El segundo paso del *test* consiste en la determinación del nivel o grado de intensidad de la intervención en la igualdad de la diferencia en el trato legislativo. Existen tres niveles de intervención: (a) el grave se aplica a los casos en los que la diferenciación tiene como sustento cualquiera de los proscritos en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, como son: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica; (b) el medio, por el que la diferenciación se sustenta en cualquiera de los motivos proscritos en la Constitución ya mencionados, teniendo como impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o de un interés legítimo o de un legítimo interés; y, (c) el leve, según el cual se analiza si la diferenciación se sustenta en motivos distintos a los proscritos en la Constitución y tiene como correlato el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de un rango meramente legal o el de un interés legítimo. Los recurrentes aducen encontrarse ante el primer nivel tipo de intervención, es decir, la intervención grave, pues la diferencia introducida por la norma legal mencionada se sustenta en el motivo prohibido por la Constitución, el origen nacional o nacionalidad del inversionista, es decir su condición de extranjero.
- El tercer paso del *test* es la verificación de la existencia de un fin constitucionalmente admisible o legítimo en la diferenciación, lo que supone determinar si el tratamiento distinto dado por la ley obedece a una finalidad o finalidades que explican determinada regulación, no siempre indicada de manera expresa en la norma objeto de análisis o cuestionamiento. En el caso de la finalidad del tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRTV puede considerarse que el trato preferencial otorgado a los inversionistas nacionales y la limitación impuesta al porcentaje de participación de los inversionista extranjeros en el capital de la empresa de radiodifusión, obedecería a alguna de estas finalidades o a ambas: (a) proteger la identidad cultural de la nación; o, (b) proteger y beneficiar al inversionista y accionista nacional.

- El cuarto paso del *test* consiste en el examen de la idoneidad de la diferencia cuestionada, de acuerdo a lo establecido por el TC. Refieren que esta limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida. En efecto no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional y la propiedad o porcentajes de participación nacional o extranjera en el capital de la empresa de radiodifusión. Lo primero se refiere a los contenidos de la programación de la emisora, mientras que lo segundo tiene que ver con el origen nacional o extranjero de los propietarios y accionistas de la empresa. Manifiestan además que la legislación sobre radiodifusión establece o puede establecer medidas tales como la exigencia de un porcentaje de la programación que corresponde a la difusión de la cultura nacional y manifestaciones artísticas tradicionales, y que un determinado porcentaje de programas tenga que ser necesariamente producido en el país, con la participación de personal nacional. Se trata de obligaciones impuestas a toda emisora, que deben y pueden ser cumplidas sin importar quiénes son los accionistas o propietarios de la empresa, si estos son nacionales o extranjeros, o el porcentaje de la participación de cada uno de ellos. Con esto, la diferencia de trato establecida por la norma en perjuicio de los inversionistas extranjeros, ni siquiera resulta idónea para alcanzar la finalidad de proteger o promover la identidad cultural de la nación. En consecuencia, el artículo impugnado carece de fundamento para establecer un trato diferenciado; más bien, configura una discriminación en razón del origen nacional del inversionista.
- El quinto paso del *test* consiste en el examen de necesidad. Se relaciona con que la medida legislativa que establece un trato diferente para conseguir una finalidad legítima, deba resultar la menos gravosa para los principios y derechos afectados.
- El sexto paso del *test* es el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Es necesario determinar si el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

En tal sentido, los recurrentes consideran que esta limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida. En efecto, y ésta es la conclusión a la cual arriban, no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional, y la propiedad o porcentajes en el capital de la empresa de radiodifusión.

## **B. Argumentos de la contestación de la demanda**

Con fecha 2 de julio de 2007, el Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se declare infundada la misma.

Con relación al derecho de propiedad, la emplazada refiere no estar de acuerdo con los demandantes, puesto que estos alegan que no existe otra limitación constitucional respecto a la propiedad de los

extranjeros, sin embargo en el artículo 70° de la Constitución dispone que dicho derecho que ostenta toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. En consecuencia, el bien común y los límites establecidos por ley, también resultan una limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros. Refiere, asimismo, que el bien común, al cual se le identifica con el interés público, resulta indispensable al tiempo de desarrollar la institución de la propiedad.

Criticando el hecho de que los recurrentes aleguen que el ámbito del derecho de propiedad que se encuentra en juego es el derecho de propiedad a las acciones en las personas jurídicas (empresas de radiodifusión) y licencias (para establecer un servicio de radiodifusión autorizada). En tal sentido, hacen referencia al caso de personas jurídicas que para el desarrollo de sus actividades hacen uso del espectro radioeléctrico, el cual constituye un recurso natural de carácter limitado tal como se encuentra establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N.° 013-93-TCC, que establece que dicho espectro es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la nación, definición mantenida en el artículo 11° de la LRT. Ante esta regulación, al Estado le corresponde la regulación, administración, atribución, asignación, control y en general todo cuanto concierne a la gestión del espectro radioeléctrico atribuido a dicho servicio. De esta manera, concluyen, que no es correcto afirmar la inexistencia de una limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros, puesto que tal derecho debe ejercerse en armonía con el interés nacional, pues el bien explotado constituye patrimonio de la nación. Asimismo, los artículos 14° y 2°, inciso 19), de la Constitución habilitan al Estado para tener la capacidad de legislar en torno al mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico y cumplir de esta forma con el deber que le ordena de reconocer y proteger la identidad cultural de la nación, en concordancia con el artículo 70° de la Constitución.

Respecto al tratamiento de las inversiones extranjeras, refiere la emplazada que lo que parte demandante no considera es que la interpretación del artículo 63° de la Constitución no puede hacerse de manera aislada sino, por el contrario, de forma sistemática con los artículos 2° inciso 14), 14° y 70° de la Norma Fundamental. Es así como la interpretación del artículo impugnado ha de tener en cuenta el principio de unidad de la Constitución. Sólo así puede entenderse la intención de dicha norma con relación al artículo 63° de la Constitución. En consecuencia, realizar una interpretación literal como lo hacen los demandantes lleva a interpretaciones sesgadas que no aseguran el cumplimiento de los deberes ciudadanos y los deberes del Estado, mucho más cuando se trata de disposiciones vinculadas a los medios de comunicación.

En cuanto al *test* de igualdad como criterio constitucional alegado por los demandantes, expresa lo siguiente:

- En referencia a la verificación de la diferenciación legislativa en el caso del artículo 24° de la LRT y contrario a lo que sostienen los demandantes, la Ley N.° 28278 realiza un trato diferenciado, mas no discriminatorio, al asegurar una participación mínima a la inversión nacional, norma que efectúa un tratamiento especial o diferenciado para un sector específico presentando una justificación razonable.
- Respecto a la verificación de la existencia de un fin constitucionalmente admisible o legítimo en la diferenciación aplicado al caso de la norma en cuestión, refiere que existe cierta coincidencia con la parte demandante en que el fin constitucionalmente legítimo es la protección de la

identidad cultural de la nación con relación a la pluralidad cultural, en el entendido que el control mayoritario de la empresa por inversionistas nacionales puede incidir en que los contenidos que se difunden respondan, en mayor medida, a los valores, costumbres, tradiciones e idiosincrasia nacional; la que podría verse menoscabada por la preponderancia de valores culturales foráneos, provenientes de los inversionistas y accionistas extranjeros, si se permitieran que estos cuenten con una participación mayoritaria en el capital de la empresa.

- Ante el examen de la idoneidad de la diferencia cuestionada, correspondiente al tercer *test* realizado, señala que la diferenciación establecida a favor de los nacionales respecto de la participación en las acciones y participaciones de las empresas de radiodifusión es un medio idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo (proteger o promover la identidad cultural de la nación). Siendo esto así, son los peruanos titulares de un mínimo de 60% de las acciones o participaciones de las empresas de radiodifusión, los convocados, a través de la disposición establecida en el artículo 24° de la LRT, a promover la identidad cultural con respecto de la pluralidad cultural de la nación.
- Finalmente, ante el examen de necesidad de la norma impugnada, la emplazada señala que esta disposición dispone la inversión extranjera hasta un 40% del total de las participaciones o de las acciones del capital social de dichas personas jurídicas, con lo cual se permite la participación de la inversión extranjera dentro de un proceso gradual de apertura que está supeditado a la consolidación de la identidad nacional, que representa una meta de acuerdo con lo señalado por el TC, en el sentido de que la multiculturalidad del Estado peruano no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural.

Asimismo, señala que en la Decisión N.º 219 de la Comunidad Andina de Naciones, referida al régimen de inversiones, se hace alusión a que son los países los que disponen la apertura al comercio y la inversión internacional; y que en la línea o conforme a sus intereses nacionales y de acuerdo a estas consideraciones es que el artículo 2° de la Decisión establece que los inversionistas extranjeros deben tener los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro. De esta manera, señala que son precisamente las disposiciones establecidas en la legislación peruana las que estipulan las condiciones y requisitos para la participación de la inversión extranjera en el país, y, en el caso concreto, de la inversión en las personas jurídicas dedicadas a la prestación de servicios de radiodifusión.

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas debe centrarse en los siguientes temas:

- ¿Cuál es la relación existente entre los derechos de comunicación (expresión e información) y el rol que cumplen los medios de comunicación social?
- Al ser consideradas como instituciones constitucionales, ¿de qué forma habrá de concretizarse el tratamiento de la radio y la televisión a través de una ley de desarrollo?
- ¿Qué reglas se han previsto para las autorizaciones para la radio y la televisión, en virtud de su sustento en la libertad de empresa?
- ¿Existe igualdad en el trato de la inversión extranjera y nacional en las empresas de radiodifusión?
- ¿Debería exigirse algún criterio de reciprocidad en el trato entre los inversionistas nacionales y extranjeros, según sea el país del cual provengan estos últimos?

## VI. FUNDAMENTOS

1. El tema sometido a controversia constitucional tiene que ver básicamente con el porcentaje de la inversión extranjera en los medios de comunicación social radiales y televisivos.

Sin embargo, comenzaremos el análisis con algunas precisiones referidas a la ubicación de estos medios dentro de la Constitución, para luego centrarnos específicamente en la materia cuestionada en este proceso.

### **§1. Derechos comunicativos y medios de comunicación social**

2. La Constitución ha sido muy clara en reconocer los derechos fundamentales comunicativos a través del artículo 2º, inciso 4):

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin

previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley

A partir de este enunciado (que es coherente con lo señalado en los instrumentos internacionales a los cuales el Perú se ha adscrito, como el artículo 19° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo IV de la Declaración Americana, el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13° de la Convención Americana) se puede deducir que los derechos que están en juego son tanto la libertad de expresión como la libertad de información. Cada uno de estos tiene un contenido propio, el mismo que ha sido delimitado en la STC N.º 0905-2001-AA/TC, básicamente a través de su fundamento 9:

(...) Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

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

3. Desde el punto de vista de la teoría institucional, ambos derechos fundamentales cuentan con un ámbito subjetivo de protección conjuntamente con uno objetivo, el cual ha sido reconocido expresamente por este Colegiado en el fundamento 13 de la STC N.º 2262-2004-HC/TC:

(...) 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 es imposible desdecir lo que significan dentro del ámbito constitucional los derechos a la expresión y a la información. En tal entendido,

(...) tampoco se puede ignorar que en una sociedad democrática, los medios de comunicación social constituyen el principal instrumento de control de la actividad gubernamental.

Es decir, retomándose la doctrina ya expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de la Opinión Consultiva 5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, de 13 de noviembre de 1985 y de la Resolución de 5 de febrero de 2002, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), se ha expresado en el fundamento 26 de la STC N.º 0027-2005-PI/TC que

El Tribunal Constitucional no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público (...).

Pero también es cierto que este Tribunal ha puesto una condición para que el fin proveniente del artículo 3º de la Norma Fundamental pueda ser plenamente aceptado en sede constitucional. El fundamento 36 de la STC N.º 6712-2005-PHC/TC ha señalado que

El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia (...).

4. El ejercicio de estos derechos habrá de ejercerse a través de cualquier medio de emisión de un discurso, ya sea éste informativo o expresivo.

Sin embargo, la propia Constitución ha señalado en el artículo 2º, inciso 4), que la forma más concreta de comunicación es la realizada a través de medios especializados, toda vez que establece que su ejercicio se dará 'por cualquier medio de comunicación social', aunque no puede afirmarse que ellos son los únicos vehículos de transmisión de las ideas.

Esta fórmula también ha sido recogida por la Corte Interamericana en el párrafo 31 de la Opinión Consultiva 5/85 y en el párrafo 147 de la sentencia del Caso Baruch Yvcher c/. Perú.

5. Ahora bien, entrando de lleno a lo que son los medios de comunicación social, entre los cuales se encuentran la radio y la televisión, materias de regulación de la ley controvertida en el presente proceso de inconstitucionalidad, se puede señalar que estos pueden ser considerados como instituciones constitucionales. Cabe recordar que las instituciones son realidades con efectiva vida social y política que ameritan una protección jurídica determinada, por lo que son institutos delimitables y efectivamente existentes.

Esta relación entre medios de comunicación social e instituciones ya ha sido aceptada por este Colegiado en el fundamento 11 de la STC N.º 3362-2004-AA/TC, según el cual

(...) la insistencia de nuestra Norma Fundamental en los medios de comunicación social se debe justamente a la tangible preocupación por la responsabilidad que acarrea su actuación en la sociedad. Para limitar su poder se les ha reconocido como una institución constitucional, lo cual fluye de su tratamiento genérico (artículo 2º, inciso 4, de la Constitución) como de la búsqueda para su colaboración con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la nación (artículo 14.º *in fine* de la Constitución). Es más, en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278, se reconoce que la prestación de los servicios de radiodifusión, como medio de comunicación masiva, debe regirse, entre otros, por la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, la libertad de información veraz e imparcial, la tutela del orden jurídico democrático, la promoción de los valores y la identidad nacional, y, claro está, por la responsabilidad social de los propios medios.

Así, bajo el principio de unidad de la Constitución y el de concordancia práctica de los derechos fundamentales, la interpretación correcta del artículo 2º, inciso 4) se debe hacer en correspondencia con lo señalado por el mencionado artículo 14º y también por el artículo 6º (aseguramiento de los programas de educación sobre paternidad y maternidad responsables), y así se puede terminar entendiendo a los medios de comunicación social como verdaderas instituciones.

Lo que sí supone la comprensión institucional de la prensa es la atribución al legislador de una contribución muy importante en el establecimiento de su regulación. Al legislador compete, especialmente, la fijación de su organización interna democrática y la imposición de obligaciones que garanticen la transparencia del accionariado de sus empresas, así como establecer los criterios de su intervención en supuestos de monopolio informativo.

Entonces, al igual que sucede en el derecho comparado, con relación a la configuración constitucional de estos derechos comunicativos, puede decirse que los constituyentes

(...) le confirieron el tratamiento inherente a una libertad institucional, puesto que al establecer el derecho de todos los habitantes de la Nación de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, aseguraron la esencia republicana democrática. Es que en la medida en que exista una prensa libre e independiente (...), el pueblo ha de tener conocimiento pleno de la labor de los gobernantes y de todo lo inherente a la cosa pública.

6. Como parte de la lógica antes establecida, la radio y la televisión también adquieren la calidad de instituciones constitucionales, por lo que su tratamiento siempre ha de estar en coherencia y en armonía directa con los valores, principios, bienes y derechos que la propia Norma Fundamental reconoce.

Y hacia ello debe propender la LRT, y claro está, dentro de ella, también la norma impugnada. Caso contrario, la radio y la televisión no habrán cumplido con el rol asignado, ni la libertad de expresión o la libertad de información estarán ubicándose dentro de su ámbito de validez.

7. Pero para que la televisión y la radio cumplan el rol que constitucionalmente se les ha asignado, se requiere además de una voluntad estatal; que

(...) pueda surgir de la opinión pública fácticamente generalizada una convicción acreditada desde el punto de vista de la generalización de intereses, que legitime las decisiones políticas.

El tema de los medios audiovisuales requiere una participación activa de todos nosotros, pues la implicancia del rol participativo del ciudadano en el Estado, a través de los 'bienes jurídicos de democracia militante', permite a la sociedad superarse, esto es, consagrará un orden fundamental democrático caracterizado por la preservación de la apertura y libertad del proceso de creación de opiniones y voluntades, formación de la voluntad popular que se dé desde el seno de la sociedad - pasando por los partidos- hasta en los propios poderes del Estado.

En fin, la eficacia de estos derechos dependerá del ambiente democrático en que incida y, en especial, en el modo en que la televisión y la radio cumplan sus funciones básicas. Por ello,

(...) el objetivo final del control democrático de los medios de comunicación es hacer real y efectivo el libre desarrollo de la personalidad; es decir, garantizar su libre formación y su libre difusión (conformación de una opinión pública libre y plural); de ahí su necesidad como algo vital para cualquier sistema democrático.

Para que una democracia funcione en un país se requiere de unos medios, no sólo con una cobertura mayor, sino también que su objetivo esté mejor dirigido, para así superar la consecución de una opinión pública libre y consciente.

## §2. La LRT como reflejo de la radio y la televisión en tanto instituciones constitucionales

8. El sector audiovisual tiene una singularidad que hace necesario imponer restricciones aceptables y necesarias a la aplicación incondicionada de las reglas.

La televisión y la radio tienen un doble estatus: uno, como derecho subjetivo, en tanto actividad empresarial que desarrollan las personas en virtud de la libertad empresarial; y, otro, como derecho objetivo, en tanto cumplen una función social de comunicación pública. En este sentido, la libertad empresarial de constituir empresas televisivas y radiales, para que sea legítima constitucionalmente debe asegurar las posibilidades de comunicación de todos los intereses sociales e informar sin manipular, y, por tanto, formar libremente la opinión pública.

No es solamente un servicio a los ciudadanos para mejorar su bienestar o sus condiciones de vida; es también el instrumento por el que se canalizan libertades constitucionales como la de comunicación y se hace posible la preservación de valores constitucionales como la formación de la opinión pública libre. Al mismo tiempo que es el lugar que permite el ejercicio y consagración de dichas libertades, es también una herramienta imprescindible para que puedan desarrollarse otros valores, como la cultura común o la protección de la infancia.

Tal como se irá observando a lo largo de la sentencia, es indispensable ir dibujando los contornos adecuados del ejercicio de los derechos que asisten a las empresas de radiodifusión, para que sean congruentes con los roles que la Constitución les ha asignado.

9. La lógica que guía la LRT debe realmente vislumbrar el fortalecimiento democrático, máxime si la *ocasio legis* de su debate y posteriormente promulgación fue siempre la admisión en el Perú de una ética pública, luego de la experiencia nefasta del decenio pasado con relación a la corrupción de algunos medios radiales, y especialmente televisivos, y la compra de la línea editorial de muchos de ellos a favor del gobierno de entonces.

Por ejemplo, muchos de los casos de la red de corrupción de la década pasada involucraban a propietarios de canales de televisión: Expedientes N.º 025-2001 (investigados: José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, actualmente extraditados), N.º 044-2001 (investigados: Manuel Hugo Delgado Parker y Ernesto César Schütz Landázuri), N.º 17-2001 (investigados: Julio César Vera Abad y Edgardo Daniel Borobio Guede), N.ºs 034-2002 y 022-2001 (investigados: Mendel Winter Zuzunaga y Samuel Winter Zuzunaga) y N.º 029-2001 (investigado: Genaro Delgado Parker). Asimismo, existen muchos vídeos de reuniones del ex asesor de Fujimori, Vladimiro Montesinos, en la sala del Servicio de Inteligencia Nacional, con los personajes antes citados.

Justamente para evitar nuevamente ello, surge la LRT, la misma que en su artículo II del Título Preliminar ha sido muy clara en señalar cuáles son los principios que rigen la prestación de los servicios de radiodifusión:

- a) La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.
- b) La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
- c) El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.
- d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.
- e) La libertad de información veraz e imparcial.
- f) El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.
- g) La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.
- h) La promoción de los valores y la identidad nacional.
- i) La responsabilidad social de los medios de comunicación.
- j) El respeto al Código de Normas Éticas.
- k) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.
- l) El respeto al derecho de rectificación.

Algo similar se puede encontrar en el artículo III, con relación a los principios para la prestación de los servicios de radiodifusión. Así, tales máximas reflejan fielmente lo que la Constitución requiere de los medios de comunicación, especialmente de la radio y de la televisión.

10. En este marco, se ha de colegir que la radiodifusión nacional, en tanto institución reconocida constitucionalmente, debe ser entendida como un servicio esencial, a la vez que como un servicio privado de interés público, el mismo que habrá de ser otorgado en base de una autorización, según los parámetros constitucionales a ser explicados *infra* (fundamento 17). De esta forma, el artículo 3° de la LRT señala que los servicios de radio y televisión,

Los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general.

Ahora bien, sobre esta consideración, parte de la doctrina ha sido meridianamente alentadora:

(...) si bien los medios radioeléctricos deben estar al servicio del público, sostener que la actividad de los mismos es un servicio público representa el serio problema de que, con ese pretexto, el Estado pretenda su actividad más allá de todo límite razonable y entrar a regular el contenido de los mensajes que se difunden a través de ese medio.

Pero, por otro lado, partiendo de considerarlos como servicios esenciales,

*Grundversorgung*, la radio y principalmente la televisión deben ofrecer una programación al mayor número de ciudadanos posibles, de manera continuada e igual, y presentarse como elemento esencial para cumplir los fines del Estado social y democrático de derecho.

El concepto de servicio esencial (*Grundversorgung*) es un elemento básico de las libertades televisivas -y también radiales- en el marco constitucional, como forma básica de la 'procura existencial' del Estado democrático y social de derecho. Por ello,

(...) aunque legalmente las telecomunicaciones no revisten en general el carácter de servicio público y a pesar de que su prestación queda genéricamente abierta al régimen de competencia, la indudable utilidad pública de tales prestaciones ha obligado al legislador a buscar una fórmula que garantice la plena satisfacción del interés general en un contexto de libre competencia (...).

En fin, tal como lo ha señalado la propia normatividad infraconstitucional, el marco en el cual se desenvuelven la radio y la televisión es el de un servicio privado de interés público.

11. Lo significativo de los puntos antes explicados es la insistencia en que la radio y la televisión puedan ser consideradas verdaderas instituciones constitucionales.

Es decir, la regulación existente en la LRT debe ser plenamente congruente con los postulados previstos en la Norma Fundamental, pues un servicio de radiodifusión debe estar siempre enmarcado dentro de los límites admisibles y admitidos por los principios de dignidad de la persona y de vigencia democrática del país. Por ende, siempre se considera necesaria para la radiotelevisión

(...) una regulación que refuerce, por razón de la actividad como tal y no sólo por la del sujeto que la lleve a cabo, y en garantía de los derechos e intereses concernidos, la protección de base dispensada por el régimen general de la comunicación y la información.

El rol social que cumple la radio y la televisión justifica esta decisión y esta necesidad jurídica:

Se le asigna a los medios de comunicación la función de una nueva forma de control social basada en el consentimiento de un modo similar al surgimiento de la democracia (...). El papel eminentemente crítico y esclarecedor que debería desempeñar los medios de comunicación, se vuelve manejable mediante la estructuración de esos medios para que sus mensajes no contradigan radicalmente la ideología hegemónica de la sociedad.

De hecho, en el mundo actual, no debe quedar duda que el discurso emitido a través de la radio y la televisión puede ser considerado como una mercancía (tanto así que, tal como se verá más adelante, está en relación directa con los derechos y libertades económicas, sobre todo con libre iniciativa privada y libertad de empresa), en tanto es susceptible de intercambio en el mercado; sin embargo

(...) conviene no olvidar que las plusvalías económicas no son, a diferencia de lo que sucede en otros sectores económicos, el único fin que persiguen estas sociedades, lo que explica tanto situaciones de persistente déficit comercial de empresas de comunicación como las ayudas públicas de que son beneficiarios los medios de comunicación.

Es así como resulta lógico, dentro de esos postulados, que la propia LRT haya señalado en su artículo 4° que

Los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

12. Lo que corresponde al TC, como órgano encargado del control de la Constitución, es buscar por todos los medios posibles que la radio y la televisión cumplan con los fines asignados en bloque de constitucionalidad (Constitución – LRT), pues muchas veces estos medios de comunicación social se encuentran lejos de ellos.

Por eso, en el Perú de hoy lo que realmente se necesita es crear una nueva esfera pública, un nuevo espacio público para la confrontación de las opiniones e ideas.

Debemos entender, por ende, a la LRT con todas las críticas que a ella se le pueda realizar, como un mecanismo de ‘reciprocidad igualitaria’, es decir, como el instrumento ideal que abra el diálogo libre y sin restricciones entre individuos racionales, a través de un tratamiento comunicativo con simetría y reflexividad.

### **§3. Las reglas de las autorizaciones para radio y televisión**

13. Los servicios de radiodifusión en tanto servicios privados de interés público se obtienen a través de concesiones, bajo la forma de autorizaciones (sobre la relación entre concesión y autorización, revisar el fundamento 17 de esta sentencia), previstas en el artículo 14° de la LRT y cuyos requisitos están contemplados en el artículo 29° del Decreto Supremo N.° 005-2005-MTC, Reglamento de la LRT. De ello se colige que los medios de comunicación radiales y televisivos deben cumplir algunas exigencias previstas normativamente, a riesgo que el Estado no realice la aprobación correspondiente de su funcionamiento.

Tal aseveración se engloba en el hecho de que según la Constitución, en el ya mencionado artículo 2°, inciso 4),

(...) Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

Queda reconocido, entonces, el hecho de que formar un medio de comunicación social, entre los cuales se encuentran la radio y la televisión, es plenamente amparable y protegible por la Norma Fundamental, razón por la cual su existencia no puede ser objeto de negativa por parte de la entidad administrativa.

14. Pero ello no es impedimento para que el propio Estado defina legalmente las condiciones para el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes, pues tal situación tiene que ver básicamente con la forma de servicio que se está brindando. Son distintas las condiciones para el funcionamiento de un canal de televisión o de una radio a las existentes en un medio escrito.

En la actualidad convergen las infraestructuras para la prestación de servicios, y también comienzan a hacerlo los dispositivos terminales. La convergencia posibilita que las empresas oferten combinaciones de servicios a los usuarios. Gracias a los avances tecnológicos se superponen diferentes modalidades de transmisión que permiten la prestación de servicios nuevos con los medios existentes y la propia generación de nuevas infraestructuras adecuadas para la provisión de servicios combinados.

Habrà de recordarse en este punto que la LRT sólo tiene validez para las empresas de radiodifusión privadas en señal abierta (artículo 1º de la LRT), pues no incluye en su seno las existentes en señal cerrada, como en cable, o por internet, sino únicamente las que usan el espectro radioeléctrico, exceptuando también a las empresas públicas de radio y televisión.

15. Una legislación de este tipo, más allá de poderse considerar como una regulación incompleta o insuficiente, pues tampoco admite situaciones como la propiedad cruzada de medios (*cross ownership*), se basa en la existencia de un limitado espectro radioeléctrico, que según el artículo 11º de la LRT,

(...) es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 3º.e de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N.º 26821 -en adelante, LORN- expresamente presenta al ‘espectro radioeléctrico’ como una forma de recurso natural.

16. Entonces, es lógico que la validez de la actuación de las empresas radiodifusoras sobre recursos naturales fluya de una norma constitucional como la prevista en el artículo 66º, que expresa que

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.  
Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Al respecto, es muy clara la LORN, la misma que manifiesta y desarrolla, en su artículo 23º, que

La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella deberán inscribirse en el registro respectivo.

En este esquema, se ha señalado que siempre que una actividad comercial sobre bienes naturales sea susceptible de aprovechamiento económico, podrá ser objeto de gestión concesional.

17. Sin embargo, el artículo 14° de la LRT señala que la actuación de las empresas radioeléctricas se dará a través de las autorizaciones que el Estado le otorgue:

(...) La autorización es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (...).

Así, la autorización a favor de las empresas radiodifusoras debe ser entendida como una forma de aprovechamiento válido de los recursos naturales del Estado, en el caso concreto del espectro radioeléctrico. Justamente este punto es utilizado por la parte demandada para fundamentar la validez de la norma impugnada, pues

(...) siendo el espectro radioeléctrico patrimonio de la Nación, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, su explotación no puede ser separada del interés nacional por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Además, debe destacarse que el dominio estatal sobre el espectro radioeléctrico es eminente, por lo que el Estado tiene la capacidad de legislar en torno a su mejor aprovechamiento, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política cuando establece en su artículo 70° que el derecho de propiedad ‘se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley’.

Pero, ¿acaso la Constitución no se refiere a la concesión como el mecanismo jurídico *ad hoc* para permitir a los particulares utilizar los recursos naturales, cuando precisamente el espacio radioeléctrico es un recurso natural? ¿Sería inconstitucional el artículo 14° de la LRT al señalar que es la autorización administrativa la vía de la concesión del espacio radioeléctrico para el caso de la radio y televisión? La respuesta a esta pregunta la encontramos en la propia ley orgánica sobre la materia, que para el caso concreto se convierte en un bloque de constitucionalidad.

Así, el artículo 24° de la LORN señala que

Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales, tienen los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

Por esta razón, es válido, desde el punto de vista constitucional, que la LRT se refiera a la actividad de los medios radiodifusores como una forma de autorización por parte del Estado, pues ésta habrá de entenderse como una concesión.

18. A partir de este entendido, es necesario requerir a los medios de comunicación social televisivos y radiales a que, a partir de la autorización que obtienen para utilizar un recurso natural como es el espacio radioeléctrico, cumplan adecuadamente con los cometidos constitucionales.

A partir del ya mencionado artículo 14° *in fine* de la Norma Fundamental y el rol de promoción de los medios a la educación y a la cultura, se puede entender que la radio y la televisión, en tanto institutos constitucionales, deben buscar primordialmente lo siguiente:

- Que se promueva la existencia de programación nacional, pero no de cualquier tipo, sino que ésta sea coherente con el impulso del desarrollo intelectual, moral, psíquico y físico de los peruanos, toda vez que en el país se debe buscar el bienestar general de la población basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44° de la Norma Fundamental), además que existe el deber constitucional de protección de los intereses nacionales (artículo 38° de la Norma Fundamental).
- Que se proteja convenientemente a los niños y adolescentes, pues la Constitución les reconoce a ellos, a partir del artículo 4°, una titularidad superreforzada de derechos fundamentales, más aún si también se ha previsto que el único límite a la proscripción de censura previa en el ámbito

hemisférico dentro de los espectáculos públicos se refiere a la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- Que promueva un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental en el artículo 61° *in fine* expresa que los medios de comunicación social, especialmente la radio y televisión, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.
- Que la publicidad no sea engañosa, desleal o subliminal, máxime si la Constitución señala en su artículo 65° que se ha de defender el interés de los consumidores y usuarios, exigiéndose una adecuada información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, velándose por la salud y la seguridad de la población.

19. Aparte de lo claro que puede resultar el artículo 14° de la Constitución, hay que observar también que según el artículo 7° de la LORN,

Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva. El Estado impulsa la transformación de los recursos naturales para el desarrollo sostenible.

El cumplimiento de dichos fines constitucionales, además, se hace posible cuando las empresas radiodifusoras asumen el compromiso de lo que se ha venido a denominar la ‘responsabilidad social’, que incluso puede llegar a ser una ‘responsabilidad constitucional’. Para el caso de los medios de comunicación social regulados por la LRT cabe insistir en su capacidad y obligación de educar en la cultura y la moralidad públicas, tal como lo señala el artículo 14° de la Constitución, tal como ya se vino a explicar en el fundamento anterior.

Con relación a la responsabilidad social de la empresa, este Colegiado ya ha señalado, como parte de los fundamentos 14, 15 y 16 de la STC N.º 0048-2004-AI/TC, que

El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término ‘social’ respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como

‘Social y Democrático de Derecho’ cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como ‘Estado Democrático y Social de Derecho’.

En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Lo ‘social’ se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi ‘natural’, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

*Prima facie*, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: ‘tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario’.

Por tales consideraciones, las empresas radiodifusoras, en tanto cumplen roles establecidos explícitamente en la Constitución, y a partir de su configuración como instituciones, deben asumir su responsabilidad social; además deberán regirse por la cláusula de progresividad en la protección de las personas, es decir se les debe exigir una no regresividad, razón por la cual en caso de que haya mejorado el nivel de su programación no pueden retornar a los paradigmas netamente comerciales, sino que siempre deben propender a educar y reforzar los valores éticos de la sociedad peruana.

Es por eso que el artículo II del Título Preliminar de la LRT ha sido claro en presentar los principios que rigen la programación de las empresas de radiodifusión, tal como ya se pudo presentar en el fundamento 9 de la presente sentencia. Sólo así se podrá considerar a la empresa televisiva como un titular efectivo

de los derechos fundamentales que la Constitución le asigna. Cabe recordar también que es la propia LRT la que impone sanciones a los medios que incumplen con las funciones que se les han asignado (artículo 74° ss.).

20. Por tal razón, resulta admisible que la LRT haya impuesto condiciones para el otorgamiento de autorizaciones, lo que se entiende como la facultad que confiere el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (artículo 14° de la LRT).

Mediante los principios de libertad de admisión y de renuncia a intervenir en la estructura financiera y organizativa de los medios, el Estado ha brindado las fórmulas generales de actuación económico-privadas para extensas ramas de la comunicación de masas (...).

En primer lugar, como norma para ejercer tal titularidad se ha impuesto la prohibición de exclusividad, monopolio y acaparamiento. Así lo ha establecido el artículo 22° de la LRT, como concretización del artículo 61° *in fine* de la Constitución.

Y en segundo término, y he aquí donde ingresa el cuestionamiento por parte de los demandantes a la LRT, está la norma establecida en el artículo 24° de la LRT, que señala lo siguiente:

Sólo pueden ser titulares de autorizaciones y licencias personas naturales de nacionalidad peruana o personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el Perú.  
La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen.  
El extranjero, ni directamente ni a través de una empresa unipersonal, puede ser titular de autorización o licencia.

El cuestionamiento central frente a ello se encuentra en lo señalado en el segundo párrafo, pues consideran que esto afecta gravemente lo establecido en la Norma Fundamental. No consideran inconstitucionales los párrafos primero y tercero, sino únicamente el segundo. Por tanto, se acepta que los extranjeros no puedan ser titulares de las autorizaciones, pero no que se vea limitada su participación en el capital de la empresa.

21. Dentro del análisis formal de la inconstitucionalidad, existe una norma que es la que supuestamente estaría siendo vulnerada, y es el artículo 63° de la Norma Fundamental, que a la letra dice:

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones.

Esta norma tiene un correlato directo, o es una manifestación específica de lo contemplado en el artículo 2º, inciso 2):

Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Este Colegiado ya ha mencionado, dentro de la STC N.º 0018-2003-AI/TC, el contenido del artículo 63º, como parte de un derecho a la inversión, y lo ha hecho de la siguiente manera:

El artículo 63º de la Constitución señala que ‘La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones [...]’.

La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.

La inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o, en otras palabras, la acumulación de capital (...).

Asimismo, será extranjera cuando la acción económica se efectúa dentro del territorio de un Estado por agentes económicos con domicilio en otros países.

Dicha inversión facilita la dinámica económica de un país; conlleva aportes tecnológicos, coadyuva para fomentar una más eficiente organización empresarial y hasta traslada su *know how* (conocimientos, procedimientos, métodos de elaboración, utilización de medios necesarios o aportes de información secreta, etc.).

Pues bien, en cuanto al asunto bajo análisis, es menester puntualizar que la Ley especial lo que hace es distinguir entre aquellas empresas postoras que son proveedoras de bienes o servicios producidos o prestados en el territorio nacional, y aquellas otras que no producen o brindan fuera de él.

Por ende, la ley especial incorpora tanto al inversionista nacional como al extranjero dentro de las reglas de diferenciación. A mayor abundamiento, la distinción no opera en función a la calidad de inversionista, sino en lo que atañe a las empresas que producen y proveen servicios en el interior o desde el exterior del país.

De lo que se concluye que la supuesta violación del artículo 63º de la Constitución también debe desestimarse.

A raíz de ello, es innegable que la pregunta que este Colegiado debe responderse es la siguiente: ¿El segundo párrafo del artículo 24º de la LRT respeta o no el artículo 63º de la Constitución? O dicho de

otro modo, y aquí sí seguimos lo previsto en el artículo 75° del Código Procesal Constitucional, ¿el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT es una infracción directa y por el fondo del artículo 63° de la Constitución, afectándose de esta forma la jerarquía normativa de la Norma Fundamental?

22. Ante todo, conviene revisar el marco constitucional en el cual va a desarrollarse la actividad de empresas privadas extranjeras. Éste no puede ser otro que el contenido en la Economía social de mercado. El artículo 58° de la Constitución explica que si bien existe iniciativa privada libre, el sistema económico (en el cual no puede excluirse a las empresas de radiodifusión) debe ser guiado por una Economía social de mercado.

Sobre la base de esta normatividad, los demandantes manifiestan

(...) que las prohibiciones y restricciones impuestas a los inversionistas y accionistas extranjeros en el artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión no resultan compatibles con el ordenamiento constitucional peruano, cuyo régimen económico consagra dentro de sus principios rectores la economía social de mercado, la libre iniciativa privada y de empresa, y la libre concurrencia e igual tratamiento de las inversiones nacionales y extranjeras. Asimismo, si bien hace unas décadas se propiciaron normas restrictivas o prohibiciones a la participación extranjera en determinadas actividades económicas, reservándolas para el Estado o, algunas veces, a la inversión nacional, ello no resulta coherente, en un esquema de globalización e internacionalización de la economía, ni con la política del Estado en esta materia, ni con el régimen económico de nuestra Constitución, más aún si actualmente la regla predominante en el país es una política de estímulo y promoción a la venida de la inversión extranjera, para que contribuya al desarrollo del país.

Sobre el modelo económico y sus implicancias, este Colegiado ha dejado sentado en los fundamentos 13.a y 16 de la STC N.º 0008-2003-AI/TC que

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios. c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como

auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social (...).

Y es que, dado el carácter 'social' del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

23. Conviene recordar, de otro lado, que el sistema de mercado tiende simplemente a establecer un estado de cosas en virtud del cual ninguna necesidad se satisface empleándose un volumen de recursos superior al que realmente se precisa.

Esto traducido al ámbito concreto de la inconstitucionalidad planteada viene a significar que las empresas de radiodifusión si bien parten de una iniciativa privada, y así lo demuestra el propio artículo 2º, inciso 4), *in fine* de la Constitución, tampoco pueden estar exentas de parámetros establecidos o dados desde el Estado.

Tomando en cuenta estos argumentos, para resolver una controversia relacionada con derechos fundamentales de índole económico, el juez constitucional

(...) valora el contexto socioeconómico, lo considera relevante para una interpretación vivificante de la Constitución, incorpora los elementos de éste que son pertinentes para ponderar los principios enfrentados y delinear sus alcances e, inclusive, aprecia si las consecuencias económicas de un fallo inciden en el goce efectivo de derechos o en la realización de principios constitucionales (...).

Además, no es posible desdeñar el hecho de que, con el paso del tiempo, se ha llegado a lo que se conoce 'la definitiva instauración del libre mercado audiovisual'.

24. Bajo este parámetro, las empresas de radiodifusión podrán ejercer su derecho a la libertad de empresa, pues este derecho es la base de protección que habrá de argüirse para el caso concreto.

Según el artículo 59º de la Constitución que garantiza expresamente la libertad de empresa, siempre como principal expresión de la libre competencia, señala que su ejercicio

(...) no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (...).

Lo que sí no se puede olvidar es que

La conformación pública de la economía de mercado no sólo atiende a la protección de terceros, sino que también afecta a la esencia misma de la libertad de empresa en cuanto potencial generadora de poderes económicos que pueden rivalizar con el poder político.

De ello se desprende que

Junto con la ineludible vinculación de la televisión con la libertad de expresión y el derecho a la información, y bajo el imprevisible soporte de la tecnología, la actividad televisiva consta de lo que se ha calificado como una inequívoca vertiente mercantil que se encuentra amparada (...) por la libertad de empresa (...).

Entonces, la actuación de las empresas de radio y televisión habrá de sujetarse al ejercicio de este derecho, que como bien señalamos en el fundamento 26 de la precitada STC N.º 0008-2003-AI/TC está definida 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.

Es decir, y así también lo ha expresado este Tribunal en los fundamentos 12 y 13 de STC N.º 3330-2004-AA/TC,

(...) Según está dispuesta la libertad de empresa, esta también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la economía social de mercado (...).

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. - En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado (...). - En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros). - En tercer lugar, está la libertad de competencia. - En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

No está de más señalar que lo que está en juego en el presente caso es lo referido a la libre competencia, en la forma de la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, básicamente de capitales extranjeros, lo cual está en fraternal conexión con la autoconfiguración que gozan las propias empresas de radiodifusión.

Ese derecho no se agota simplemente en la posibilidad de crear las empresas, organizarlas y dirigirlas; sino también en el derecho a instalar redes y acceder a ellas, lo cual es muy importante porque los servicios de radiodifusión no limitan su actividad a la simple difusión de una señal, sino para hacer que esta llegue realmente a puntos que hayan sido incluidos dentro de la estrategia o desarrollo empresarial planteados por la empresa, se deben valer de servicios portadores -lo cual indica que hay una interacción entre servicios de difusión y servicios portadores, que son servicios de telecomunicaciones puros por así llamarlos-.

Lo interesante en este punto está en verificar si los límites impuestos por la LRT a los capitales extranjeros realmente contribuyen a un correcto ejercicio de la libertad de empresa en los medios de comunicación social televisivo y radial, tal como es la intención de los artículos 59° y 63° de la Constitución.

#### **§4. El *test* de igualdad con relación a la inversión extranjera y nacional en las empresas de radiodifusión**

25. Este Colegiado en diversa jurisprudencia (entre ella, STC N.° 0006-2006-PI/TC, STC N.° 0023-2005-PI/TC y STC N.° 0025-2005-PI/TC) ha venido a utilizar, con el fin de analizar la existencia de discriminación en un caso concreto, el *test* de igualdad, el mismo que consta de seis pasos: (a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación; (b) Determinación de la ‘intensidad’ de la intervención en la igualdad; (c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); (d) Examen de idoneidad; (e) Examen de necesidad; y, (f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Por esta razón, se debe realizar el *test* señalado a fin de analizar si él es superado o no por el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT. Sin embargo, no haremos un análisis estricto de la igualdad sobre la base de los pasos antes mostrados, sino por una cuestión meramente pedagógica uniremos algunos, por lo que el estudio será en bloque.

26. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter que posee el mencionado artículo 63° en tanto criterio de análisis de igualdad, haciendo un exhaustivo estudio de lo que este principio-derecho significa.

A través de la STC N.° 0018-2003-AI/TC, el TC ya ha señalado que

El principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente: a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y, d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres (...).  
La idea de igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad.

Aparte de señalarse que el derecho a la igualdad posee dos componentes: igualdad de la ley o en la ley (artículo 103° de la Constitución) e igualdad en la aplicación de la ley (inciso 2 del artículo 2° de la Constitución). En todo ello, lo esencial será mantener el carácter diferenciador que sí pueden tener las normas, lejos de una discriminación.

Y si bien en un caso anterior (específicamente, STC N.° 0018-2003-AI/TC), y que marca nuestra línea jurisprudencial sobre la materia, ya se ha pronunciado como infundada una demanda sobre la base del mismo artículo 63°, este Colegiado considera pertinente señalar que en dicha oportunidad, a diferencia de lo que sucede en el caso actual, consideró que la distinción existente en la norma no operaba en función a la calidad de inversionista, sino en lo que atañía a las empresas que producían y proveían servicios en el interior o desde el exterior del país.

27. Con relación a la **determinación del tratamiento legislativo diferente**, es necesario revisar la validez de los argumentos de cada una de las partes del presente proceso constitucional.

Para los demandantes, esta finalidad de tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRTV obedecería a algunas de estas finalidades, entre las cuales concluye no han sido cumplidas:

- a) Proteger la identidad cultural de la nación, en el entendido que el control mayoritario de la empresa por inversionistas nacionales puede incidir en que los contenidos que se difundan respondan, en mayor medida, a los valores, costumbres, tradiciones e idiosincrasia nacional; la que podría verse menoscabada por la preponderancia de valores culturales foráneos, provenientes de los inversionistas y accionistas extranjeros, si se permitiera que estos cuenten con una participación mayoritaria en el capital de la empresa, lo cual podría vincularse con lo dispuesto en el inciso 19) del artículo 2° de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.
- b) Proteger y beneficiar al inversionista y accionista nacional, por su condición de tal, frente al inversionista extranjero, asegurando que el control o dominio de la propiedad y dirección de

la empresa de radiodifusión sea ejercido por nacionales. Siendo que esta diferenciación tendría como finalidad beneficiar o proteger determinadas personas y limitar a otras en razón de su condición nacional o extranjero, ello apuntaría al origen nacional del inversionista o accionista, supuesto proscrito por la Constitución como motivo para la desigualdad de trato, por lo que resultaría discriminatoria e inconstitucional.

Una explicación similar es utilizada también por la demandada para argumentar la validez de su actuación, claro con el fin de justificar lo contrario:

Asimismo, que es el Estado quien debe brindar las condiciones necesarias para cumplir con los deberes constitucionales en la educación y en la formación moral y cultural de la Nación y la protección de la identidad cultural con respeto de la pluralidad cultural de la Nación con la colaboración de la sociedad. Por otro lado, manifiesta que la importancia del artículo 38° de la Constitución puede equipararse con el artículo 1° de la Constitución, en el que establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, es decir, se estaría ante disposiciones constitucionales a partir de las cuales se regulan los derechos (artículos 1°) y los deberes (artículo 38°) de la persona.

No es ilógico el planteamiento mostrado en virtud de que cualquier norma de desarrollo de la Constitución habrá de respetar siempre los intereses del país. Es válido para ello recordar lo que señala el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual los derechos comunicativos poseen determinados límites:

El ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y por lo tanto puede estar sujeta a restricciones establecidas por ley y que sean necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

Nada más cierto. La actuación de la radio y de la televisión siempre tiene que estar ligada a un fin especial, cual es el interés público de la nación, tal como su propia catalogación de servicio privado de interés público. Por lo tanto, el límite del 40% de la inversión extranjera debe responder a esta finalidad pública.

Para una determinación correcta y adecuada, habremos de recordar también que en el mundo actual se

(...) ha abierto el mercado a la radio y la televisión, creando un ordenamiento jurídico para la autorización y la actuación de las empresas privadas.

De un estudio preliminar de la cuestión, se puede observar que no existe relación alguna entre lo que se está buscando proteger y el medio utilizado, tema sobre el cual insistiremos líneas abajo. Es cierto que la ley se presume constitucional (artículo 109° de la Constitución), pero también es cierto que la norma impugnada muestra en su contenido un trato diferenciado -o diferenciador, en su inicio- para con los inversionistas extranjeros, motivo por lo cual es obligación de la demandada desvirtuarlos, cosa que no la ha logrado realizar. Expliquemos por qué.

28. Con relación al **examen de idoneidad** y a la **determinación de la ‘intensidad’ de la intervención en la igualdad**, se plantean algunas razones para entender por qué habrá de admitirse una regulación como la existente en el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT, pues ahora corresponde el análisis de la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto.

La principal de las razones argüidas para sostener la constitucionalidad de la norma es la presentada en el artículo 2°, inciso 9) de la Constitución, referido al derecho que todos tenemos a la

(...) identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Pero también ha manifestado la demandada, a través de sus apoderados, que se está tutelando el artículo 38° de la Constitución, referido a que

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Así queda acreditada la diferenciación realizada por el legislador. En tal entendido, sólo la mayoría del capital nacional podría determinar la protección de los intereses nacionales.

Al respecto, el argumento de los demandantes se centra en la supuesta protección de la identidad cultural nacional a través del 60% del capital nacional:

(...) la finalidad de brindar protección a la identidad cultural de la nación peruana supondrá la intención de tutelar el patrimonio cultural inmaterial (integrado por tradiciones y expresiones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y técnicas artesanales tradicionales), entendiéndolo desde perspectiva cultural y diversa. Siendo esto así, para admitir como válida y no discriminatoria la distinción introducida por el artículo 24° de la LRTV entre inversionistas extranjeros y nacionales, esta diferenciación debe resultar adecuada o idónea para el logro de esta finalidad. En consecuencia, que la limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida, puesto que no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional, con la propiedad o porcentajes de participación nacional o extranjera en el capital de la empresa de radiodifusión. Lo primero se refiere a los contenidos de la programación de la emisora, mientras lo segundo tiene que ver con el origen nacional o extranjero de los propietarios y accionistas de la empresa.

Pese a la argumentación mostrada por parte de la demandada, es claro que su análisis peca de insuficiente, y hasta de incorrecto. Tal como se ha podido ver la discusión en el presente caso no versa sobre si la empresa ha de ser nacional o no (no hay discrepancia sobre ello: debe tener necesariamente la nacionalidad peruana) sino sobre si ella puede tener capitales foráneos más allá del 40% admitido. Y sobre el tope impuesto no se ha dado argumento alguno, menos aún que deba existir algún límite. Hay otras formas en que se podría proteger a la radio y a la televisión con el objeto de tutelar la identidad cultural y los intereses de los peruanos antes que teniendo un determinado porcentaje de capital nacional.

Además de esta manera se estaría restringiendo ostensiblemente la capacidad de las empresas de actuar correctamente:

El establecimiento del régimen jurídico de las infraestructuras soporte de las televisiones constituye una opción del legislador que tiene una notable relevancia en orden a la distribución de los costes, de los riesgos que la creación de empresas de televisión supone. Los requerimientos propios de la eficiencia parecen pues que deban ser tomados en consideración, especialmente si atendemos a su relevancia constitucional ya que se inscriben en la libertad de empresa.

De otro lado, nadie puede dudar que lo que la radio y la televisión deben ofrecer al público es una especie de mezcla entre ética pública (si bien no es entidad estatal, su impacto sí es general) y ética privada (por el carácter de las empresas involucradas), y quizás éste también podría ser un argumento a favor de la constitucionalidad de la norma. Queda claro que estos medios han de establecer

(...) modelos de conducta o de comportamiento, estrategias de felicidad, o ideales sobre el bien y la virtud, lo que hemos llamado contenido de planes de vida que se ofrecen a los posibles destinatarios de los mismos (...).

Sin embargo, consideramos inadecuado poder señalar que esta búsqueda de ética se pueda lograr a través de una norma como la impugnada, que hasta puede ser una cortapisa a ello, toda vez que someter a una empresa nacional a los capitales extranjeros la podría volver más expedita al control de la propia inversión.

Entrando específicamente al tema de la intensidad de la vulneración, se ha alegado que ésta es sumamente grave. La argumentación en este extremo se basa en que existe una violación manifiesta de la Norma Fundamental y de los bienes en ella contenidos, máxime si como se ha venido señalando estos medios habrán de ser considerados como instituciones constitucionales. La gravedad de la intensidad se demuestra en la presentación clara de la norma impugnada. Es evidente que el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT afecta principios constitucionales, como los que se han ido presentando a lo largo de esta sentencia.

En conclusión, la norma impugnada no supera el examen de idoneidad, y se puede considerar que su intervención es grave.

29. Con relación al **examen de necesidad** y al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, se habrá de entender que no existe otra disposición más adecuada para el cumplimiento de los fines de la LRT que la establecida en la norma impugnada.

Sin embargo, uno puede ver con facilidad que independientemente de dónde provengan los capitales para la empresa de radiodifusión, siempre ella estará sujeta a responsabilidades, tal como el artículo 71° de la LRT lo expresa:

Las personas naturales o jurídicas que incurran en infracciones tipificadas en la presente Ley, son responsables administrativamente ante el Ministerio, independientemente de la responsabilidad civil y penal que pudiera corresponderles.

Las sanciones administrativas que se impongan, son independientes del cumplimiento de obligaciones o requisitos exigidos a los infractores, por lo que su aplicación no convalida, exime o reemplaza ninguna exigencia incumplida, ni los daños ni perjuicios causados.

Asimismo, se puede considerar que no existe un límite alguno más gravoso para los derechos de los accionistas extranjeros, sobre todo respecto a su derecho a la propiedad. Al respecto, y en ello coincidimos con la parte demandada, ella expresó que

(...) no está de acuerdo con el demandante cuando éste afirma que ‘no existe otra limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros’, puesto que el artículo 70° de la Constitución dispone que el derecho de propiedad que ostenta toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. En consecuencia, el bien común y los límites establecidos por ley también resultan una ‘limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros’.

También vale la pena precisar que con independencia de la nacionalidad de los capitales en la empresa, siempre las empresas de radiodifusión deben buscar la observancia y la defensa de toda la Constitución.

A través del fundamento 26 de la STC N.º 0027-2005-PI/TC, este Colegiado ha venido a señalar que

(...) no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público.

Además habrá de recordar que la propia LRT, en su artículo 33º establece que

Los servicios de radiodifusión, sonora y de televisión deben contribuir a proteger o respetar los derechos fundamentales de las personas, así como los valores nacionales que reconoce la Constitución Política del Perú y los principios establecidos en la presente Ley.

Insistimos que la protección, observancia y promoción de la radio y televisión de los derechos fundamentales, sobre la base de su consideración como instituciones constitucionales, no puede hacerlos desconocer la necesidad que tienen de influjos de capitales; lo contrario, sería negarles su capacidad de desarrollo.

En relación con la liberalización del sector, es fundamental facilitar la entrada de nuevos operadores a través de la liberalización de la prestación de servicios de valor añadido y la posterior ampliación de la libertad de prestación al resto de los servicios (...). También tiene gran importancia la credibilidad del sector público en el proceso liberalizador, ya que de este modo se va a evitar la oposición de los grupos de presión y se incentiva simultáneamente la entrada de diferentes agentes económicos en el sector.

En el mundo empresarial, la regulación de la radio y televisión está en un proceso de transición desde el servicio público a una situación de mayor liberalización. Las reglas del mercado no pueden imponerse sobre esos valores constitucionales. Todas las regulaciones proporcionadas y razonables que tratan de preservarlos son, por tanto, admisibles. En esencia,

la historia de las comunicaciones en los países poderosos, durante las últimas décadas, revela el deseo de los gobernantes por atender las crecientes necesidades y exigencias de los ciudadanos por una mayor y mejor información, por una oferta cultural y recreacional variada, tratando de satisfacerla y atenderla por los mejores medios y técnicas disponibles, a precios accesibles para las grandes mayorías; dicho en otras palabras, la voluntad de establecer unas telecomunicaciones eficientes, como soporte de una vida económica y cultural activa y creativa.

Como punto final de este análisis habrá de recordarse que algunos han propuesto que empresas de este tipo habrán de considerarse como empresas estratégicas en el país, justamente para tutelar los intereses nacionales. Al respecto, sólo podemos mencionar que este tipo de entidades deben estar sujetas a un *numerus clausus*, máxime si lo estratégico, pues, no se refiere a una 'función' económica sino a una calidad jurídica. Normalmente, como característica se encuentra la barrera absoluta de ingreso a los particulares, pero persistimos en el hecho de que lo único que se estaría prohibiendo con el segundo párrafo del artículo 24º es el ingreso de capitales, puesto que la titularidad de la empresa siempre recaerá en un nacional.

A partir de la Constitución de 1993 existe un estudio detallado en materia de las inversiones. Dado que, en el pasado en virtud de una visión nacionalista e ideologizada de las inversiones, se orientó a nuestra legislación proteger la inversión nacional y controlar e imponer un límite a las inversiones extranjeras. Siendo esto así, las inversiones extranjeras se le relacionaba con el gran capital, así como los perjuicios que este traía con relación a los inversionistas nacionales y al propio mercado. Sin embargo, esta visión de la economía resulta distinta en la actualidad, puesto que las economías excesivamente cerradas y proteccionistas solo han generado pobreza y subdesarrollo de los países que las han implementado.

Como colofón de este punto, no puede aceptarse la medida impuesta en el plano normativo por no cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

30. Con relación a la **determinación de la finalidad del tratamiento diferente**, se puede señalar que el propósito legislativo de consagrar un 40% como máximo para la inversión extranjera en radio y televisión, con la finalidad de preservar en 60% la inversión nacional conducente a la cautela de la identidad nacional y de los bienes y valores que la constituyen, es equívoco, erróneo e inútil.

En relación a este punto, habrá que tener cuidado con estos medios en vista que

(...) la televisión invierte la evolución de lo sensible en inteligible y lo convierte en un *ictu oculi*, en un regreso al puro y simple acto de ver. La televisión produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender.

Por eso el Estado debe saber actuar. No intervenir por intervenir, sino hacerlo conscientemente de que existen derechos y bienes constitucionales en juego.

En efecto, en el marco del derecho societario, que es en el que se inscribe la materia, es perfectamente posible acordar la emisión de diversas clases de acciones, las mismas que pueden conferir distintos derechos y en este orden de ideas, establecer, por ejemplo, unas acciones de fundador, que tenga como atribución la de elegir a la mayoría de miembros en el directorio, así, cuatro de siete miembros o tres de cinco, y con ello será el directorio mayoritario extranjero elegido por la minoría de la junta de accionistas quien dirija las pautas de lo que se difunda y anuncie por el canal de televisión o emisora radial respectiva.

Basta revisar tan sólo el artículo 88° de la Ley General de Sociedad, que señala lo siguiente:

Pueden existir diversas clases de acciones. La diferencia puede consistir en los derechos que corresponden a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez. Todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones.

La creación de clases de acciones puede darse en el pacto social o por acuerdo de la junta general.

La eliminación de cualquier clase de acciones y la modificación de los derechos u obligaciones de las acciones de cualquier clase se acuerda con los requisitos exigidos para la modificación del estatuto, sin perjuicio de requerirse la aprobación previa por junta especial de los titulares de acciones de la clase que se elimine o cuyos derechos u obligaciones se modifiquen.

Cuando la eliminación de la clase de acciones o la modificación de los términos y condiciones con las que fueron creadas implique la modificación o eliminación de las obligaciones que sus titulares pudieran haber asumido frente a la sociedad, a los otros accionistas o a terceros, se requerirá de la aprobación de quienes se vean afectados con la eliminación de la clase de acciones o con la variación de las obligaciones a su cargo.

El estatuto puede establecer supuestos para la conversión de acciones de una clase en acciones de otra, sin que se requiera de acuerdo de la junta general, ni de juntas especiales ni de la modificación del estatuto. Sólo será necesaria del estatuto si como consecuencia de ello desaparece una clase de acciones.

Como si ello fuera poco, también es perfectamente posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 39° de la misma ley que la distribución de beneficios o utilidades no se realice en proporción a los aportes al capital sino de manera distinta, de modo tal que por ejemplo, el 40% de acciones perciba el 80% de las utilidades y el 60% restante de acciones, sólo el 20% de dichas utilidades.

Lo que queremos expresar es que dicho porcentaje accionario (el de 60%) no asegura en absoluto al inversionista nacional porque el pacto social o el estatutario, después de las tratativas y negociaciones empresariales del caso, pueden fijar, con arreglo a ley, modos distintos de dirección y de reparto de utilidades reñidas con lo que supuestamente era la intención legislativa.

Todo esto en el marco estrictamente peruano, sin perjuicio de los otros enfoques que nos viene haciendo conocer la mundialización o globalización de la economía, en donde, existiendo el dinero virtual y el capital del mismo predicamento, ahora ya no es posible conocer, con absoluta certeza, si el capital del inversionista de un determinado país foráneo es verdaderamente de dicho país, o si, por ejemplo, puede ser peruano, proveniente de una empresa nacional y que ha hecho inversiones en el extranjero.

Adicionalmente, se puede señalar que existen temas, tanto en materia societaria como en derecho económico, concernientes a la certeza del lugar de donde proviene la real inversión llevada a cabo, que no han sido tomados en cuenta por la LRT. Esto sin perjuicio de lo que también podemos agregar en el marco del derecho concursal, en donde un inversionista extranjero puede adquirir legítimamente la totalidad de las acreencias comunes de una empresa radiodifusora en procedimiento concursal.

Claramente, se puede concluir que la norma impugnada tampoco supera el análisis del fin del tratamiento diferenciado.

## **§5. La reciprocidad en el tratamiento igualitario entre la inversión extranjera y nacional**

31. Para concluir con el análisis constitucional de la materia impugnada, el TC considera imprescindible dejar señalada una cuestión fundamental para entender correctamente el artículo 63° de la Constitución.

Se ha argüido la existencia tanto de convenios de colaboración entre países para tratamiento igualitario de los capitales (por parte de los demandantes) como de prohibiciones expresas para el ingreso de capital foráneo para las empresas de radiodifusión (por parte de la demandada).

Al respecto, este Colegiado no puede sino remitirse al texto expreso de la Norma Constitucional, y ello va a ser un motivo de modulación de la sentencia que se está emitiendo. El artículo 63° señala explícitamente que

Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

Por tal razón, es válido que nuestro Estado tome en cuenta esta consideración para el análisis del tratamiento igualitario entre los capitales extranjeros y nacionales.

32. Insistimos en que la norma impugnada debe ser reputada como inconstitucional, pero es necesario, en pos de tutelar intereses como país soberano, y en la necesidad de demandar reciprocidad económica con otros países, buscar que el trato que podamos brindar a los capitales de un país extranjero sea equitativo al que puedan recibir los nuestros cuando accedan a dicho país.

Al respecto, se ha señalado que

(...) detrás de esos aparentes deseos de mayor libertad, igualdad, calidad y progreso en materia de libertad de expresión, existe una realidad de poder creciente de un número cada vez menor de empresas con idénticos fines e ideología.

Por eso, consideramos imperioso a la luz del propio artículo 63° de la Constitución que se exija en el ámbito del territorio un trato similar, con no menos derechos, al de nuestros nacionales en los países extranjeros, por eso es el mandato expreso de la propia Norma Fundamental.

33. Actualmente no existe prohibición entre los movimientos de capitales en las empresas de radiodifusión, por ejemplo, entre los miembros de la Comunidad Europea, pero siempre ponen límites a esta libertad de circulación de capitales:

(...) los pagos relativos a los servicios (incluidos los de emisión y retransmisión de programas de televisión) debían liberalizarse entre los Estados miembros en la misma medida en que la libre circulación de servicios haya sido liberalizada entre los Estados miembros (...).

Situaciones como la mostrada redundan a favor de que la liberalización en el movimiento de los capitales dentro de los países tenga como objetivos mejorar la cobertura y la calidad de la radio y la televisión, tal como puede ocurrir en el caso peruano dentro de la Comunidad Andina (más aún si, como señala el artículo 44° de la Constitución, se debe promover la integración, particularmente la latinoamericana).

Pero ello necesariamente importa que las contrapartes reciban un trato no discriminatorio, puesto que si ponen trabas o restricciones al ingreso de los capitales, también deberían recibir un trato igual en el país, tal como fue la intención de nuestro constituyente.

#### VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, entendiendo que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO**

GONZALES OJEDA

**ALVA ORLANDINI**

**BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**VERGARA GOTELLI**

**MESÍA RAMÍREZ**

**BEAUMONT CALLIRGOS**

