



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC

(Acumulados)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11 de octubre de 2018

Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

PODER EJECUTIVO Y CONGRESISTAS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA



TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

B-1. DEMANDAS

B-1.1. Demanda interpuesta por congresistas (Expediente 0012-2018-PI/TC)

B-1.2. Demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo (Expediente 0013-2018-PI/TC)

B-2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

B-2.1. Contestación en el Expediente 0012-2018-PI/TC

B-2.2. Contestación en el Expediente 0013-2018-PI/TC

C. INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

D. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

E. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

II. FUNDAMENTOS

§1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma

1.1. Delegación de materias en la Comisión Permanente y características del debate parlamentario

1.2. El deber de justificar las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces

1.3. La determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley

§ 2. Supuesta vulneración a la libertad de información

2.1. Las dimensiones de la libertad de información

mm

[Handwritten signature]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal. | -



2.2. Publicidad estatal y libertad de información

2.3. Libertad de información y test de proporcionalidad

§ 3. Supuesta vulneración al derecho de acceso a la información pública

§ 4. Supuesta vulneración al derecho a la participación política

§ 5. Supuesta vulneración al derecho a la libertad de expresión

§ 6. Supuesta vulneración al derecho a la libertad de contratación

§ 7. Supuesta vulneración al principio de legalidad en materia penal

§ 8. Supuesta vulneración a la normativa constitucional sobre decretos de urgencia

§ 9. Efectos de la sentencia

III. FALLO



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de octubre de 2018, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno, con la asistencia de los señores magistrados Blume Fortini, presidente; Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia con el abocamiento del magistrado Miranda Canales, aprobado en la sesión del Pleno del día 27 de febrero de 2018; y con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa. También se agrega el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 20 de junio de 2018, más del 25% del número legal de congresistas interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793, Ley que regula el gasto en publicidad del Estado peruano, publicada el 18 de junio de 2018 en el Diario Oficial *El Peruano*.

Alegan la violación de los incisos 4, 5 y 17 del artículo 2 y el artículo 105 de la Constitución, así como los incisos 1 y 3 del artículo 13 y el artículo 23 a) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De otra parte, con fecha 21 de junio de 2018, el Poder Ejecutivo, por medio del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, interpone demanda contra la misma ley. Alega la violación de los incisos 4, 14 y 24 d) del artículo 2 y del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, así como del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En defensa de la constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas el Congreso de la República, a través de su apoderado, contesta las demandas con fecha 8 y 14 de agosto de 2018, respectivamente, negándolas y contradiciéndolas en todos sus extremos, señalando que la ley cuestionada no contraviene la Constitución por la forma ni por el fondo, por lo que solicita que sean declaradas infundadas.

B. ARGUMENTO DE LA PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-I. DEMANDAS

B-I.1. DEMANDA INTERPUESTA POR CONGRESISTAS (EXPEDIENTE 0012-2018-PI/TC)



Los congresistas demandantes alegan que la ley impugnada incurre en inconstitucionalidades de forma y de fondo, pues fue emitida sin observar el trámite legislativo previsto en el artículo 105 de la Constitución, y viola el derecho a la información y el derecho a la participación política, reconocidos tanto en la Constitución como en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

❖ *Inconstitucionalidad por la forma*

Respecto de la inconstitucionalidad por la forma, sostienen que se ha vulnerado flagrantemente el artículo 105 de la Constitución. Según mencionan, dicha disposición debe ser interpretada sistemáticamente con el artículo 78 del Reglamento del Congreso, el cual formaría parte del bloque de constitucionalidad en lo que respecta a las funciones y competencias del Congreso.

Interpretando dichas normas alegan que:

- Ningún proyecto puede ser debatido por el Pleno sin haber sido estudiado y dictaminado, previamente, por una comisión especializada.

- Ningún dictamen aprobado por una comisión especializada puede ser debatido por el Pleno si, previamente, no ha sido publicado en el portal oficial del Congreso.

Ambas normas admiten una excepción, que la junta de portavoces acuerde por mayoría exonerar de tales requisitos al proyecto de ley o a un dictamen de comisión ordinaria. Sin embargo, tal excepción no debe proceder en virtud a una voluntad discrecional de la mayoría de sus miembros, que puede devenir en arbitraria.

En tal sentido, el acuerdo de la Junta de Portavoces no debe obedecer a razones meramente políticas o que atenten contra el principio de publicidad de las normas y de deliberación en el Congreso, sino que deben existir razones que justifiquen la exoneración.

El proyecto de ley 02133-2017-CR fue materia de dos exoneraciones contempladas en el artículo 78 del Reglamento del Congreso: (i) exoneración del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones (por lo que fue remitida directamente a la Comisión Permanente, donde fue aprobada con un texto sustitutorio); y, (ii) ampliación de agenda del Pleno. Luego que la autógrafa fuera observada por el Presidente de la República, la citada Comisión de Transportes y Comunicaciones elaboró un dictamen de insistencia que fue exonerado del plazo de publicación en el portal del Congreso para que sea debatido y aprobado en el Pleno.

Los congresistas demandantes señalan que en el presente caso las razones que justifican las exoneraciones brillan por su ausencia, que la iniciativa no provenía del Poder Ejecutivo, ni respondía a una demanda social o política urgente que justificara su



aprobación célere.

Desde la presentación del proyecto de ley, el 27 de noviembre de 2017, hasta su aprobación por la Comisión Permanente, el 21 de febrero de 2018, pasaron menos de tres meses en los que el Congreso no realizó ninguna reunión de trabajo para debatir sus alcances y solo se debatió en la Comisión Permanente en dos oportunidades.

De igual forma ocurrió con la autógrafa, que fue devuelta con observaciones del Poder Ejecutivo. Luego de un dictamen de insistencia de la Comisión de Transportes y Comunicaciones fue remitido al día siguiente al Pleno para su discusión y aprobación por mayoría.

Los demandantes refieren que este apuro no ha sido justificado. Y es que no basta con sostener que ello fue así porque la junta de portavoces así lo quiso. Ello implicaría avalar la arbitrariedad y el despotismo de la mayoría que piensa la democracia como un sistema de votos, contraviniendo los principios que dan sentido a nuestra Constitución y los intereses de los ciudadanos.

Concluyen que este tipo de proceder no encuentra asidero en nuestro sistema jurídico y atenta contra los principios de interdicción de la arbitrariedad y democracia deliberativa que orientan los artículos 105 de la Constitución y 78 del Reglamento del Congreso.

❖ *Inconstitucionalidad por el fondo*

- *Atrofia del derecho de acceso a la información pública*

En la demanda se sostiene que la prohibición de publicidad estatal establecida en el artículo 1 de la Ley 30793 contraviene el derecho de acceso a la información pública, regulado en el artículo 2, incisos 4 y 5 de la Constitución.

Se sostiene que los medios públicos que posee el Estado no permiten cristalizar el principio de máxima divulgación que, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se desprende del artículo 13 de la CADH. Y es que los medios estatales pueden contribuir a la difusión de la información pública pero no pueden garantizar que esa difusión sea efectiva.

Los demandantes subrayan la diferencia entre cobertura y rating explicando que los medios estatales pueden tener mayor cobertura pero sus niveles de audiencia no son muy grandes. TV Perú, por ejemplo, llega a todo el Perú pero sus niveles de audiencia no superan el 3%. Por lo tanto, si el Estado publicita información sobre servicios o medidas políticas, muy poca gente se enteraría de ellos.

Según los demandantes, el artículo 2 de la Ley 30793 adolece del mismo problema ya indicado, puesto que de acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas e



Informática (INEI) el acceso al servicio de internet en el Perú no es masivo y en algunas localidades no existe posibilidad de que lo sea por falta de infraestructura y logística. En este caso, ya no se trata de un problema de rating sino de cobertura y acceso, contraviniendo el derecho de acceso a la información.

Agregan que el impacto de esta ley en algunos medios de comunicación significaría su cierre. Por consiguiente, esta norma estaría promoviendo una censura indirecta, prohibida por el artículo 13, inciso 3, de la CADH. Señalan que la Ley 30793 constituye un peligro latente contra la línea editorial de los medios independientes y alternativos, los que tendrán que atemperar sus posiciones, por cuanto se volverán económicamente dependientes del financiamiento privado.

Vulneración del derecho a la participación política

En la demanda también se ha sostenido que esta ley contraviene el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, por cuanto se estaría afectando el derecho a la participación política. Sostienen los recurrentes que los ciudadanos requieren contar con información no solo para conocer cuáles son los servicios que ofrece el Estado sino también para controlar y criticar sus acciones. La omisión de información veraz reduce la capacidad de la ciudadanía de interpelar a las autoridades, y aumenta la posibilidad de que estas incurran en actos indebidos.

Señalan que la información que genera el Estado no se limita a publicitar las obras públicas de sus órganos políticos, sino que permite atender mejor las necesidades de las personas y cumplir con la promoción y garantía de los derechos, que es una obligación constitucional. Asimismo, permite evitar la corrupción y optimizar los niveles de control y participación de la ciudadanía.

Se trata de una ley innecesaria que no supera el examen de proporcionalidad

Los demandantes alegan, además, que la ley es innecesaria, ya que en gran medida regula algo que ya está previsto en la Ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 15 de agosto de 2006. En esta se establecen los criterios que debe seguir el Estado a la hora de contratar servicios publicitarios y se establecen sanciones a los mismos cuando no son observados. Con dicha ley se establece un punto de equilibrio entre el gasto eficiente y las responsabilidades contraídas por el Estado en materia de libertades informativas.

En tal sentido, la Ley 28874 establece límites como la prohibición de erogar recursos presupuestarios en beneficio de un candidato. Dispone, además, que ningún funcionario podrá aparecer en las inserciones que se paguen en medios y que no se buscará privilegiar a una empresa en particular.

Señalan los demandantes que, para los proponentes de la ley cuestionada, la Ley 28874



no fue una herramienta efectiva para evitar el dispendio y el clientelismo político. Si ello es cierto, argumentan, el problema no sería la norma en sí, sino su aplicación práctica.

Por último, los demandantes sostienen que la ley cuestionada no supera el examen de proporcionalidad. Aceptan que resulta idónea para cumplir con su fin constitucionalmente legítimo, el cual es optimizar el gasto público, pues se prohíbe destinar recursos para la contratación de espacios publicitarios en medios privados, y esos recursos se podrán emplear para atender otras demandas.

No obstante, la ley no pasaría el test de necesidad, por cuanto existen otras medias igualmente idóneas con un menor impacto en los derechos fundamentales referidos. Efectivamente, señalan que muchas de estas medidas alternativas menos gravosas ya existen en la Ley 28874, que regula la publicidad en base a criterios objetivos y razonables.

B-1.2. DEMANDA INTERPUESTA POR EL PODER EJECUTIVO (EXPEDIENTE 0013-2018-PI/TC)

En líneas generales el Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 30793 es inconstitucional tanto por la forma como por el fondo. En tal sentido, plantea que se debe utilizar un parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad.

** Inconstitucionalidad por la forma*

Argumenta que debe evaluarse la constitucionalidad del procedimiento parlamentario por medio del cual se aprobó la ley cuestionada sin limitarse al formalismo jurídico del Reglamento del Congreso, en atención a que se trataba de un proyecto de ley que restringe la libertad de expresión.

Por ello, señala que el proyecto debió observar las siguientes reglas: (i) debió ser analizado por las comisiones ordinarias del Congreso en materia Constitucional y Derechos Humanos; (ii) no debió ser exonerado del debate en comisiones por la junta de portavoces; (iii) debió ser debatido y aprobado por el Pleno del Congreso; y, (iv) las observaciones de índole constitucional realizadas por el Poder Ejecutivo a la autógrafa de la ley debieron ser analizadas previamente por la Comisión de Constitución y Reglamento antes que el Pleno decida sobre la insistencia o allanamiento.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 30793 es inconstitucional por la forma, por cuanto el procedimiento parlamentario para aprobar la ley no respetó las garantías mínimas que deben observarse para el debate de un dispositivo legal que limita y restringe el ejercicio de expresión e información. En tal sentido, se habría desconocido el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.



Asimismo, refiere que la Ley 30793 no establece una cláusula de derogación expresa. Cuando en el debate parlamentario se planteó la necesidad de precisar la relación con la Ley 28874, el autor del proyecto de ley, el congresista Mauricio Mulder solo indicó que su demanda buscaba corregir la Ley 28874.

Este dato es relevante para el demandante por cuanto, en caso el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la Ley 30793, no se produciría un vacío normativo respecto a la publicidad estatal.

❖ *Inconstitucionalidad por el fondo*

Vulneración del derecho a la libertad de información

En lo que al respecta a la inconstitucionalidad por el fondo, el demandante expresa que el artículo 3 de la Ley 30793 contraviene el derecho de toda persona a recibir información, contemplado en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución y artículo 13 de la CADH.

Alega el Poder Ejecutivo que la publicidad estatal constituye en la actualidad una vía mediante la cual se brinda información a la ciudadanía respecto al desarrollo de sus múltiples actividades. En tal sentido, la prohibición de la difusión de publicidad estatal en medios privados solo puede justificarse en la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos como el orden público, la seguridad nacional, la salud, y la moral pública. Sin embargo, previo a la aprobación de la autógrafa de la ley no se aprecia que el legislador haya realizado este tipo de análisis.

Por ello, al establecer una restricción sin sustento o justificación de índole constitucional o convencional, el artículo 3 de la ley cuestionada deviene en inconstitucional.

Restricción a la obligación del Estado de garantizar el derecho de toda persona a recibir información

El demandante refiere que las normas que reconocen derechos fundamentales no solo se ven afectadas cuando se emiten leyes que restringen su ejercicio sino también cuando tales leyes impiden al Estado cumplir con sus obligaciones, constitucionales y convencionales a favor de las personas.

Con ello, los artículos 1 y 3 de la Ley 30793 impiden al Estado cumplir con su obligación de brindar información pública a la ciudadanía y garantizar el ejercicio del derecho de toda persona a recibir información. Esto contraviene las obligaciones del Estado en materia de libertad de información, derivados de los artículos 2, incisos 4 y 44, de la Constitución, así como los artículos 1, 2 y 3 de la CADH.



Vulneración de la igualdad para recibir información sobre actividades estatales

Se indica en la demanda que, según cifras del INEI, el 40% de la población peruana no tiene acceso diario a Internet, y que, según la encuesta residencial de servicios de telecomunicaciones de OSIPTEL del 2016, el 34% de los hogares no cuenta con acceso a internet. Lo mismo ocurre con el 62% de los hogares del área rural y con el 67% de los hogares de nivel socioeconómico E.

En consecuencia, el artículo 2 de la Ley 30793 implica que un sector de la población no podrá acceder a información del Estado, a diferencia de otro grupo que sí podría acceder a la misma por tener conexión a Internet y redes sociales. Ello origina una situación de desigualdad en el ejercicio del derecho a recibir información del Estado.

Vulneración del derecho a la libertad de expresión al constituir una decisión sobre el uso de fondos públicos como medio de presión contra los medios de comunicación privados

Se sostiene que la libertad de expresión se ve afectada cuando por medio de vías indirectas se impide la circulación de información, por lo que toda norma relacionada con ese derecho debe ser analizada desde esta perspectiva.

El Procurador del Poder Ejecutivo señala, además, que la Ley 30793 constituye una medida contraria a los medios de comunicación privados por la manera como informan sobre las actividades estatales y que por ello constituye una restricción indirecta para la libertad de expresión en contravención a lo estipulado en el artículo 13 de la CADH.

Vulneración del derecho a la libertad de contratar

Se indica en la demanda que el artículo 3 de la ley cuestionada establece una prohibición de celebrar contratos entre los medios de comunicación privados y las entidades públicas para la difusión de publicidad estatal, calificando además esta conducta como delito. No obstante, con la publicidad estatal se garantiza el derecho a toda persona a recibir información. Por ello los acuerdos contractuales que se celebren con este objetivo no pueden ser calificados como de objeto ilícito.

Vulneración del principio de legalidad en materia penal

Señala el Poder Ejecutivo que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera el principio de legalidad en materia penal reconocido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, y en el artículo 9 de la CADH, al establecer como delito de malversación la contratación de publicidad estatal en medios privados.

Argumenta que el Estado no puede establecer como delito la contratación de la publicidad estatal en medios privados, por cuanto resulta indispensable para garantizar



el derecho de las personas a recibir información. En otras palabras, argumenta que constituye una conducta por medio de la cual los funcionarios concretan las obligaciones relacionadas con este derecho.

Estando a lo expuesto concluye que no puede ser considerada como un delito de malversación, pues el Estado no puede establecer como delito una conducta que al mismo tiempo ordena o fomenta.

Vulneración del contenido que puede ser regulado por decretos de urgencia

Las excepciones propuestas en el artículo 4 de la Ley 30793 contravendrían facultades propias del Poder Ejecutivo respecto al dictado de medidas extraordinarias para hacer frente a una determinada situación. Y es que los decretos de urgencia no declaran una situación de emergencia o desastres nacionales, sino que mediante ellos se establecen medidas extraordinarias para hacer frente a una determinada situación económica y financiera.

El Poder Ejecutivo sostiene que dicho artículo es inconstitucional porque establece que los decretos de urgencia también pueden ser empleados con una finalidad diferente a la prevista en la Constitución.

Más aun, el artículo 4 no toma en cuenta situaciones que no tengan alcance nacional, como el de aquellos desastres de carácter local o regional. Ello refleja la inadecuada técnica legislativa empleada al redactar la Ley 30793.

Los artículos 4, 5 y 6 de la Ley impugnada son inconstitucionales por conexidad con la prohibición establecida en el artículo 3

Sin perjuicio de lo indicado, estos artículos son inconstitucionales por conexidad con la prohibición de contratar publicidad estatal en medios privados establecidos en el artículo 3. Y es que plantean excepciones, detallando la regulación e implementación de tal prohibición.

B-2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

B-2.1. CONTESTACIÓN EN EL EXPEDIENTE 0012-2018-PI/TC

Con fecha 8 de agosto de 2018 el Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por cuanto tal ley no contraviene la Constitución ni por la forma ni por el fondo.

❖ *Sobre la inconstitucionalidad por la forma*

El apoderado del demandado sostiene que todos los actos cuestionados han sido



desarrollados de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso. La junta de portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones al amparo del artículo 105 de la Constitución y 78 del Reglamento del Congreso.

❖ *Sobre la inconstitucionalidad por el fondo*

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la libertad de información y expresión

Se sostiene en la contestación de la demanda que la Relatoria Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe del año 2003, respecto de la publicidad oficial, indicó que dentro de las libertades de expresión e información no se incluye el derecho de los medios a recibir recursos estatales por publicidad. Si otorga en cambio una posición de derecho fundamental a no ser objeto de asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial.

Agrega que, en virtud de la jurisprudencia constitucional e interamericana (Sentencia 0905-2001-AA/TC, Opinión Consultiva OC-5/85 y Sentencia del Caso Olmedo Bustos y otros v. Chile), el derecho a la libertad de información posee un contenido que incluye las siguientes posiciones: (a) el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; (b) derecho a fundar medios de comunicación, incluyendo la protección de estos contra restricciones arbitrarias e ilegales; (c) la proscripción de la censura previa; (d) proscripción de censura indirecta, incluyendo entre ellas la asignación discriminatoria de publicidad oficial; y, (e) protección contra restricciones no sustentadas en el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Indica que la parte demandante ha incurrido en un error al delimitar el derecho a la libertad de información, ya que no existe un derecho intrínseco a recibir la publicidad estatal. La supresión de dicha publicidad no se encuentra entre los actos de censura indirecta capaces de afectar el derecho invocado, sino su distribución arbitraria y discriminatoria.

En tal sentido, el Congreso de la República habría ejercido su facultad de configuración legislativa al suprimir este tipo de gastos, sin que ello implique intervenir en la esfera de protección del derecho a la libertad de información.

Sobre la supuesta vulneración del derecho de acceso a la información

Señala que el derecho de acceso a la información es conceptuado, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como un derecho individual que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarde, mantenga, o elaboren las diversas instancias y organismo del Estado.



En la jurisprudencia interamericana, este derecho garantiza a toda persona la posibilidad de solicitar sin expresión de causa el acceso a la información bajo el control del Estado, con las limitaciones expresamente previstas en la Convención y ampara el derecho a recibir dicha información estableciendo la obligación consecuente del Estado de suministrarla.

El Estado debe permitir que las personas accedan a la información pública y en caso de que se configure una excepción debe brindar una respuesta fundamentada en motivos permitidos por la Convención.

Por ello, subraya que, fuera de una profunda confusión entre el derecho a la libertad de información y el derecho de acceso a la información, puede sostenerse que la ley no interviene negativamente dentro de la esfera de protección del derecho de acceso a la información.

La supresión de la publicidad estatal en los medios de comunicación privados no obstaculiza total o parcialmente que las personas acudan a las dependencias del Estado con la finalidad de solicitar información y que esta les sea entregada.

Sobre la supuesta vulneración del derecho de participación política

En la contestación se sostiene que la tesis sostenida en la demanda, consistente en que el derecho de participación política sufre un efecto negativo reflejo de la afectación del derecho de acceso a la información es errónea. Y es que como ya lo habría acreditado no se está vulnerando el derecho de acceso a la información.

Sobre la supuesta vulneración al principio de proporcionalidad

El apoderado del Congreso de la República sostiene que la medida no puede ser juzgada utilizando el test de proporcionalidad por cuanto este se aplica únicamente a aquellas decisiones legislativas que afectan un derecho fundamental, algo que en el presente caso no sucede.

Añade que de la revisión de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados por la ley no surge intervención alguna en su contenido constitucional y convencional. Ello deja un amplio campo para que el legislador ordinario elija entre las múltiples opciones disponibles que van desde la prohibición hasta la permisión, encontrándose únicamente vedado distribuir la publicidad estatal de manera discriminatoria.

B-2.2. CONTESTACIÓN EN EL EXPEDIENTE 0013-2018-PI/TC

❖ *Sobre la inconstitucionalidad por la forma*



Sostiene que los demandantes no han precisado exactamente cuál es la norma constitucional que estatuye las reglas específicas para el procedimiento parlamentario de normas que limiten o restrinjan derechos fundamentales, cuyo establecimiento, contradictoriamente solicitan al Tribunal Constitucional.

Así, no se sustenta por qué se considera que durante el procedimiento de aprobación de la Ley 30793 se dio una actividad que pretende dar apariencia de deliberación a una mera sucesión de pasos "en la que solo se habría enfatizado el proceso de contabilizar votos".

Afirma también que no son inconstitucionales las leyes aprobadas luego de un procedimiento ajustado a la Constitución y al Reglamento del Congreso en el que hubo un debate suficientemente amplio, aunque no ilimitado. Afirmar lo contrario sería negar la eficacia del voto de la mayoría que determinó la derrota de la minoría.

En suma, al haberse desarrollado todos los actos cuestionados de acuerdo a lo establecido legal y constitucionalmente no es posible sostener que se ha incurrido en una infracción constitucional de forma en el procedimiento legislativo en cuestión.

❖ *Sobre la inconstitucionalidad por el fondo*

Respecto a los derechos a la información y al acceso a la información pública, en la contestación de la demanda se plantean argumentos similares a los presentados en la contestación presentada en el Expediente 0012-2018-PI/TC y que se dan aquí por reproducidos.

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratación

Sostiene que la ley cuestionada no puede afectar un derecho del Estado porque, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el "Estado no tiene derechos fundamentales sino competencias y atribuciones" (Sentencia 00898-2002-AA/TC).

De otro lado, alega, basándose en la Sentencia 03866-2006-PA/TC, que la libertad contractual, como cualquier derecho fundamental, se encuentra sujeta a límites. Más aun si se toma en cuenta el artículo 76 de la Constitución, en cuanto dispone que la contratación administrativa posee una serie de particularidades, pues se encuentran comprometidos recursos y finalidades públicas, resultando necesaria una regulación especial.

En todo caso, lo que la ley hace es revertir una situación en la que existía un elevado gasto publicitario concentrado en doce empresas propietarias de medios de comunicación, en desmedro de miles de otras empresas que se dedican a la misma actividad económica.



Sostiene el apoderado del Congreso de la República que el legislador ordinario ha actuado dentro de su margen de acción para la regulación de la materia. Además, la prohibición legal ha sido efectuada en virtud de la libertad de configuración del legislador, que ha penalizado la infracción de acuerdo a la excepción que la Constitución prevé a la libertad de contratación.

Sobre la supuesta vulneración del principio de legalidad penal

Sostiene que corresponde al Poder Legislativo la competencia exclusiva de diseñar la política criminal del Estado, tal como ha sido establecido por el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 0019-2005-PI/TC).

Alega que en la demanda no se denuncia que alguna de las manifestaciones del principio de legalidad se haya visto afectada al momento de tipificar el uso de recursos públicos para la contratación de publicidad en medios privados como malversación de fondos. El cuestionamiento en realidad estaría dirigido a la disconformidad del Poder Ejecutivo con dicha tipificación.

Sobre la supuesta vulneración de los límites materiales para el dictado de decretos de urgencia

Sostiene el apoderado del Congreso de la República que, contrariamente a lo sustentado por el demandante, la ley no dispone que tal o cual situación sean declaradas mediante un decreto de urgencia. Lo que la ley establece es que, si se dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera debido a una situación de desastre nacional, entonces operará la excepción prevista en su artículo 4, permitiendo al Estado contratar publicidad en los medios de comunicación privados.

Finalmente, sostiene que en cuestión de políticas públicas no existe una sola respuesta posible. Solo están vedadas las opciones que vulneran los derechos fundamentales o bienes constitucionales, lo que no ha ocurrido en el caso de la presente ley. El legislador democrático tiene plena libertad para apartarse del modelo regulado en la Ley 28874 que se demostró ineficaz para controlar la asignación discriminatoria de la publicidad estatal y optó por la supresión de toda posibilidad de que se perpetúe dicho estado de cosas inconstitucional.

C. INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha emitido una Nota Técnica analizando los alcances de la Ley 30793 a la luz de los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión, la cual ha hecho llegar al Gobierno del Perú con el objeto de que sea comunicada a este Tribunal, por ser el órgano encargado de conocer las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la citada ley. Este informe, de fecha 14 de agosto de 2018, fue presentado por el Poder Ejecutivo



en el Expediente 0013-2018-PI/TC el día 15 de agosto de 2018.

En dicho informe se recoge la importancia de la libertad de expresión, en sus dimensiones individual y colectiva, que comprende tanto el derecho de las personas a expresarse libremente, como el derecho de todos a recibir ideas y opiniones de toda índole, recalcando el papel vital de los periodistas y medios de comunicación en la materialización de ambas dimensiones.

La Relatoría Especial señala que el inciso 3 del artículo 13 de la CADH prohíbe expresamente el uso de mecanismos indirectos de censura que busquen impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones por cuanto suponen restricciones en el derecho a la libertad de expresión.

De acuerdo con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH estos mecanismos podrían incluir la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial, con el objeto de presionar, castigar, premiar o privilegiar a los medios de comunicación en función de su línea informativa.

En la Nota Técnica se subraya, además, que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación, cuando el Estado asigna recursos de forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libertad de expresión. Por otro lado, sostiene que los Estados tienen la obligación de promover la diversidad y el pluralismo de medios de comunicación.

De acuerdo con la Relatoría Especial, las leyes deben establecer que la asignación de publicidad estatal obedezca a criterios objetivos que garanticen la eficiencia en el gasto y la prevención de abusos "electoreros" contando con mecanismos de transparencia y rendición de cuentas de dicho gasto, pero afectando en la menor medida posible el derecho a la libertad de expresión y el funcionamiento de medios independientes y libres.

La Relatoría Especial ha señalado reiteradamente que de la asignación de publicidad oficial puede depender tanto la posibilidad de los medios de comunicación de expresarse libremente como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la CADH.

En efecto, señala que la publicidad representa una fuente de ingresos relevante para asegurar la viabilidad y desarrollo de los medios de comunicación que, en nuestra región, dependen en buena medida del acceso al financiamiento oficial. Así, concluye que la ley cuestionada genera el riesgo de cierre de medios de comunicación, lo que impactaría las fuentes informativas a disposición del público.

Añade que los más golpeados serían los pequeños medios locales, comunitarios, sin fines de lucro y aquellos que son la voz de los pueblos indígenas del Perú, afectando a



los medios con menor acceso a publicidad privada.

En ese sentido, la ley cuestionada sería un mecanismo de censura indirecta de la libertad de expresión ya que se trataría de una medida innecesaria y desproporcionada para alcanzar un fin por lo demás constitucionalmente legítimo, que es eliminar la discrecionalidad y arbitrariedad en el gasto público de publicidad.

Por último, la Relatoría Especial hizo un llamado de atención sobre el contexto en que fue adoptada la ley cuestionada. Señala que varios de los congresistas que apoyaron la medida declararon públicamente que estaba dirigida a castigar a los medios privados que desacreditaron como "vendidos", "mermeleros", y que habrían ganado cuantiosas sumas a costa del erario público.

Además, la Relatoría Especial también señala que la ley se aprobó en un contexto caracterizado por investigaciones de corrupción en el sistema político, que desarrollan y difunden varios de los medios afectados, en el que congresistas y fiscales han solicitado incluso el levantamiento de las fuentes periodísticas.

D. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Con fecha 21 de agosto de 2018 este Tribunal admitió el informe *amicus curiae* presentado por el Defensor del Pueblo, mediante el cual aporta elementos jurídicos que coadyuvan a resolver la presente controversia.

Problemas advertidos como consecuencia de la falta de regulación por parte del Poder Ejecutivo

En el informe se señala que la falta de reglamentación de la Ley 28874 genera que cada entidad planifique libremente su estrategia publicitaria. Esta falta de regulación, responsabilidad del Estado, no ha permitido que se desarrollen mecanismos de control idóneos, generando un amplio margen de discrecionalidad a favor de las entidades públicas para disponer de recursos públicos con fines de publicidad estatal, que a su vez genera una situación que podría propiciar actos de corrupción.

La omisión apuntada puede llevar a que la publicidad sirva como un mecanismo de presión o subsidio a cambio de que los medios no difundan información incómoda, como denuncias de actos de corrupción. El Defensor del Pueblo considera que es necesario solucionar dicha situación a la brevedad posible, estableciendo una regulación que garantice que la contratación de servicios responda a criterios objetivos y de idoneidad para llevar a cabo una campaña de difusión.

Al respecto, cabe destacar que las entidades públicas están obligadas a difundir información sobre sus gastos en publicidad, entre otros, conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Durante el primer semestre de 2017



solo el 74% de los ministerios cumplió con la difusión de información, así como el 48% de los gobiernos regionales y el 28% de las municipalidades provinciales capitales de departamento.

❖ *Análisis constitucional de la Ley 30793*

Incumplimiento del procedimiento establecido en la Constitución

Se señala que el proyecto de ley no tuvo el dictamen correspondiente y que fue exonerado por la Junta de Portavoces e incluido en la agenda del Pleno para su debate, por lo que no fue analizado ni dictaminado en comisión, lo que constituiría un vicio que afecta la constitucionalidad de la ley, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la materia (Sentencia 0015-2012-PI/TC).

Contravención del carácter deliberativo del Congreso

Afirma el Defensor del Pueblo que la aprobación de leyes sin debate parlamentario, como ocurre con la mayoría de leyes en la actualidad, contraviene el principio democrático, pilar esencial del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Sostiene que resulta necesario, además, fortalecer el debate legislativo, pues muchos proyectos de ley son aprobados en tiempos extremadamente cortos, sin ser estudiados en las comisiones respectivas y siendo exonerados de la segunda votación, lo que impide los momentos de reflexión democrática que supone el debate parlamentario.

Añade que el recurso exagerado a las aprobaciones sumarias de los proyectos de ley representa una actuación arbitraria. Las excepciones del artículo 78 del Reglamento del Congreso, si bien existen, deben ser utilizadas de forma excepcional y no como regla general. En el caso de la ley cuestionada, esta fue exonerada sin que se advierta urgencia en su dación con tal celeridad.

Vulneración del derecho a la libertad de información

El Defensor del Pueblo sostiene en el informe que la ley cuestionada se constituye en un mecanismo que lesiona grave y desproporcionadamente el derecho a la información de las personas, en atención a la reducida posibilidad de acceso a internet, radio y televisión de la población, y que en muchos casos se presenta una cobertura incompleta en zonas urbanas y más baja aun en zonas rurales. Aun si se consideran los medios de comunicación del Estado, la sintonía que estos tienen es escasa, de ahí que se advierta la necesidad de poder contratar con el sector privado.

Por tanto, la prohibición contenida en la ley no garantiza que las personas sean debida y eficazmente informadas sobre temas de relevancia pública, lo que supone una restricción desproporcionada del derecho de acceder a dicho tipo de información.



Afirma el Defensor del Pueblo que toda medida que suponga alguna restricción de un derecho fundamental debe prever una mayor satisfacción de otros derechos o bienes de relevancia constitucional, lo que no se advierte en el presente caso.

Señala que antes que determinar la prohibición de la publicidad estatal, es necesario promover mecanismos que contribuyan a garantizar la transparencia y fiscalización de dicha publicidad en medios privados, con el fin de asegurar el goce de toda persona al derecho a la información sobre asuntos de interés general.

La Ley 30793 propicia una censura indirecta

En *el amicus curiae* indica que la libertad de expresión constituye una garantía institucional de todo sistema democrático, por lo que es imprescindible que nuestra sociedad cuente con condiciones que posibiliten un debate público, plural y abierto sobre asuntos de interés general.

Advierte que una forma de limitar la libertad de expresión es a través de la censura indirecta, es decir, por medio de restricciones arbitrarias del ejercicio de dicha libertad a través de mecanismos que, con una apariencia de legitimidad, tienen como verdadero propósito condicionarla. Este tipo de censura se encuentra prohibida por el artículo 13, inciso 3, de la CADH.

A efectos de evitar que la publicidad estatal sea utilizada como instrumento gubernamental para ocultar información o como medio de propaganda política, es indispensable que exista transparencia en cuanto a los concursos públicos realizados, tanto sobre los montos que paga el Estado por publicidad, como respecto a los criterios de selección utilizados.

El Defensor del Pueblo afirma que las democracias modernas requieren que el Estado se comunique con los ciudadanos para que estos conozcan las políticas públicas diseñadas a su favor, las aprovechen y evalúen. Sin embargo, también es necesario evitar que la contratación de servicios de publicidad estatal constituya un subsidio o mecanismo de presión para influir en las líneas editoriales de los medios.

Por ello resulta indispensable contar con una adecuada regulación sobre la publicidad estatal que pueda armonizar ambas exigencias.

Señala que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha propuesto los siguientes principios rectores en materia de publicidad oficial: (i) establecimiento de leyes especiales, claras y precisas; (ii) objetivos legítimos de la publicidad oficial; (iii) criterios de distribución de pauta oficial; (iv) planificación adecuada; (v) mecanismos de contratación; (vi) transparencia y acceso a la información; (vii) control externo de la asignación publicitaria; (viii) pluralismo informativo y publicidad estatal.



se constituye en un mecanismo de presión hacia los medios de comunicación, entre los que se encuentran los más críticos con el Congreso.

Repercusiones de una declaratoria de inconstitucionalidad

A partir de la vigencia de la Ley 30793 no se conocen las implicancias en relación con otras normas que regulan la misma materia, como la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, y la Ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal. Al no haberse determinado sus alcances ni derogaciones de forma expresa genera inseguridad jurídica en esta materia.

Por las consideraciones expuestas, el Defensor del Pueblo considera que este Tribunal debe declarar inconstitucional la Ley 30793 y debe exhortar al Congreso de la República para que modifique o reemplace la Ley 28874, declarando la necesidad de una regulación conforme a los parámetros constitucionales expresados en su informe.

E. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Este Tribunal admitió el informe *amicus curiae* presentado por la Clínica Jurídica de la Universidad del Pacífico mediante el que aportan elementos jurídicos que coadyuven a resolver la presente controversia.

Violación del derecho a la libertad de expresión

En el informe se señala que la ley cuestionada supone un mecanismo de censura indirecta, en contravención del inciso 3 del artículo 13 de la CADH.

Argumenta la Clínica Jurídica que cuando el Estado hace una distinción injustificada en el trato que reciben los medios de comunicación, favoreciendo a los estatales en detrimento de los privados, se da un mensaje amenazador a estos para que cambien el contenido o cobertura noticiosa que ha motivado la medida desfavorable.

Sostiene que una prohibición como la contenida en la ley conlleva un mensaje de represalia que puede llevar a los medios privados a cambiar su línea editorial o labor periodística para que se levante el castigo o evitar la imposición de sanciones.

Por otro lado, alega que la ley cuestionada genera un tratamiento legislativo diferente en perjuicio del medio privado y a favor del medio estatal, por lo que realiza un test de igualdad de la medida.

Al respecto, señala que, si bien la finalidad de la Ley 30793 es constitucional, la intensidad de la intervención es grave, pues la razón subyacente al trato discriminatorio supone una censura a la opinión de los medios de comunicación. Luego se señala que la



Por otro lado, alega que la ley cuestionada genera un tratamiento legislativo diferente en perjuicio del medio privado y a favor del medio estatal, por lo que realiza un test de igualdad de la medida.

Al respecto, señala que, si bien la finalidad de la Ley 30793 es constitucional, la intensidad de la intervención es grave, pues la razón subyacente al trato discriminatorio supone una censura a la opinión de los medios de comunicación. Luego se señala que la medida no es idónea pues la sola reducción de gasto no es equivalente al mejor uso de los recursos públicos, sino que estos deberían usarse eficientemente; que no es necesaria por existir otras medidas igual de idóneas pero menos lesivas, como las establecidas en la Ley 28874; y, finalmente, que no es proporcional en sentido estricto, pues se trata de una intervención absoluta y excesiva en relación al fin perseguido.

Como sustento de que existe una censura indirecta señala múltiples declaraciones públicas de políticos que apoyaron la ley y extractos del debate en el Congreso de la República.

Vulneración del principio de subsidiariedad

La Clínica Jurídica señala, basándose en el concepto de subsidiariedad estatal, previsto en el artículo 80 de la Constitución, y siguiendo lo establecido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) sobre la materia, que en el mercado de los medios de comunicación masiva existe una suficiente oferta de agentes privados, por lo que la participación de empresas estatales sería innecesaria.

Asimismo, advierte que la Ley 30793 genera una situación de competencia desleal a favor del Estado como agente económico, toda vez que, como consecuencia de dicho mandato legal, cuenta con ventaja sobre los demás competidores privados. Ello por utilizar el dinero proveniente de las arcas públicas para el financiamiento de su actividad empresarial en el mercado de medios de comunicación.

Añade, además, que la norma impugnada conlleva a un uso irresponsable de los recursos públicos, al priorizar la contratación de publicidad en medios estatales, pese a que los medios privados tienen mayor sintonía e impacto. En ese sentido, considera que una norma destinada a un mejor sistema de supervisión y fiscalización de la asignación de recursos estatales en empresas privadas de medios de comunicación, representa una mejor solución.

Por otro lado, señala que la Ley 30793 podría generar escenarios en los que medios de comunicación privados puedan reducir su presencia o incluso salir del mercado en determinadas zonas, lo cual obligaría al Estado a desarrollar la actividad empresarial de comunicación de manera exclusiva, dando origen a un monopolio estatal.



Al respecto, se menciona que esto ocasionaría un riesgo hacia los ciudadanos, en la medida que sólo podrían acceder a información que el Estado quiera difundir, afectando gravemente los derechos de información y de opinión.

II. FUNDAMENTOS

§1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma

1. El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser:
 - (i) directa o indirecta;
 - (ii) de carácter total o parcial; y,
 - (iii) tanto por la forma como por el fondo.
2. En ese sentido, este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que una disposición incurre en una infracción constitucional por la forma, entre otros supuestos, cuando se infringe el procedimiento legislativo previsto en la norma fundamental para su aprobación.
3. Si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad, esto no implica que puedan dejar de observarse las pautas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).
4. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra político, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.
5. Al respecto, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley, tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.
6. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).
7. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica" en un doble sentido; por un lado, como "normas sobre la forma de la



producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

8. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) yaquellasnormas con rango de ley que derivan directamente de la misma y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.
9. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que “en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).
10. Este órgano de control de la Constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Poder Constituyente delegó algunos de los siguientes aspectos:
 - (i) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.
 - (ii) La regulación de un contenido materialmente constitucional.
 - (iii) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.
11. Lógicamente, estas normas deben a su vez ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta de la Constitución.
12. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la ley cuestionada.
13. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 101 y 105 de la Constitución, y los artículos del Reglamento del Congreso que regulan el procedimiento legislativo, en atención a la materia y a la naturaleza de ley orgánica de dicha norma legal (Sentencia 0047-2004-AI/TC).



14. En lo que respecta a la inconstitucionalidad por la forma de la ley impugnada, los demandantes cuestionan una serie de irregularidades en el procedimiento legislativo que llevó a su aprobación, a saber:
- (i) Debió ser debatida ampliamente en el Pleno del Congreso y no en la Comisión Permanente, en atención a la materia, en tanto implica una limitación a un derecho fundamental.
 - (ii) Fue exonerada por acuerdo de la Junta de Portavoces del dictamen de la Comisión de Transporte y Comunicaciones, y también del requisito de pre-publicación en el portal oficial del Congreso de la República del dictamen de insistencia, previo al debate en el Pleno, y sin que se hayan expresado las razones para hacerlo.
 - (iii) Debió ser debatida en la Comisión de Constitución y Reglamento y en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, y las observaciones del Poder Ejecutivo también debieron ser objeto de análisis en dichas comisiones.
15. Se alega no solo la trasgresión de la Constitución y el Reglamento del Congreso, sino también la vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad y democracia deliberativa, elementos fundamentales para la existencia de un Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal, en consecuencia, procederá a analizar los argumentos planteados por las partes.

1.1. Delegación de materias en la Comisión Permanente y características del debate parlamentario

16. La Constitución, en su artículo 101, desarrolla las competencias que posee la Comisión Permanente del Congreso de la República. El inciso 4 de dicho artículo dispone que esta puede ejercer las facultades legislativas que el Congreso le delegue, exceptuando las siguientes materias:
- (i) Reforma constitucional.
 - (ii) Aprobación de tratados internacionales.
 - (iii) Aprobación de leyes orgánicas.
 - (iv) Aprobación de la Ley de Presupuesto.
 - (v) Aprobación de la Ley de Cuenta General de la República.
17. En tal sentido, la Comisión Permanente se encuentra habilitada para legislar sobre cualquier materia que le sea delegada previamente, teniendo como único límite las materias indelegables señaladas *supra*.
18. De esta manera, la aprobación de la Ley 30793 podía debatirse en el seno de la Comisión Permanente, en tanto la materia de la misma no se encuentra expresamente señalada por la Constitución como indelegable, ni se deriva de



alguno de los supuestos en los que procedería la exclusión de la competencia de dicha comisión.

19. Sin perjuicio de lo dicho, debe destacarse la importancia del debate público en el sistema democrático. En la Sentencia 0001-2018-PI/TC este Tribunal señaló que la democracia no puede ser concebida como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder, o como un espacio donde solamente se negocian distintas clases de intereses. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente aquellas que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que les permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.
20. En efecto, este proceso deliberativo requiere, en su conjunto, un adecuado conocimiento respecto de la problemática abordada, y demanda un previo análisis de los hechos, valores y deberes que se encuentran en juego. Es importante recordar que, en estos espacios, suelen confluír distintas concepciones respecto de lo que debe ser considerado como bien público, lo cual, irremediamente, conduce al camino de la deliberación como principal conducta para la toma de decisiones políticas.
21. La democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales. Sin embargo, también es cierto que la deliberación debe realizarse en el marco de ciertas condiciones que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuando este se realiza en el seno del Congreso.
22. En el presente caso se advierte que el debate en la Comisión Permanente tuvo la participación de congresistas que representaban a diferentes bancadas, y que finalizó cuando participaron todos los oradores que solicitaron hacer uso de la palabra para expresar sus ideas. Si bien algunos congresistas hicieron referencia a que se requería un debate más amplio, nadie más solicitó intervenir, en virtud de lo cual se dio por concluido el debate (ver el Diario de los Debates del Congreso de la República, Período 2017-2018, Comisión Permanente, sesión de fecha 28 de febrero de 2018).
23. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la insistencia se debatió en el Pleno durante dos horas con participación de los congresistas que representaban diferentes posiciones respecto del tema en debate. De particular relevancia resulta que el tiempo establecido para el debate, que a primera vista podría parecer exiguo para



discutir un asunto de tanta importancia, fue materia de acuerdo unánime en la Junta de Portavoces (ver el Diario de los Debates del Congreso de la República, Segunda Legislatura Ordinaria de 2017, sesión de fecha 14 de junio de 2018, página 45).

24. Este Tribunal no puede soslayar el valor que tiene un acuerdo unánime de todas las bancadas del Congreso sobre la duración del debate, tanto por su valor como acuerdo *per se*, como por servir de constatación de conformidad de las diferentes bancadas firmantes con el tiempo asignado. Evidentemente, el procedimiento parlamentario, al contar con un importante componente político, cuenta con herramientas e instrumentos que permiten flexibilizar el debate en las distintas instancias con las que cuenta el Congreso de la República, sobre todo cuando se presentan un nivel de consenso que, como el de este caso, fue el de la unanimidad.

25. En ese sentido, es previsible suponer que una bancada que se encuentre en desacuerdo con el tiempo de debate asignado para un asunto no ratifique dicho acuerdo. Sin embargo, no se advierte que ello haya ocurrido en el presente caso, por lo que se trata de un cuestionamiento sobre aspectos que contaron, al momento de su aprobación, con niveles de acuerdo entre los grupos parlamentarios que en principio no deberían ser ignorados por este Tribunal. No se advierte, de esta manera, que haya existido algún vicio que perjudique el carácter deliberativo o haya impedido a los grupos que se encontraban en contra del proyecto la posibilidad de presentar las objeciones que tuvieran a bien realizar.

26. Por tanto, al no existir un vicio en el debate que afecte la constitucionalidad de la ley impugnada, y por ende deben desestimarse las demandas en este aspecto.

1.2. Las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces

27. El artículo 105 de la Constitución dispone lo siguiente:

Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

28. La disposición glosada autoriza expresamente que puedan establecerse excepciones en el Reglamento del Congreso a la regla constitucional que señala que todo proyecto debe ser dictaminado por una comisión.

29. En el mismo sentido se encuentra el Reglamento del Congreso, cuyo artículo 31-A señala lo siguiente respecto a las atribuciones de la Junta de Portavoces:



La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz por cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada. Le corresponde:

1. La elaboración del Cuadro de Comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso.
2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
3. La ampliación de la agenda de la sesión y la determinación de prioridades en el debate, todo ello con el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento.

30. En cuanto a las exoneraciones al procedimiento legislativo previstas en el Reglamento del Congreso que pueden ser aprobadas por acuerdo de la Junta de Portavoces, encontramos las siguientes:

Artículo 53:

Las sesiones ordinarias del Pleno del Congreso se desarrollan de acuerdo con la agenda que apruebe el Consejo Directivo; sin embargo, en el curso del debate, puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso (...).

Artículo 73:

El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:

- a) Iniciativa Legislativa;
- b) Estudio en comisiones;
- c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;
- d) Debate en el Pleno;
- e) Aprobación por doble votación; y,
- f) Promulgación.

Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

Artículo 77:

Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta



para que se subsanen las omisiones. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes (...).

Artículo 78:

No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano, por lo menos siete (7) días calendario antes de su debate en el Pleno del Congreso, salvo dispensa de uno de estos requisitos o de ambos, aprobada en la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso (...).

31. De la revisión de las normas citadas *suprase* advierte que el Reglamento del Congreso admite la posibilidad de que se realicen exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, y esta es una potestad que es, en principio, discrecional, sujeta únicamente a que se efectúe en la oportunidad procedimental adecuada y con el número de votos requerido. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de resaltar la importancia de los acuerdos adoptados por la Junta de Portavoces, ya que este se constituye como el órgano de representación de los Grupos Parlamentarios, por lo que expresa la voluntad de los congresistas que integran dichas agrupaciones (Sentencia 00015-2012-PI, fundamento 17).
32. Ahora bien, aunque existe un impedimento para establecer requisitos adicionales a dichos pactos, como podría ser que los acuerdos sean adoptados luego de un debate entre los miembros de la Junta de Portavoces, o que se adjunte un documento en el que se expongan (aunque sea brevemente) las razones que justificaron la adopción de la respectiva exoneración, de su omisión no se puede advertir, sin más, la existencia de un vicio que acarree como consecuencia la inconstitucionalidad de la ley cuestionada.
33. No obstante lo anterior, este Tribunal no deja de advertir que la aprobación de las diferentes exoneraciones contempladas en el Reglamento del Congreso (de dictamen en comisión, de pre-publicación en el portal oficial, de doble votación, etc.) se han convertido en una práctica frecuente y no en un verdadero procedimiento excepcional, poniendo en entredicho la legitimidad del debate que se desarrolla en el Congreso de la República.
34. Un procedimiento legislativo de excepción no puede ser aplicado de forma masiva. De lo contrario, se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario.



35. Efectivamente, aunque la potestad para establecer exoneraciones sea discrecional, ello no significa que no existan razones subyacentes a la adopción del acuerdo de exoneración. En efecto, este mecanismo no debería ser empleado, en línea de principio, en los casos en los que se advierta la necesidad de un importante nivel de especialización y/o tecnicidad de los temas a debatir, así como en aquellos que revistan elevada complejidad, ya que ello demanda, por su naturaleza, un mayor grado de deliberación. Evidentemente, este Tribunal también advierte que existen contextos y escenarios políticos en los que la excesiva extensión del debate puede generar ciertos niveles de inconvenientes ante la presencia de una situación que demanda un accionar inmediato por parte del Congreso de la República, lo que podría ameritar el empleo de las exoneraciones reguladas. Todos estos factores deberían ser sopesados en el momento en que se decide la posibilidad de emplearlas.

36. Ahora bien, el Tribunal considera que, en este caso, no corresponde declarar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en la aprobación de las exoneraciones a las que se recurrió en el procedimiento que llevó a la aprobación de la ley cuestionada, ya que no se advierte algún déficit deliberativo que sea manifiesto y grave en el proceso interno del Congreso que amerite la declaración de invalidez, lo cual se evidencia en el hecho que muchas de las actuaciones que aquí se impugnan fueron acordadas con altos índices de consenso. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este punto.

1.3. La determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley

37. Respecto al rol de las comisiones en el procedimiento legislativo, el artículo 105 de la Constitución establece lo siguiente:

Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

38. Por su parte, el artículo 77 del Reglamento del Congreso desarrolla dicha norma constitucional, señalando las reglas que regulan el envío a comisiones de las iniciativas legislativas para su estudio y dictamen; la inobservancia del procedimiento establecido constituye un supuesto de vulneración por la forma de la Constitución.

39. Conforme a lo señalado por este Tribunal en el fundamento 11 de la Sentencia 0015-2012-PI/TC, la Constitución no determina qué comisión debe emitir el dictamen, ni señala si debe ser solo una o varias las que lo lleven a cabo, por lo que basta con que la iniciativa legislativa aprobada haya sido dictaminada de modo favorable por al menos una comisión del Congreso. Esta clase de



actividades se encuentran dentro del margen de actuación política que tiene el legislador, por lo que su inobservancia no genera, en principio, un vicio de inconstitucionalidad.

40. De este modo, tal y como se ha establecido como criterio en aquella oportunidad (Sentencia 0015-2012-PI/TC, fundamento 4), debe examinarse si es que, al aprobar la ley ahora impugnada, no se ha cumplido con algún criterio o requisito esencial que emane directamente de la Constitución o del Reglamento del Congreso en el *iter* parlamentario, pues ello se encontraría en el ámbito de los constitucionalmente ordenado o prohibido, cuestiones sobre las que este Tribunal cuenta con competencia para declarar la inconstitucionalidad. En este caso concreto, resultaría viable declarar una inconstitucionalidad formal si la proposición legislativa no fuera remitida a una comisión con un mínimo nivel de especialización en la materia a discutirse, o si no se hubiera autorizado alguna excepción regulada en el propio Reglamento del Congreso.

41. Evidentemente, la determinación de la especialización de la comisión respectiva es un asunto que, en principio, es competencia de esta entidad del Estado, sin que ello implique un nivel de discrecionalidad absoluto. La demanda de la especialización de la comisión respectiva se realiza porque supone un importante filtro para determinar la viabilidad de la propuesta legislativa antes que sea sometida al Pleno del Congreso, el cual debería deliberar sobre proyectos en los que exista un importante nivel de consenso previo, así como de opiniones técnicas sobre las materias a debatir.

42. En el presente caso, se verifica que el proyecto de la ley cuestionado fue enviado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, en donde se le exoneró de dictamen, y donde luego se elaboró y debatió el dictamen de insistencia aprobado como consecuencia de las observaciones realizadas por el Poder Ejecutivo.

43. Al respecto, este Tribunal considera que no resulta arbitrario ni irrazonable que el proyecto de la ley cuestionado haya sido derivado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, en tanto la publicidad estatal se desarrolla a través de medios de comunicación masivos, y dicha comisión recoge iniciativas legislativas que contribuyan a la formación, mejoramiento y modernización del servicio de comunicaciones (a nivel nacional), en salvaguarda de las condiciones de seguridad y salud, protección del medio ambiente y de la sociedad en su conjunto, conforme lo establece su Plan de Trabajo para el período 2017-2018.

44. Del mismo modo, se advierte que las observaciones que, en su momento, planteó el Poder Ejecutivo fueron objeto de debate en el seno de la misma comisión, la cual decidió insistir en la aprobación de la ley, aspecto que se encuentra dentro de las prerrogativas con las que cuenta el Congreso de la República. Lo anterior también permite advertir que los eventuales argumentos en contra de la



aprobación de la ley impugnada fueron conocidas por los congresistas, quienes, pese a las objeciones, decidieron insistir en su propuesta.

45. Por tanto, no se advierte que la derivación del proyecto de ley cuestionado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones constituya un vicio de inconstitucionalidad formal, por lo que, al actuar el Congreso de la República dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido, corresponde desestimar las demandas en este aspecto.

§ 2. Supuesta vulneración a la libertad de información

46. Señalan los demandantes que la Ley 30793 contraviene el derecho de toda persona a recibir información, contemplado en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución y el artículo 13 de la CADH, impidiendo al Estado cumplir con su obligación de brindar información pública a la ciudadanía y garantizar el ejercicio de los derechos en este ámbito.

2.1. Las dimensiones de la libertad de información

47. El inciso 4 del artículo 2 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho:

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 la ley.

48. Es importante considerar que los derechos ahí reconocidos no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad de la persona y un complemento inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculados al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad plural, permitiendo la formación libre y racional de la opinión pública (Sentencia 2976-2012-TC/PA, fundamento 9).

49. Este Tribunal ha señalado en el fundamento 9 de la Sentencia 0905-2001-AA/TC que si bien la libertad de información nació de la libertad de expresión -y es difícil diferenciar la una de la otra-, ambos se configuran como derechos independientes con un objeto de protección distinto.

50. Mediante la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir. En cambio, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos



noticiosos o, en otros términos, la información veraz (ver también las Sentencias 0057-1998-AA/TC, 2262-2004-HC/TC, 0015-2009-PI/T, entre otras).

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

52. En el fundamento 6 de la Sentencia 02976-2012-PA/TC, se estableció que la libertad de información garantiza un "complejo haz de libertades" y que conforme al "artículo 13 de la CADH, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz".

53. En la mayoría de las ocasiones, este Tribunal ha desarrollado el contenido de la libertad de información a partir de casos relacionados con la labor periodística en medios de comunicación privados, y su protección se ha desplegado para tutelar al sujeto emisor de tal información. No obstante, la libertad de información tutela también a el derecho de quienes la reciben o deberían recibirla.

54. Efectivamente, la libertad de información no es solo un derecho subjetivo con consecuencias únicamente para la persona que emite un determinado mensaje. Se trata también de un derecho que tiene un impacto en el resto de la sociedad, puesto que puede enriquecer el debate y el consecuente intercambio de ideas en la opinión pública. De este modo, una restricción a la libertad de información, ya sea en su dimensión individual o colectiva, tiene también un impacto en el funcionamiento del sistema democrático.

55. En el fundamento 11 de la Sentencia 0905-2001-AA/TC este Tribunal ha desarrollado la perspectiva individual, pero también la perspectiva colectiva de la libertad de información, que garantiza:

(...) el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información.

56. La combinación de estas dos dimensiones ha permitido que el Tribunal considere que la libertad de información (y la de expresión) sean consideradas garantías institucionales del sistema democrático (Sentencia 0015-2009-PI/TC, fundamento 3). Es decir, sin estas libertades o sin su adecuada protección, el sistema democrático se empobrecería.



57. En efecto, en el fundamento 7 de la Sentencia 0002-2001-AI/TC, este Tribunal especificó que:

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

58. Así, este Tribunal ha desarrollado la idea de que la libertad de información no solo debe ser comprendida para proteger al agente emisor, sino que, por ser un derecho tan relevante para el funcionamiento del sistema democrático, deben incluirse también protecciones para quienes reciben o deberían recibir la información.

59. De este modo, solo con estos presupuestos, indispensables en toda sociedad democrática, se podrá garantizar un debate pleno y sincero, o, empleando la famosa frase atribuida al *justice* Brennan en el caso *New York Times vs. Sullivan*, "desinhibido, vigoroso y completamente abierto" (Corte Suprema de Estados Unidos. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270, 1964). De ello se desprende que la libertad de información no solo es relevante en cuanto condición necesaria para la determinación colectiva, sino también para la autorrealización personal.

60. Por su parte, la Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión —debiendo incluirse en tal término también a la libertad de información— es "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática" (Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas, párr. 70). La conexión entre pluralismo informativo y la libertad de la persona es, así, indesligable.

61. En esta misma línea, en el fundamento 43 de la Sentencia 0003-2006-PI/TC, este Tribunal señaló:

(...) la dimensión social, de contenido institucional, se encuentra orientada a garantizar el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, implicando también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos o noticias. Para el ciudadano tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.



62. Esta doble dimensión de la libertad de información se ha materializado también en el artículo 61 de la Constitución, cuando se expresa que los medios de comunicación social y empresas relacionadas con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad o acaparamiento, ni directa ni indirectamente por parte del Estado ni de particulares.
63. Es evidente que esta cláusula constitucional responde a la experiencia sobre restricciones a las libertades comunicativas ocurridas en el Perú a lo largo de su historia republicana. Ello obedece a la necesidad que la población reciba fuentes variadas de información a fin de poder decidir con la mayor cantidad de datos posible.
64. La información suministrada no debe estructurar los debates de relevancia social orientando o favoreciendo ciertos puntos de vista, al menos en aquellos supuestos en los que no se advierte, por el ejercicio de las libertades comunicativas, la vulneración de algún derecho o principio constitucional. La posibilidad de que las personas se forjen un juicio sobre la comunidad y sus propios proyectos de vida no debe habilitar a la autoridad estatal a que, mediante mecanismos directos o indirectos, haga prevalecer una sola noción de lo correcto o lo justo a la ciudadanía.
65. De este modo, la especial conexión entre la libertad de información y el principio democrático se evidencia a través de la posibilidad de que la opinión pública pueda cuestionar y criticar las actividades realizadas por el Estado. En efecto, la publicidad que realiza el Estado, por poner ejemplo, respecto de la realización de una obra gubernamental en una zona determinada no solo permite que la población conozca respecto de los avances y la responsabilidad de los funcionarios públicos, sino que además permite que el colectivo pueda criticar si es que se ha priorizado erradamente una obra social en desmedro de otra, o simplemente considerar como innecesario el proyecto emprendido por el Estado. Incluso permite conocer si es que ha existido un excesivo gasto en la realización de alguna actividad que, probablemente sin la información brindada, jamás se hubiese conocido. Este elevado nivel de participación se condice con lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, el cual establece que

[I]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia

66. El principio democrático, reconocido en el artículo 43 de la Constitución, implica para la ciudadanía, como ha advertido el Tribunal en otras oportunidades, un plebiscito de todos los días (Sentencia 00015-2001-PI y acumulados, fundamento 13). Esto se ve reflejado en el hecho que el calendario electoral no es un momento



único y fugaz en el que la ciudadanía activa su participación, para advertir posteriormente como ella se diluye. Antes bien, supone que la fiscalización y seguimiento de la labor de los distintos niveles de gobierno pueda realizarse de manera constante. Lo contrario supondría un desincentivo para la población, ya que, al no contar con la información suficiente para formarse un juicio de los principales asuntos de interés, no se sentiría parte de la *res publica*.

67. Ahora bien, sin perjuicio de lo hasta aquí mencionado, no deberían ser cuestionadas aquellas actividades en las que el Estado busca mantener informada a la colectividad sobre aspectos vinculados con la historia o cultura nacional, o, en general, sobre aquella información que es desatendida por el sector privado por no ser rentable y que, sin embargo, resulta de importante divulgación para la sociedad. Esto ocurre porque los medios de comunicación privados, al momento de informar, actúan también como empresarios, y no necesariamente direccionan su accionar con el propósito exclusivo de brindar distintos puntos de vista sobre los asuntos públicos a la ciudadanía, lo cual, es importante decirlo, se ampara también en distintos derechos reconocidos por la Constitución.

68. Por tanto, al verse disminuida la cantidad y calidad de la información que recibe la sociedad, se restringe, en algunos escenarios, el derecho a la participación política de las personas, pues se reducen sus oportunidades de informarse y participar en los asuntos que involucran a la sociedad, limitándose también la capacidad de la ciudadanía de controlar las actuaciones de las autoridades y las políticas estatales, como consecuencia de la situación de desinformación sobre ambas.

69. A juicio de este Tribunal, en la práctica, el desconocimiento de la población sobre qué ocurre y, en consecuencia, de qué debe fiscalizar o no, resulta tan peligroso como la imposibilidad fáctica de hacer esto último.

70. De esta manera los ciudadanos estarán en condiciones de elegir de acuerdo a sus preferencias y formar sus propias opiniones, para luego decidir cómo ejercer libremente su derecho a la participación política. Al respecto, debe tenerse en cuenta que un Estado democrático requiere la participación constante de la ciudadanía, ya sea a través de mecanismos individuales o colectivos, para asegurar el ejercicio de la función fiscalizadora que debe tener una sociedad libre respecto de sus representantes políticos, funcionarios públicos y, en general, toda actuación del Estado.

71. Pero ese ejercicio libre sería imposible o, cuando menos, defectuoso, si aquellos a quienes la ciudadanía debe fiscalizar no divulgan la información que resulte esencial para valorar su actuación. El mismo efecto se produce si dicha información no llega a la población por problemas de cobertura.



72. De ahí que este Tribunal, sin considerar que se trate de una jerarquía superior al resto de otros derechos fundamentales, ha especificado que efectivamente la libertad de información merece una protección cualificada en atención a su condición de libertad especial en el engranaje democrático (*cf.* Sentencia 0905-2001-AA/TC, fundamento 13).

73. En resumen, este Tribunal considera necesario resaltar esta doble dimensión de la libertad de información pues, como se verá a continuación, la publicidad institucional tiene funciones informativas. Y es que si se disminuyen los canales mediante los cuales se pretende hacer llegar información relevante a la ciudadanía, es factible sostener que se está empobreciendo la recepción de tal mensaje.

74. En este contexto, este Tribunal considera que la publicidad estatal está protegida por el derecho a la libertad de información, en tanto se asume que el Estado brinda, en muchas ocasiones, información relevante para el interés social, lo que se relaciona con el derecho de la colectividad de ser informada. Ahora bien, es importante precisar que la circulación diversa de información no solo tiene una marcada influencia colectiva, sino que también es trascendental para la autorrealización de la persona, pues es más que evidente que la pluralidad de fuentes informativas permitirá que ella cuente con la mayor cantidad de datos disponibles para adoptar las decisiones que, según estime, sean beneficiosas para la concreción de su proyecto de vida y el bienestar de la comunidad.

2.2. Publicidad estatal y libertad de información

75. Siendo la libertad de información un derecho de la sociedad misma, es importante preguntarse si la publicidad estatal es uno de los mecanismos jurídicos para concretizarla. O, dicho de otro modo, si es que la prohibición total de la publicidad estatal supone una restricción para el derecho a recibir información en su faceta social o colectiva.

76. En primer lugar, debe clarificarse qué se debe entender por publicidad. Este Tribunal considera que mediante la publicidad se da a conocer y se divulga determinada información. En nuestra legislación se puede encontrar normativa sobre la publicidad comercial (i) y la publicidad institucional (ii), que ahora está en debate.

77. La actividad publicitaria comercial (i) es desarrollada por agentes económicos, y tiene por finalidad informar a los consumidores sobre la existencia de sus bienes y/o servicios.

78. Así, el Indecopi ha establecido, en los "Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial" (Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, Separata



Especial publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 20 de julio de 2001), que la publicidad comercial tiene una triple función:

- (i) función informativa: dar a conocer al público la existencia y las características del bien o servicio anunciado;
- (ii) función persuasiva: convencer al consumidor de que el bien o servicio anunciado satisface sus necesidades y que, por tanto, debería ser elegido entre los demás que se ofrecen en el mercado; y,
- (iii) mecanismo de competencia.

79. Del mismo modo, y de conformidad con dichos lineamientos, la actividad publicitaria permite que los destinatarios de la publicidad tomen sus decisiones en virtud de sus necesidades e intereses. Estos criterios se aplican desde luego al ámbito de la publicidad comercial. No obstante ello, brindan importantes puntos de referencia para la construcción del concepto de publicidad estatal, a la que se le tendrá que reconocer las particularidades propias de tal rubro.

80. Por otro lado, respecto al contenido de la noción de publicidad estatal institucional (ii), la ley ahora cuestionada no brinda una definición, por lo que ante dicho vacío deberá tomarse en cuenta el concepto utilizado en la Ley 28874, Ley que Regula la Publicidad Estatal. Al respecto, el último párrafo del artículo 2 de dicha ley establece lo siguiente:

Se entenderá por publicidad institucional, a aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos entre otras, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades y dependencias (cursivas agregadas).

81. De igual forma, el Jurado Nacional de Elecciones, a propósito de la regulación de la propaganda electoral, la publicidad estatal y la neutralidad electoral en periodo electoral, ha desarrollado una definición sobre publicidad estatal. En la Resolución 0078-2018-JNE, del 7 de febrero de 2018, se define a ésta como:

Información que las entidades públicas difunden con fondos y recursos públicos, destinada a divulgar la programación, el inicio o la consecución de sus actividades, obras públicas, cuyo objeto sea posicionarlas frente a los ciudadanos que perciben los servicios que estas prestan (cursivas agregadas).

82. La publicidad estatal institucional, entonces, es diferenciable de la publicidad comercial por la finalidad perseguida. La publicidad comercial tiene una finalidad que, en última instancia está vinculada a la captación de usuarios o consumidores. En contraste, la publicidad estatal institucional tiene por finalidad promover e informar respecto de conductas de relevancia para la sociedad. Permite, en



consecuencia, que la ciudadanía se encuentre al tanto de las bondades y deficiencias de las políticas de Estado, ya que la información difundida otorga la posibilidad de fiscalizar tanto las propuestas como las soluciones adoptadas por las altas autoridades.

83. Así, la publicidad institucional se orienta a la realización del bien común. Para ello, tanto la función informativa como la persuasiva son importantes. Y es que la realización del bien común requiere que la información transmitida contenga efectivamente elementos dirigidos a la consecución de tal fin, y la información sea divulgada de manera que busque la mayor persuasión posible.
84. Evidentemente, para este Tribunal la publicidad estatal institucional no debe ser concebida como una posibilidad para que las autoridades que ejercen los principales cargos públicos puedan realizar propaganda política. En efecto, no debe confundirse la idea de informar a la sociedad con la de influenciarla y determinarla a apoyar a la autoridad en el cargo. En ese sentido, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que “[e]l Estado está prohibido, a través de publicaciones oficiales o estaciones de televisión o imprenta, cuando sean de su propiedad, de efectuar propaganda política en favor o difusión de información en contra de cualquier partido, agrupación independiente o alianza, excepto en el caso de referéndum”.
85. A nivel de gobiernos locales, es relevante para este Tribunal lo dispuesto en la Ley 27734, que modifica diversos artículos de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales, la cual introduce una serie de disposiciones complementarias con el propósito de sancionar al alcalde y al regidor que postule a cualquier cargo electivo, sea nacional, regional o local en caso que, en el periodo cercano al electoral, participe en la inauguración e inspección de obras públicas o reparta a personas o entidades privadas bienes adquiridos con dinero de la municipalidad.
86. Según estima este Tribunal, estas disposiciones se justifican por el principio de neutralidad estatal, el cual obliga al Estado a no realizar cualquier clase de actividad que supongan exhibir alguna preferencia o adherencia que pueda distorsionar la elección electoral. Esto es así porque, con todos los medios con los que cuenta, el Estado tiene la posibilidad real de alterar la voluntad popular a través de la influencia en los mensajes que llegan al ciudadano, sobre todo en épocas electorales.
87. Ahora bien, es importante decir que, de distintas formas, el Estado, a través de todas las entidades que lo componen, siempre suele plasmar un plan u orientación particular en el momento en que decide implementar unas políticas públicas en desmedro de otras. De hecho, en Estados Unidos, a través de la primera enmienda a la constitución federal, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha hecho referencia a lo que se conoce como el *governmentspeech* (Corte Suprema Federal



de los Estados Unidos. *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 1977), el cual consiste en que en muchas oportunidades el Estado no observa la neutralidad en sus propios discursos.

88. Evidentemente, tal noción del rol del Estado no es necesariamente la misma de acuerdo a nuestra tradición constitucional y a la forma en que se han configurado y desarrollado las libertades comunicativas en el Perú. Sin embargo, sí permite poner de relieve a este Tribunal que, en no pocos casos, el Estado plasma, a través de distintos funcionarios electos por sufragio directo, un plan de gobierno con una importante carga ideológica, y que traduce principalmente la voluntad o la concepción del bien o de la justicia de sus electores. Ahora bien, es importante resaltar que, en el momento en que plasma e implementa dichas opciones políticas a través de medidas o políticas, el Estado no debe intentar influenciar a las personas a fin de convencerlas que su programa político es el más correcto o justo.
89. En ese sentido, la conexión excesiva entre el Estado y los medios de comunicación, a través de múltiples y onerosos contratos de publicidad, puede generar consecuencias nada deseables para el sistema democrático. El ingente gasto estatal en cuestiones de publicidad puede suponer un mecanismo que, de no ser fiscalizado o controlado, acarrea distintos problemas. Es por ello que es posible afirmar que los medios de comunicación privados no titularizan un derecho fundamental subjetivo a obtener financiamiento por parte del Estado, pues ello, de ser así, despertaría la legítima preocupación respecto de la forma como estas entidades brindan información a la ciudadanía, ya que, al siempre poder ser financiadas, suscitarían entendibles dudas respecto de su credibilidad e imparcialidad. En este mismo sentido, los medios de comunicación de titularidad privada no deberían únicamente subsistir con aportes provenientes del gasto público, pues ello podría mermar seriamente la imparcialidad e independencia que demandala actividad periodística.
90. Esto no implica, claro está, que los medios de comunicación se vean impedidos de celebrar contratos o acuerdos para la propagación de información, tan solo ubica esta posibilidad dentro del amplio espectro de lo que las entidades estatales pueden realizar para informar a la ciudadanía respecto de asuntos que puedan ser de su interés. Esto se realizará, aun en mayor medida, respecto de aquellos contenidos informativos que no son atractivos para el sector privado y que, sin embargo, el Estado desea suministrar a la población para que esta pueda obtener datos que les permitan adoptar decisiones más elaboradas.
91. En ese sentido, la publicidad estatal institucional, con la correcta y constante fiscalización por parte de los órganos competentes como la Contraloría General de la República o de la sociedad misma a través de los datos contenidos en los portales de transparencia, permite que se tome conocimiento de información

MAI



relevante para la sociedad, sobre todo en aquellos lugares en los que los medios de comunicación electrónicos no son abundantes. En efecto, si el Estado elabora campañas publicitarias sobre ahorro de energía eléctrica, preservación del ambiente, pago de tributos, educación vial o sobre los peligros del consumo excesivo del alcohol, por citar algunos ejemplos, se espera que tales campañas sean sumamente persuasivas y lleguen idealmente a toda la población objeto de la campaña, que podrá tener alcance nacional, regional o local. Más aún, sería importante contar con índices que midan el impacto de persuasión y penetración o llegada de la publicidad estatal.

92. Para ello se requiere desarrollar indicadores que releven el impacto de la publicidad estatal, debiendo haberse determinado previamente el público objetivo a quien se dirige la campaña institucional. Ello puede ser una importante manera de conciliar los intereses que, en esta clase de casos, se encuentran comprometidos. Por un lado, la legítima preocupación respecto del control respecto del uso de fondos públicos; y, por otro, la necesidad que el Estado brinde información relevante a la ciudadanía, a fin que pueda adoptar decisiones luego del contraste de datos y que pueda participar activamente en el manejo de la *res publica* a través de su función fiscalizadora. El control que ella pueda ejercer no solo se advierte en los mecanismos usuales de participación política, tales como la iniciativa de leyes o la posibilidad de solicitar la vacancia de autoridades, sino que también se efectiviza a través de mecanismos de responsabilidad política, reflejados en el control que hacen a través de la elección de las autoridades por nombramiento popular.

93. De ahí que las campañas que permitan difundir esta clase de datos pueden también cumplir con reducir la asimetría informativa. Aquellas que se realizan sobre los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, de servicios de agua o de electricidad, pueden generar que los ciudadanos estén más informados sobre las obligaciones de empresas prestadoras de tales servicios. Ello es un claro ejemplo de la realización del bien común. Ahora bien, junto a este tipo de publicidad estatal, las campañas de posicionamiento institucional también tienen un fin legítimo, por cuanto coadyuvan a que los ciudadanos conozcan, por ejemplo, las funciones de entidades reguladoras. Ello significaría brindar información a la ciudadanía sobre cómo, dónde y por qué razones pueden presentar sus reclamos.

94. Por otro lado, existen situaciones en donde entidades públicastales como universidades nacionales, cajas de ahorros o el Banco de la Nación, pueden estimar como necesario emitir publicidad comercial. Esto es, emitir mensajes publicitarios con la finalidad de conseguir clientes, persuadiendo a los consumidores para que prefieran los servicios que ellos proveen, lo que implica una participación directa en el mercado con la finalidad de competir con otras entidades privadas.



95. De esta manera, resulta pertinente diferenciar entre la publicidad institucional del Estado cuando comunica cuestiones relativas al interés público de aquella publicidad comercial producida por entidades públicas que participan en el mercado, y que tiene por finalidad ampliar el número de consumidores.

96. En todo caso, no debe perderse de vista la relación entre los deberes del Estado y la libertad de información. En efecto, la publicidad institucional es una herramienta de suma importancia para poder cumplir con los deberes fundamentales del Estado, establecidos en el artículo 44 de la Constitución:

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...).

97. El cumplimiento de estas responsabilidades del Estado puede optimizarse mediante la publicidad, que entregaría el mensaje que se quiere transmitir de la manera más eficiente posible en términos de claridad y alcance.

98. En ese sentido, mediante escrito presentado por el Poder Ejecutivo, este Tribunal ha tomado conocimiento que diferentes ministerios habrían dejado de difundir publicidad en relación con políticas públicas debido a la ley ahora impugnada, lo que precisamente ha dificultado la realización de los deberes indicados anteriormente. De hecho, muchas de estas campañas se encuentran directamente relacionadas con las funciones institucionales que a estas entidades les competen, por lo que la falta de publicidad ha perjudicado su accionar.

99. Al respecto, el Tribunal advierte que la medida incluida en el artículo 3 de la ley impugnada incide en todo tipo de publicidad estatal, tanto en la de carácter institucional como en la que tiene carácter comercial. En efecto, el artículo 1 de la ley impugnada hace referencia a "todas las entidades públicas, incluidas las de derecho privado y las que estén en regímenes especiales". Es decir, la ley busca abarcar a todas las entidades estatales existentes, lo cual es relevante para advertir el nivel de impacto y alcance de la información difundida. Así, la información que no se difunde con la prohibición contenida en la ley impugnada no solo alcanza al gobierno central, sino también a otros niveles de gobierno que cuentan con una cercanía e inmediatez más directa con la población de su circunscripción. Este es un punto importante, puesto que, si como se ha informado, la ley ha tenido un impacto negativo a nivel del gobierno central, la situación de las entidades en otras partes del país debe haber seguido ese mismo camino.

100. De otro lado, el artículo 3 establece la prohibición de "toda publicidad en medios privados". Así, todas las entidades estatales están prohibidas de contratar con



medios de comunicación privados con fines relativos a la publicidad estatal. Si bien se plantean excepciones, estas se limitan únicamente a tres temáticas: desastres, emergencias nacionales y campañas de educación electoral. El efecto práctico de las disposiciones legales cuestionadas resulta categórico, más aún si es que los supuestos a los que se refiere la disposición impugnada son de carácter transitorio.

101. En suma, la ley impugnada tiene un alcance general en cuanto sujeta a toda entidad estatal a una prohibición general de contratar con medios de comunicación privados para emitir publicidad institucional o comercial, según sea el caso. Ello genera una intervención en la libertad de información que será revisada a continuación a fin de determinar si la restricción es o no constitucionalmente legítima.

102. En consecuencia, y una vez advertida la intervención de la medida cuestionada en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de información, corresponde determinar si existe alguna justificación constitucionalmente válida, para lo cual se empleará, como en otras oportunidades, el test de proporcionalidad.

2.3. Libertad de información y test de proporcionalidad

2.3.1. Delimitación del contenido del derecho fundamental presuntamente afectado e intervención

103. El Tribunal ha observado que la libertad de información no solo tiene una dimensión individual, sino también una dimensión colectiva o social, lo que implica que la sociedad, en su conjunto, tiene el derecho a recibir información. En efecto, el desarrollo de la "opinión pública" -expresión que hace referencia al fenómeno social que se materializa a través del conjunto de opiniones y creencias de la comunidad- requiere de fuentes de información que se divulguen libremente, a fin que puedan llegar al conjunto de la sociedad. En ese sentido, es evidente que a la forjación de una opinión pública libre antecede, de manera necesaria, la presencia de distinta clase de información, a fin que, mediante su contraste, sea posible una decisión más elaborada.

104. También se ha apreciado que la publicidad estatal institucional implica la transmisión de información dirigida a satisfacer el bien común o el bienestar general. Como ya se apreció previamente, este Tribunal considera que existe una intervención en la libertad de información, pues los datos que podrían ser difundidos por el Estado no se encuentran en posibilidad de alcanzar al mismo número de ciudadanos si solo se recurriese a los medios de comunicación estatales. De hecho, en este caso se ha indicado, en múltiples oportunidades, que una de las formas en las que las entidades estatales podrían informar a la



población se podría realizar a través del internet. Sin embargo, para este Tribunal dicha solución plantea importantes inconvenientes desde el punto de vista del derecho a la libertad de información por distintos motivos.

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

MM



110. Respecto a la cobertura e índices de audiencia de los medios de comunicación estatales, el Poder Ejecutivo advirtió que TV Perú cuenta con una audiencia muy reducida (3%) en comparación con la audiencia televisiva de los medios de comunicación privados (97%) (Expediente 0013-2018-PI/TC, fojas 19). Lo mismo ocurre, aunque en menor escala, con la audiencia radial, en donde el 72% de esta opta por medios de comunicación privados (Sentencia 0013-2018-PI/TC, fojas 19).

111. Del mismo modo, estudios sobre audiencia radial en el Perú efectivamente detallan que las radios privadas son las más escuchadas, tanto el sector urbano y rural. En contraste, Radio Nacional no solo no estaría dentro de las cinco radios más escuchadas, sino que su audiencia radial no superaría el 2.3% del universo de oyentes. Y en la zona rural, no superaría el 1.1% (ver CPI, Marketreport, No. 2, abril 2018 y Marketreport, No. 7, julio 2018).

112. Todo lo expuesto tiene un efecto significativo en la difusión del mensaje transmitido mediante publicidad estatal. Y es que si se llega a menor público el mensaje tendrá menor efectividad, con las serias consecuencias que ello puede acarrear para el ciudadano, pues en muchas oportunidades la información suministrada le permite encontrarse informado respecto de distintas políticas de Estado, lo cual no solo le permite poder acceder a ellas, sino también criticarlas. Este dato es aún más relevante si es que se advierte que la cobertura de otras fuentes de información no tiene el mismo nivel de alcance que aquellos que se realizan mediante publicidad estatal institucional, y, por ende, no alcanzan su misma cobertura.

113. Ahora bien, corresponde determinar si es que la intervención en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de información se encuentra justificada por otros derechos, bienes o principios de relevancia constitucional. Para ello, el Tribunal empleará el denominado examen de proporcionalidad (ver, entre otras, la Sentencia 02235-2004-AA, fundamento 6; 007-2006-PI, fundamento 36-39; la Sentencia 00850-2008-PA/TC, fundamentos 21 y 22; y la Sentencia 0050-2004-PI/TC, fundamento 109).

114. Este examen, tal como se ha expuesto en reiterada jurisprudencia, está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, se analizará si es que la ley cuestionada tiene un fin constitucional, si es idónea para realizar dicho fin, si no existen otras medidas que, pese a ser igualmente idóneas, sean menos gravosas para la libertad de información; y, finalmente, si la intervención en la libertad de información es menos intensa que la realización del fin constitucional perseguido por la ley impugnada.

2.3.2. Subcriterio de idoneidad

mm



115. Mediante este subcriterio se analiza si la medida es idónea para lograr un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, debe existir una relación de causalidad, de medio-fin, entre la medida limitativa (la norma identificada de manera previa que interviene un derecho fundamental) y el objetivo constitucionalmente legítimo que se pretende alcanzar con aquél (Sentencia 02235-2004-AA/TC, fundamento 6). Ahora bien, por una cuestión de deferencia al legislador, de conformidad con este subcriterio solo serán inconstitucionales aquellas medidas que, desde ningún punto de vista, suponen el menor fomento de la finalidad perseguida. Los bienes que pueden ser objeto de protección pueden encontrarse reconocidos directa y expresamente en la Constitución o bien desprenderse directamente de ella.

116. En ese orden de ideas, un dispositivo legal puede tener una finalidad constitucional, pero podría no ser idóneo o técnico desde ningún punto de vista para alcanzar tal objetivo. De darse este escenario, se rompería la secuencia de medio-fin y, por consiguiente, el subcriterio de idoneidad no sería superado. Debe precisarse que la finalidad se refiere al principio constitucional que se pretende optimizar con la medida, mientras que el objetivo se refiere a la situación de hecho que se pretende alcanzar.

En este caso, en el escrito de contestación a la demanda se indica que dicha finalidad consiste en que la publicidad estatal estimula posiciones contrarias a las fuerzas políticas opositoras al gobierno, contraviniendo la neutralidad política y, con ello, el pluralismo y la cláusula del Estado democrático de derecho.

117. Por su parte, en la audiencia pública el autor de la propuesta de ley, el congresista Mulder Bedoya, afirmó que el objetivo de la ley es salvaguardar los recursos del Estado. En efecto, expuso que la preocupación que lo llevó a presentar tal iniciativa legislativa, fue ver:

(...)la manera exponencial en que estaban creciendo los recursos del Estado asignados directamente a determinada prensa. Que cuando en los años 2002, 2004, 2009, promediaban 30, 35 millones de soles mensuales, con el señor Ollanta Humala subieron a más de 120 millones de soles mensuales, 130 millones mensuales y con el señor Kuczynski llegaron a 180 millones de soles mensuales, en publicidad. ¿Y las veíamos acaso en campañas de vacunación?

118. El Tribunal también advierte que, en el proyecto de ley 2133-2017-CR, que dio origen a lo que sería la futura Ley 30793, que regula el gasto de publicidad del Estado peruano, se indica que el propósito de esta clase de iniciativas radica en la racionalización de los gastos del Estado, lo cual obedece a que existirían ingentes cantidades de dinero que se destinarían a esta actividad.

119. De lo expuesto por las partes, y de lo debatido y advertido en la audiencia pública, resulta claro para este Tribunal que el objeto que persigue la ley impugnada es

mm



reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad. Y si bien la finalidad constitucional no ha sido especificada claramente por las partes, este Tribunal entiende que el principio constitucional que se pretende optimizar se encuentra comprendido dentro del ámbito del artículo 77 de la Constitución. Esto es, optimizar los criterios de ejecución eficiente para atender las necesidades sociales básicas del presupuesto de la república.

120. Queda por determinar si es que existe una relación entre el medio y la finalidad perseguida. Es decir, se debe responder a la pregunta de si las medidas propuestas en la ley cuestionada realmente pueden cumplir con tal finalidad. Este Tribunal entiende que sí, pues con la prohibición absoluta de contratación por parte del Estado en medios de comunicación privados se ha reducido la posibilidad de arbitrariedad, discrecionalidad e ineficiencia en el gasto público en publicidad. Por lo tanto se verifica una relación de medio-fin en la medida normativa impugnada.

121. Corresponde, entonces, examinar el criterio de necesidad.

2.3.3. Subcriterio de necesidad

122. El criterio de necesidad implica la presencia de dos sub-fases: (i) determinar la presencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida; y (ii) una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene.
123. En relación con la primera sub-fase, debe evaluarse si es que existen medidas que, siendo por lo menos igualmente idóneas, permitan satisfacer en igual o mayor medida la finalidad perseguida. En este caso, el Tribunal nota que es sumamente complejo poder encontrar una medida con dichas características, ya que la disposición que ahora se cuestiona contiene una prohibición que, salvo algunas excepciones, se aplica a todos los niveles de gobierno y a distintas entidades.
124. En lo que respecta a la segunda sub-fase, le corresponde identificar al Tribunal si es que, de los medios por lo menos igualmente idóneos, se advierte la presencia de alguno que resulte menos lesivo de derechos fundamentales que la propia disposición impugnada. En este caso, como se advirtió *supra*, no existe una medida que tenga por lo menos el mismo nivel de idoneidad, por lo que, en principio, pareciera que esta sub-fase también sería superada por la ley cuestionada.
125. Ahora bien, el Tribunal nota que dejar la constitucionalidad en manos de la sola efectividad o idoneidad de las medidas implementadas puede generar, en algunos casos, resultados contraproducentes. Por ello, es importante valorar, de manera excepcional, algunas medidas alternativas cuando exista un importante grado de



aflicción de derechos fundamentales con la ley cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad, y pese a que aquellas no son igualmente idóneas que la realmente aprobada. El propósito de este criterio radica en que no es viable que la justicia constitucional, en aras de la eficiencia, deje de lado alguna medida que, sin ser igualmente efectiva, pueda sin embargo conciliar el fomento de la finalidad perseguida por el legislador y la protección de los derechos fundamentales involucrados.

126. En efecto, si bien la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal podría verse reducida con la ley impugnada, por cuanto ya no se destinan recursos públicos en publicidad estatal en medios privados (salvo las excepciones del artículo 4 de la ley impugnada), ello no implica que no existan medidas alternativas que permitan alcanzar tal finalidad. Este Tribunal entiende que ello puede lograrse sin restringir absolutamente la contratación estatal en medios de comunicación privados, como lo hace la presente ley.

127. En ese sentido, cabe preguntarse entonces si existen otras medidas menos gravosas para la libertad de información y que a la vez permitan reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal. A partir de lo debatido, este Tribunal entiende que existen otras formas mediante las cuales se puede lograr el objetivo propuesto por la ley.

128. En efecto, una medida que puede conciliar aquellos intereses es aquella que, a fin de reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal, plantea implementar controles más estrictos en los que se pueda analizar si es que efectivamente la publicidad estatal está siendo utilizada para atender los deberes fundamentales del Estado y no como un mecanismo de incentivo perverso para que los medios de comunicación sean serviles frente al gobierno, ya que ello puede devenir en subordinación política, con todos los males que ello acarrea al sistema democrático.

129. En efecto, en relación con esta medida alternativa, es posible advertir que, en el marco de la ley anterior, existía la posibilidad de controlar el gasto público en materia de publicidad. En este contexto, sin tener que adoptarse alguna medida que, como la impugnada en este proceso, impida la contratación en todo supuesto con el Estado, se permitía armonizar la necesidad de informar a la población con la necesidad de controlar y fiscalizar los gastos vinculados con este rubro. Sin embargo, como bien lo advirtió la Defensoría del Pueblo, la "necesidad de establecer un marco normativo idóneo respecto de la publicidad estatal resulta plenamente exigible por cuanto la ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal, no se encuentra reglamentada. Asimismo, resulta imperiosa la regulación de la publicidad para evitar excesos, tantos en los gastos de contratación como en la manipulación para promover la propaganda" (Defensoría del Pueblo. Escrito presentado al Tribunal Constitucional el 28 de septiembre, pág. 15).

MM



130. En este sentido, el legislador también debe evaluar la introducción de límites razonables a los financiamientos de los medios de comunicación de titularidad privada como una medida alterna a la prohibición de carácter absoluto, pues esta es también una solución que permite optimizar tanto el control del gasto público y la libertad de información de la colectividad. Debe recordarse que, al emplearse fondos públicos, existe por parte del Estado un nivel especial de diligencia en su manejo y administración, pues ello es relevante para evitar que estos recursos puedan ser utilizados por los respectivos gobiernos de turno para evitar cuestionamientos por parte de la prensa o, en algunos casos, como mecanismo para disuadirla.
131. De esta manera, el Tribunal nota que los inconvenientes que generan el uso desmedido del gasto público en publicidad, y que generan una legítima preocupación por parte de la entidad emplazada, pueden ser combatidos sin necesidad de acudir a la prohibición absoluta y la criminalización como respuesta general. En efecto, como se precisó, es posible enfrentar dicho flagelo con medidas de fiscalización y con la introducción de límites al financiamiento, lo cual demanda adoptar todas aquellas medidas necesarias que permitan reglamentar y precisar las formas en las que se hará uso de la potestad de controlar el gasto público.
132. Estos controles deben ser realizados por la Contraloría de la República (y también utilizados por el Poder Ejecutivo, así como por todo ente público que contrate publicidad en medios de comunicación privados) mediante el establecimiento de una serie de criterios y estándares que permitan una mejor supervisión, control y fiscalización sobre el gasto que el Estado realiza en publicidad estatal. Estos controles, como es evidente, están direccionados a evitar que partes considerables del presupuesto público sean asignadas para cubrir gastos relacionados con publicidad que puede ser innecesaria.
133. El Tribunal considera que, a fin de hacer efectiva la lucha contra posibles actos de corrupción, estos controles deben ser previos, a fin de evitar la materialización de operaciones de gasto público que sean arbitrarias; así como simultáneos y posteriores, a fin de evaluar los resultados de las operaciones o gestiones a fin de poder determinar si es que el gasto público se ha direccionado a aspectos de publicidad estatal institucional o comercial y no para el beneficio de un grupo político o persona determinados.
134. A modo de referencia, los criterios que podrían utilizarse para lograr tal objetivo podrían incluir el uso de indicadores de audiencia, tiraje o cuota de mercado, distribución geográfica, idioma, así como la evaluación del público objetivo al que se desea llegar con la publicidad y qué medios serían los idóneos para llegar a él. Del mismo modo, garantizando la publicación, en términos sencillos y

mm



accesibles, en los portales de transparencia de los datos concernientes a los gastos por publicidad.

135. Evidentemente, cualquier gasto con fondos públicos que sea innecesario para cumplir con esta labor, podrá ser oportunamente fiscalizada no solo por la Contraloría General de la República, sino también por la misma ciudadanía, ya que la información concerniente a esta clase de gastos debe ser de público conocimiento y de simple acceso, a fin que pueda advertirse la forma en que se emplea el dinero del Estado. En efecto, la sola difusión de información, con un elevado nivel de tecnicismo y complejidad, impide que el ciudadano pueda mantener un conocimiento certero respecto de la administración de la *res publica* y, principalmente, sobre el gasto. Esto es aún más importante si, como recalca la Defensoría del Pueblo, la información relativa a la publicidad de los distintos niveles de gobierno

se encuentra recogida por las citadas entidades públicas y se encuentran en sus respectivos PTE, [pero] esta no está debidamente estructurada y sistematizada, lo que imposibilita a la ciudadanía a acceder a información pública y, por ende, conocer sus derechos; lo que supone también una contravención al precitado principio de transparencia (Defensoría del Pueblo. Escrito presentado al Tribunal Constitucional el 28 de septiembre, pág. 17).

136. Junto a estos controles deben implementarse otros que midan el impacto que tuvo la campaña y si es que se lograron los objetivos trazados mediante indicadores de desempeño que puedan ser de fácil acceso a la población. Además, la información sobre el gasto realizado y el monto de cada contrato debe ser pública.
137. En relación con el gasto en publicidad, de acuerdo con el portal de transparencia del Ministerio de Economía y Finanzas, podría decirse que este ha experimentado la siguiente evolución en los últimos diez años:

Año	1. Servicio de publicidad		2. Otros servicios de publicidad y difusión		3. Servicios de imagen institucional		Total gasto en publicidad anual
2009	36.37%	47,872,843	55.55%	73,125,282	8.08%	10,639,098	131,637,223
2010	41.74%	93,031,901	45.49%	101,399,967	12.77%	28,456,718	222,888,586
2011	37.18%	97,773,665	58.56%	153,975,763	4.26%	11,203,552	262,952,980
2012	49.98%	100,952,363	43.60%	88,062,713	6.43%	12,985,357	202,000,433
2013	56.01%	166,754,616	39.46%	117,491,075	4.53%	13,481,163	297,726,854
2014	55.66%	186,586,953	40.12%	134,500,843	4.21%	14,119,583	335,207,379
2015	61.27%	216,366,377	33.00%	116,530,759	5.72%	20,214,027	353,111,163
2016	52.14%	197,834,700	44.66%	169,448,847	3.20%	12,125,476	379,409,023

msf



2017	54.84%	153,461,429	40.80%	114,162,089	4.36%	12,186,440	279,809,958
2018	54.75%	153,326,961	41.13%	115,173,295	4.12%	11,540,330	280,040,586
Por categoría	51.51%	1,413,961,808	43.13%	1,183,870,633	5.35%	146,951,744	2,744,784,185

1. Servicios de publicidad: Gastos por los servicios de promoción, publicidad, difusión en los diversos medios de información relacionados con las actividades de comunicación social.
2. Gastos por "otros" servicios de publicidad y difusión, los cuales no se desagregan en la información disponible.
3. Servicios de imagen institucional: Gastos por los servicios de promoción, publicidad y difusión en los diversos medios de información, relacionados con la imagen institucional de las entidades públicas.

Año	Presupuesto General de la República	Gasto total en publicidad	Porcentaje del gasto anual destinado a publicidad
2009	72,355,497,884	131,637,223	0.1819%
2010	81,894,838,697	222,888,586	0.2722%
2011	88,460,619,913	262,952,980	0.2973%
2012	95,534,635,146	202,000,433	0.2114%
2013	108,418,909,559	297,726,854	0.2746%
2014	118,934,253,913	335,207,379	0.2818%
2015	130,621,290,973	353,111,163	0.2703%
2016	138,490,511,244	379,409,023	0.2740%
2017	142,471,518,545	279,809,958	0.1964%
2018	157,158,747,651	280,040,586	0.1782%
Total	1,134,340,823,525	2,744,784,185	0.2420%

138. Se aprecia un importante volumen de gasto por parte del Estado, lo que evidencia la necesidad imperiosa de fijar los criterios de fiscalización apuntados, lo que coadyuvaría a reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad, sin impedir el flujo de información dirigido a la ciudadanía.
139. El Tribunal advierte que el uso desmedido del presupuesto público para fines publicitarios puede generar una legítima preocupación por parte de la ciudadanía, más aún si lo que es objeto de disposición es una parte significativa del mismo. Esto es aun más cuestionable si es que la información que brinda el Ministerio de Economía y Finanzas no aparece debidamente desglosada, a fin de permitir identificar cuáles fueron los gastos concretos en cada rubro, lo que ciertamente dificulta las labores de fiscalización que realizan otras entidades. La adopción de esta clase de medidas optimizaría el uso de fondos estatales para difundir publicidad estatal sin que se permita o faculten ciertos actos de proselitismo o de subordinación por parte de las autoridades políticas de turno.

mm



140. En virtud de las alternativas anotadas, este Tribunal considera que la normativa impugnada no supera el subcriterio de necesidad. Si bien la prohibición introducida en la ley impugnada busca reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal, frente a los malos usos que se pueden dar en este ámbito, lo cierto es que tal objetivo puede alcanzarse mediante las alternativas sugeridas, que no restringen el derecho a la libertad de información.

141. En consecuencia, al existir medidas alternativas que permiten garantizar la finalidad perseguida por el legislador -consistente en controlar la regularidad de la contratación por parte del Estado de publicidad-, y que afectan de manera grave el derecho a la información de la población, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley en el extremo impugnado.

142. Ahora bien, conforme a lo ya expuesto, no debe colegirse que el legislador se encuentra impedido de adoptar medidas tendientes a limitar el uso de la publicidad estatal. Como se ha advertido en este apartado, el control del gasto público es un fin que, además de legítimo, ostenta una marcada trascendencia social. De hecho, se trata de una herramienta que, empleada en exceso, puede generar graves consecuencias, ya que no solo podría invitar a que los medios de comunicación mantengan una relación de dependencia respecto de los poderes públicos, sino que, llevado a sus últimas consecuencias, puede subvertir el flujo libre de información y el intercambio de ideas.

143. En tal sentido, las demandas deben declararse fundadas en este extremo, por cuanto la ley impugnada no ha superado el test de proporcionalidad; en consecuencia, son inconstitucionales los artículos 1 y 3 de la Ley 30793.

§ 3. Supuesta vulneración del derecho de acceso a la información pública

144. Se alega que la Ley 30793 vulnera el derecho de acceso a la información pública, toda vez que esta limita el principio de máxima divulgación que se desprende del artículo 13 de la CADH al establecer que las entidades sólo podrán publicitar a través de medios estatales.

145. Al respecto, el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución señala que:

Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...).

mm



146. Este Tribunal ha desarrollado en reiterada jurisprudencia que el derecho de acceso a la información garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. Esto también aplica a personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización.

147. Respecto al tipo de información que puede solicitarse, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, TULO de la Ley 27806, señala que esta abarca cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales. La obligación de proveer dicha información es independiente del soporte o formato en que se encuentre, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o control.

148. En base a lo mencionado, el derecho al acceso a la información puede vulnerarse de dos formas:

- (i) Por omisión, es decir, cuando la Administración Pública no contesta la solicitud para la obtención de cierta información; y,
- (ii) Por acción, cuando se niega arbitraria y expresamente la información solicitada, se condiciona la entrega de esta a un pago desproporcionado o se brinda información desactualizada, parcial o distinta de la solicitada.

149. En el caso de autos, la Ley 30793 limita la publicidad respecto de las tareas de gestión de las entidades del Estado a los medios de comunicación estatales. Sin embargo, este Tribunal no advierte ninguna restricción en el derecho de las personas de acceder a la información que producen, almacenan o sistematizan las entidades públicas o empresas privadas prestadoras de servicios públicos, pues mediante la ley cuestionada no se interfiere en el derecho bajo análisis.

150. Efectivamente, la ley no contiene ningún impedimento para que los ciudadanos soliciten información y la reciban sufragando el costo que pudiera suponer la reproducción. Correlativamente, los organismos públicos mantienen el deber de brindar la información en los términos establecidos en la Constitución y la ley.

151. En todo caso, como se advirtió *supra* (fundamento 140), todas las entidades del Estado que se encuentren obligadas a brindar información respecto del presupuesto que le ha sido asignado, deben garantizar que los portales de transparencia la puedan brindar en un formato sencillo y accesible, que permita a la ciudadanía fiscalizar el empleo de fondos públicos.



152. Ahora bien, el Tribunal también advierte que los argumentos de los demandantes relacionados con el derecho de acceso a la información pública en realidad se encuentran direccionados a cuestionar la vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la información, cuestión que ya ha sido examinada *supra*. En efecto, si lo que se cuestiona es que la publicidad solo se hará a través de medios estatales, ello ya ha sido analizado al momento de determinar que era inconstitucional establecer una prohibición respecto de los medios privados, pues ello afectaba el derecho de toda persona a acceder a distintas fuentes informativas. Entendido de esta manera, los argumentos de los demandantes respecto del derecho de acceso a la información ya han sido evaluados en el acápite relacionado con el derecho a la información, por lo que carece de sentido examinarlos de forma separada.

153. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional estima que la Ley 30793 no ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública, por lo que corresponde desestimar las demandas en este extremo.

§ 4. Supuesta vulneración del derecho a la participación política

154. Los demandantes señalan que la ley impugnada contraviene el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución, en cuanto se estaría afectando el derecho a la participación política. Sostienen los recurrentes que los ciudadanos requieren contar con información no solo para conocer cuáles son los servicios que ofrece el Estado sino también para controlar y criticar sus acciones. La omisión de información veraz reduce la capacidad de la ciudadanía de interpelar a las autoridades, y aumenta la posibilidad de que estas incurran en actos indebidos.

155. También advierten que la información que genera el Estado no se limita a publicitar las obras públicas de sus órganos políticos, sino que permite atender mejor las necesidades de las personas y cumplir con la promoción y garantía de los derechos, que es una obligación constitucional. Asimismo, permite evitar la corrupción y optimizar los niveles de control y participación de la ciudadanía.

156. El inciso 17 del artículo 2 de la Constitución señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho:

(...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (...).

157. El derecho de participación política tiene carácter fundamental y su ámbito de protección se vincula con la libre intervención en los procesos de deliberación y la toma de decisiones en las esferas políticas, económicas, sociales y culturales.



158. Al respecto, este Tribunal, en el fundamento 3 de la Sentencia 05741-2006-PA/TC ha señalado que:

La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el *Estado-aparato* o, si se prefiere, en el *Estado-institución*, sino que se extiende a su participación en el *Estado-sociedad*, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado (...).

159. Asimismo, en el fundamento 119 de la Sentencia 0006-2017-PI/TC sostuvo que el contenido de este derecho es amplio y complejo, porque se vincula y relaciona con los diversos espacios de actuación que puede ejercitar una persona en el desarrollo de su vida en sociedad, tanto en la esfera pública como privada.

160. Al respecto, el artículo 2 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, señala como derechos de participación los siguientes:

- (a) iniciativa de reforma constitucional;
- (b) iniciativa en la formación de leyes;
- (c) referéndum;
- (d) iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales; y,
- (e) otros mecanismos de participación establecidos en la legislación vigente.

161. El artículo 3 del mismo cuerpo normativo señala que los ciudadanos tienen una serie de derechos de control, que son:

- (a) revocatoria de autoridades;
- (b) remoción de autoridades;
- (c) demanda de rendición de cuentas; y,
- (d) otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

162. Ahora bien, como ya se expuso, una deliberación libre y plural, necesaria para una sociedad democrática, solo puede apoyarse sobre la libertad de información. Si bien la valoración de la información recibida y las decisiones de cada persona son cuestiones que corresponden al ámbito de la libertad personal, el Estado debe garantizar que exista una oferta amplia de información sobre los asuntos de interés general antes señalados.

163. En el presente caso, este Tribunal ha señalado *supra* que la ley cuestionada vulnera el derecho a la libertad de información al establecer que la publicidad

mm



estatal solo pueda ser difundida por medios estatales, lo que trae como resultado un bajo nivel de penetración de la información pública en la sociedad.

164. De este modo, se advierte que los argumentos expresados por los demandantes, al hacer referencia a que la expedición de la ley impugnada vulnera el derecho a la participación política por cuanto no se tendría información para conocer el funcionamiento y desempeño de las entidades del Estado, han sido ya examinados en esta sentencia en el apartado concerniente a la libertad de información. En ese sentido, aunque en muchas oportunidades el derecho a la información y a la participación política se activan y complementan conjuntamente, el Tribunal nota que no se ha presentado algún acto o conducta en particular que incida de manera directa y manifiesta en el derecho a la participación política que no sean aquellos ya analizados en el caso del derecho a la información. Por ello, corresponde desestimar las demandas en este extremo.

§.5. Supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión

165. Los demandantes argumentan que la libertad de expresión se ve afectada cuando por medio de vías indirectas se impide la circulación de información, por lo que toda norma relacionada con ese derecho debe ser analizada desde esta perspectiva. Así, señalan que la Ley 30793 constituye una restricción indirecta para la libertad de expresión en contravención a lo estipulado en el artículo 13 de la CADH.
166. Como fuera desarrollado *supra*, el derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, y garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir (Sentencia 0905-2001-AA/TC, fundamento 9).
167. Dicha disposición constitucional señala que toda persona tiene derecho:

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.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación (cursiva agregada).

168. Como puede apreciarse, el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución señala que para ejercitar las libertades allí reconocidas, entre las que se incluye la libertad de expresión, no se requiere autorización previa ni puede ser objeto de censura o impedimento. Como ocurre con todos los derechos constitucionales, ello no debe



interpretarse en el sentido de que la libertad de expresión sea absoluta, de ahí que el legislador cuente con competencia para determinar cuáles son los mecanismos de responsabilidad ulterior cuando las expresiones o datos que han sido difundidos terminan por vulnerar otros principios o derechos reconocidos en la Constitución.

169. Además, la libertad de expresión no se limita al ámbito privado, sino que resulta esencial para que una persona pueda hacer públicas sus ideas y opiniones, si tal es su deseo. Ello requiere de vehículos que no son otros que los medios de comunicación.

170. Lo dispuesto en la Constitución sobre libertad de expresión se complementa con lo dispuesto en el artículo 13 de la CADH, que señala:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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

171. El Tribunal ha indicado *supra* que los medios de comunicación no son titulares de un derecho fundamental a contar con asignación o financiamiento por parte del Estado. En efecto, la asignación o no asignación de publicidad estatal puede convertirse, en caso que no existan los conductos de fiscalización necesarios, en

mm



un mecanismo de premio o castigo a los medios de comunicación en función de si se alinean o no con el discurso del gobierno de turno, lo que potencialmente podría configurar una fuerte alteración de las reglas del *fairplay* democrático, por cuanto permitiría al Estado hacer uso de sus recursos para evitar cualquier clase de control por parte de algunos medios.

172. Ciertamente, la salida contraria, consistente en que se prohíba cualquier clase de publicidad estatal en medios de comunicación privada tiene una finalidad que, aunque legítima, termina por ser desproporcionada, tal y como se demostró *supra*. Sin embargo, ello de ninguna manera puede hacer perder de vista los distintos problemas que, en el seno de una sociedad pluralista y democrática, se pueden generar cuando el Estado, por no ser adecuadamente fiscalizado, emplea mecanismos indirectos para incidir en los medios de comunicación. Ahora bien, el Tribunal interpretó que, si bien la medida adoptada por el Congreso de la República tiene un objeto legítimo y constitucional, es innecesaria para cumplirlo, por existir medidas alternativas que no limitan irrazonablemente el derecho a la libertad de información.

173. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha emitido una Nota Técnica analizando los alcances de la Ley 30793, y ha mostrado su preocupación en el sentido que la asignación de publicidad oficial puede depender tanto la posibilidad de los medios de comunicación de expresarse libremente como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la CADH. Estos aspectos han sido ya analizados en el acápite sobre libertad de información.

174. Ahora bien, si se parte de la premisa que no existe un derecho fundamental a obtener un financiamiento por parte del Estado, no se podría afirmar que la decisión de no otorgarlo suponga un mecanismo de censura. De hecho, en la actualidad los medios de comunicación han podido desplegar su rol informativo y crítico sin que se hayan impuesto barreras concretas a dichas actividades. No nota este Tribunal que, con ocasión de la ley cuestionada en este caso, se haya procedido a adoptar medidas para silenciarlos. En efecto, los medios, a la fecha, han podido desempeñar su rol de guardianes públicos de la democracia, o empleando los términos ya conocidos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de *publicwatchdog* (entre otros, consultar: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Fressoz y Roire v. Francia*. Sentencia del 21 de enero de 1999; *Janowski v. Polonia*. Sentencia del 21 de enero de 1999, y *Scharsach y News Verlagsgesellschaft*. Sentencia del 13 de noviembre de 2003). Este Tribunal recuerda que, en un Estado democrático, se debe fomentar la existencia de una prensa libre que actúe sin temor a represalias, no una prensa servil que actúe con temor al Estado y para complacer a los gobernantes de turno.

mm



175. Evidentemente, los riesgos de censura podrán hacerse presentes si es que no se adoptan los mecanismos de fiscalización y control por parte de los órganos responsables de vigilar la forma en que se ejecuta el gasto público. El Tribunal advierte que esta situación de latente inconstitucionalidad se presentará tanto con una ley que impida la difusión de publicidad estatal en medios de comunicación privados como en aquella que la permite.

176. En el primer caso, si es que, en el marco de un conjunto de medidas orientadas a atacar la libertad de prensa, se aprueba una ley que impide el funcionamiento de algunos medios hostiles a los intereses de algunos sectores estatales, ello podría configurarse potencialmente como un mecanismo de censura, que deberá ser analizado en cada caso particular a través de los procesos constitucionales que permitan la valoración de hechos. En el marco de un proceso de inconstitucionalidad, a este Tribunal le corresponde determinar si, en abstracto, la ley impugnada supone una vulneración de los principios y derechos de la Constitución, lo que no se advierte a propósito de la ley aprobada como generadora de una eventual censura a los medios de comunicación. Sí, en cambio, se evidenció que limita injustificadamente el flujo de información a favor de la sociedad, por lo que se le declaró como inconstitucional por tal motivo.

177. En el segundo, este potencial peligro se materializa cuando el Estado emplea una suerte de incentivo, traducido en importantes sumas de dinero para la difusión de publicidad estatal, a fin de contar con el apoyo o al menos la falta de crítica por parte de los medios de comunicación. Evidentemente, es una situación que siempre estará latente con autoridades con vocación autoritaria, y demanda que los órganos responsables de fiscalizar el gasto público actúen con responsabilidad en el uso de sus funciones. Como bien ha expresado la Comisión Interamericana, "la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar, o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. Informe de 7 de marzo de 2011, pág. 2). En efecto, lo que se sanciona y es cuestionable es el privilegio directo y comprobado a favor de unos medios de comunicación en desmedro de otros, pero no el financiamiento en sí.

178. Ahora bien, esta situación de latente inconstitucionalidad puede ser evitada siempre y cuando se activen los mecanismos correspondientes para el control de la gestión y el uso de los fondos públicos en el caso de la publicidad estatal.

mm

[Handwritten signature]



179. Por tales razones, este Tribunal declara infundadas las demandas en el extremo referido a la vulneración de la libertad de expresión; en consecuencia, corresponde desestimarlas en este punto.

§ 6. Supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratación

180. Los recurrentes alegan que el artículo 3 de la Ley 30793 establece una prohibición de celebrar contratos entre los medios de comunicación privados y las entidades públicas para la difusión de publicidad estatal, calificando además esta conducta como delito.

181. Sin embargo, sostienen que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de toda persona a recibir información, por lo que los acuerdos contractuales que se celebren persiguiendo este objetivo, no pueden ser calificados como ilícitos.

182. En tal sentido, alegan que se estaría vulnerando el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, el cual señala que toda persona tiene derecho:

A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

183. En la Sentencia 0011-2013-PI/TC, entre otras, este Tribunal señaló que el derecho a la libre contratación garantiza la facultad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. Tal vínculo debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica, y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga leyes de orden público.

184. Así, el derecho a la libertad de contratación se fundamenta en el principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:

- (i) Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y,
- (ii) Libertad contractual, que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución, y que también es conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

185. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libertad de contratación está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales:

mm



- (i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y,
- (ii) Autonomía para decidir, de común acuerdo (por común consentimiento), la materia objeto de regulación contractual.

186. Como cualquier otro derecho fundamental la libre contratación tiene límites, que en su caso consisten, principalmente, en la restricción para perseguir intereses privados cuando estos estén en conflicto con leyes de orden público, es decir, con el bien común.

187. Sin embargo, ello no implica, por supuesto, que toda restricción a la libertad de contratación será siempre legítima por el simple hecho de ser legal, sino que será necesario realizar un análisis de la restricción en atención al bien de orden público que se busca tutelar con la medida, para establecer si esta constituye una restricción justificada del derecho.

188. Ahora bien, el artículo 3 de la norma sometida a control ha establecido lo siguiente:

Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad. No se considera como tal el trabajo periodístico tales como reportajes, entrevistas, conferencias de prensa y similares, las que se pueden desarrollar libremente sin que suponga pago alguno al medio de comunicación. La infracción a este precepto será considerado delito de malversación.

189. De la lectura del mencionado dispositivo se advierte que, con la prohibición de la publicidad estatal en medios privados, aquellos contratos que busquen celebrarse con el Estado para realizar dicha actividad tienen objeto ilícito.

190. Este Tribunal ha señalado *supra* que el Estado tiene el deber de brindar información a los ciudadanos sobre las actividades que realiza, en virtud de la relación entre el derecho a la libertad de información y sus deberes fundamentales establecidos en el artículo 44 de la Constitución.

191. Asimismo, señaló que no existe un derecho de los medios de comunicación privados a recibir financiamiento vía contratación de publicidad. Ello implica que los medios de comunicación no pueden exigir u obligar al Estado a contratar publicidad privada, sin perjuicio de lo indicado *supra* en el sentido de adoptar medidas para informar a la sociedad sobre cuestiones que no necesariamente son atractivas al sector privado por temas de rentabilidad, tales como aspectos culturales o históricos.

192. En efecto, el Estado contrata publicidad no porque ello sea un fin en sí mismo, sino porque es un medio necesario para satisfacer el derecho a la libertad de información y cumplir con sus deberes constitucionales. En este sentido, la ley

mm



impugnada prohíbe una acción necesaria e indispensable para el funcionamiento de un Estado constitucional, de manera que el objeto de los contratos celebrados con el Estado sobre publicidad estatal no puede ser considerado ilícito.

193. En relación con ello, este Tribunal considera pertinente destacar la obligación de los medios de comunicación privados de informar a la población de asuntos de interés público, sin que exista, necesariamente, un contrato de publicidad estatal de por medio.

194. En el fundamento 28 de la sentencia 0027-2005-PI/TC, este Tribunal afirmó que el "ejercicio profesional del periodismo, cuando se realiza democráticamente y con responsabilidad, es un elemento esencial que permite el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones democráticas".

195. En esa línea Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, establece, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo I.- Principios de acceso a los servicios de radiodifusión

El acceso a los servicios de radiodifusión se rige por los siguientes principios: (...)

d) Uso eficiente del espectro.- A fin de garantizar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, la asignación de frecuencias y el otorgamiento de la autorización para la prestación de los servicios de radiodifusión, se efectúa bajo criterios de objetividad, transparencia e imparcialidad, de acuerdo con la disponibilidad de frecuencias (...).

Artículo II.- Principios para la prestación de los servicios de radiodifusión

La prestación de los servicios de radiodifusión se rige por los siguientes principios:

- 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.

Artículo 3.- Definición de los servicios de radiodifusión

mpj

[Handwritten signature]



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.

Artículo 4.- Fines del Servicio de Radiodifusión

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.

Artículo 11.- Del espectro radioeléctrico

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

Artículo 14.- Habilitación

Para la prestación de los servicios de radiodifusión, en cualquiera de sus modalidades, se requiere contar previamente, con autorización otorgada por el Ministerio. La autorización es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (...).

196. Algunos medios de comunicación privados hacen uso del espectro radioeléctrico, el cual es un recurso limitado y forma parte del patrimonio de la Nación. Asimismo, los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, por lo que de ahí se deriva el deber de informar sobre todo asunto de dicho carácter, incluyendo sobre todo a las actividades del Estado y sin que ello genere contraprestación alguna.
197. Por otro lado, en concordancia con las obligaciones pertinentes en la referida ley se encuentran el Código de Ética Profesional del Colegio de Periodistas del Perú y el Código de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, los cuales fijan criterios que deben informar la actividad periodística.
198. Los deberes resultantes de dichas reglas resultan exigibles tanto para los medios que utilizan el espectro electromagnético como para los medios impresos que no dependen de la concesión del Estado y que operan con sus propios recursos.
199. Este Tribunal entiende que contratar publicidad con el Estado no puede ser considerado ilícito, por cuanto tal acción es necesaria para tutelar otros derechos fundamentales, el artículo 3 de la ley impugnada constituye una limitación injustificada al derecho a la libertad de contratación.

MM



200. En consecuencia, este Tribunal declara fundadas las demandas en el extremo referido a la vulneración de la libertad de contratación; en consecuencia, es inconstitucional también por este motivo el artículo 3 de la Ley 30793.

§ 7. Supuesta vulneración al principio de legalidad en materia penal

201. Se alega que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera el principio de legalidad en materia penal reconocido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, y en el artículo 9 de la CADH, al establecer como delito de malversación la contratación de publicidad estatal en medios privados, pese a que esta resulta a la vez indispensable para garantizar el derecho de las personas a recibir información, lo que concretiza una obligación estatal. Es tal sentido, señala que el Estado no puede establecer como delito una conducta que al mismo tiempo ordena o fomenta.

202. Respecto al principio de legalidad en materia penal, la Constitución señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley (...).

203. Al respecto, este Tribunal ha establecido que el principio de legalidad penal es también un derecho subjetivo de todos los ciudadanos. Como principio, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones.

204. Como derecho subjetivo, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, que prevea la sanción respectiva.

205. Por ello, constituye una exigencia ineludible para un órgano jurisdiccional que sólo pueda procesar y condenar sobre la base de una ley emitida de manera anterior respecto de los hechos imputados. Esta regla tiene como excepción la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al reo, conforme a lo previsto en el artículo 103 de la Constitución.

206. En la Sentencia 0010-2002-AI/TC, este Tribunal señaló que el contenido normativo del principio de legalidad prohíbe lo siguiente:

MM

[Handwritten signature]



- (i) La aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*);
- (ii) La aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*);
- (iii) La aplicación de analogía (*lex stricta*); y,
- (iv) Las cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

207. En el mismo sentido se encuentra el artículo 9 de la CADH, que señala que:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

208. Al respecto, la Corte IDH ha mencionado que en la elaboración de los tipos penales deben usarse términos estrictos y unívocos, que acoten las conductas punibles, con una clara definición del supuesto de hecho incriminado, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o con conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (Sentencia del Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, párr. 121).

209. En ese sentido, se vulnerará el principio de legalidad en materia penal cuando se procese o condene a alguien por un acto u omisión que no se encontraba tipificado en la ley de manera previa, o cuando exista una tipificación deficiente, es decir, exista falta de claridad o certeza sobre la conducta punible.

210. En el caso de autos, este Tribunal advierte que el delito de malversación se encuentra tipificado en el artículo 389 del Código Penal de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa (cursiva agregada).

211. El artículo impugnado señala lo siguiente:

mm



Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad. No se considera como tal el trabajo periodístico tales como reportajes, entrevistas, conferencias de prensa y similares, las que se pueden desarrollar libremente sin que suponga pago alguno al medio de comunicación. La infracción a este precepto será considerada delito de malversación (cursiva agregada).

212. Al respecto, la parte demandante alega que es contradictorio que el legislador penalice una conducta que está orientada a concretar la obligación estatal de brindar información a la sociedad sobre los asuntos de relevancia pública. Esto, según menciona, implica prohibir una conducta que, al mismo tiempo, se encuentra ordenada.
213. Ahora bien, el Tribunal advierte que la penalización de conductas que puedan relacionarse con el reconocimiento o el ejercicio de derechos o bienes que se desprenden de la Constitución no implica, *per se*, una vulneración del principio de legalidad, sino de aquel derecho o bien que la sanción impide que se realice. En efecto, un tipo penal puede ser configurado, en cuanto a su estructura, formalmente de manera válida. Puede, en realidad, identificar de manera clara el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que integran el tipo penal; y, sin embargo, ser lesivo de otros derechos o bienes constitucionales. Desde este punto de vista, el justiciable tiene conocimiento de lo que jurídicamente se encuentra prohibido, por lo que no existiría, al menos en principio, alguna vulneración del principio de legalidad. Ahora bien, esa certeza del diseño del tipo penal no le otorga necesariamente la cualidad de ser compatible con el conjunto de derechos o principios de la Constitución.
214. El Tribunal nota, pese a lo expuesto, que en algunos supuestos se podría configurar una vulneración del principio de legalidad si es que este nivel de contradicción entre las conductas que se derivan del ordenamiento jurídico sea tan manifiesto que coloque a la persona en una disyuntiva respecto de cómo proceder conforme a derecho. Así, una eventual vulneración al principio de legalidad penal se vuelve mucho más evidente si es que ello va acompañado de niveles considerables de indeterminación respecto de los actos que se encuentran considerados como contradictorios.
215. En este caso, el delito de malversación al que se refiere la ley impugnada no puede ser interpretado de manera aislada, pues remite a distintas disposiciones legales cuestiones como el tipo base, la existencia de alguna agravante o la sanción jurídica a imponer. Esta forma de configuración del tipo penal, conocida como ley penal en blanco al revés, contiene no pocos inconvenientes desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la legalidad penal. De hecho, esta clase de fórmulas legislativas colocan al juzgador en una encrucijada, puesno delimitan con certeza la forma en que reaccionará el ordenamiento jurídico frente a los actos

MPA



considerados como delictivos. Es por ello que, en principio, dicha técnica legislativa no debería ser empleada para la configuración de tipos penales, pues conlleva un elevado grado de indeterminación y ambigüedad debido a que no se detalla, en la ley impugnada, cuestiones tales como el sujeto activo o la sanción jurídica, haciéndose una inconveniente remisión a lo dispuesto en el Código Penal.

216. En este orden de ideas, el Tribunal nota que, además del tipo regulado en el Código Penal, es relevante lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 30793, ya que esta cláusula hace referencia a los alcances del concepto de publicidad. De conformidad con su contenido, "todas las entidades públicas, incluidas las de derecho privado y las que estén en regímenes especiales, así como las empresas del Estado, los gobiernos locales y los regionales podrán publicitar sus *tareas de gestión* únicamente en los medios de comunicación del Estado a tarifa de costo" (énfasis agregado).

217. El Tribunal advierte que la expresión "tareas de gestión", que en definitiva permite identificar los alcances de la prohibición contenida en la ley, contiene un elevado nivel de indeterminación, que, agregado a la contradicción fundada en la sanción de una conducta jurídicamente permitida, supone una vulneración del principio de legalidad. De hecho, el delito de malversación de fondos tiene como bien jurídico protegido el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, lo cual permite, como consecuencia, que se tutelen los derechos fundamentales de los ciudadanos o se protejan los servicios públicos que se les brindan. De este modo, si precisamente el suministro de información es, según se ha entendido en esta sentencia, determinante para que las personas puedan decidir mejor respecto de cuestiones políticas y, en definitiva, de sus proyectos de vida, mal haría el legislador en sancionar penalmente a los funcionarios y/o servidores que adopten medidas para garantizar el ejercicio de este derecho a favor de los ciudadanos. Se desnaturaliza, así, el tipo penal de malversación de fondos a propósito de la expedición de la ley aquí cuestionada.

218. Efectivamente, la prohibición de realizar tal actividad vulnera, entre otros, el derecho a la libertad de información de las personas. En tal sentido, este Tribunal considera que si no resulta válido ni constitucional prohibir la contratación de publicidad estatal en medios privados, con mayor razón resultará ilegítimo criminalizar dicha conducta.

219. Por otro lado, se advierte una deficiente técnica legislativa que el Congreso de la República haría bien en evitar, por cuanto regula las excepciones del artículo 3 en negativo y agrega el término "y similares", lo que aparentemente restaría claridad a la disposición.

mm



220. En tal sentido, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 3, pues implica el uso de la sanción penal, que debe ser la *ultima ratio* de la intervención de la fuerza estatal, para reprimir un acto que ya ha sido considerado *supra* por este Tribunal como necesario para garantizar los derechos fundamentales de la población.
221. Así, este Tribunal considera que corresponde declarar inconstitucional la penalización de la contratación de publicidad estatal en medios de comunicación privados; en consecuencia, se declara inconstitucional el artículo 3 de la Ley 30793 por vulnerar el principio de legalidad penal.

§ 8. Supuesta vulneración a la normativa constitucional sobre decretos de urgencia

222. Los demandantes alegan que el artículo 4 de la Ley 30793 resulta inconstitucional, toda vez que señala que pueden existir supuestos excepcionales a la prohibición general contenida en la ley, pero indica que algunos de estos supuestos deben ser declarados vía decreto de urgencia, atribuyéndole a dicha norma una finalidad diferente a la prevista en la Constitución:

Se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto de urgencia, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones.

223. La disposición glosada incorpora tres supuestos de excepción: (i) los desastres nacionales; (ii) emergencias nacionales; y, (iii) las campañas de educación electoral.
224. Dichas excepciones están expresamente sometidas a una particular condición; en los dos primeros casos, se requiere la declaración de la situación de desastre o emergencia vía decreto de urgencia, y en el segundo caso se requiere la convocatoria al proceso electoral.
225. Respecto a la finalidad de los decretos de urgencia, el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución señala lo siguiente:

Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

(...)

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia (...).

mm



226. La Constitución es clara al establecer que las medidas extraordinarias que puede adoptar el Presidente, usando como instrumento normativo el decreto de urgencia, solo pueden versar sobre materia económica y financiera.
227. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 26 de la Sentencia 0047-2004-PI/TC, que la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado.
228. La materia económica y financiera debe ser el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (artículo 74 de la Constitución).
229. Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.
230. Por otro lado, en el fundamento 9 de la Sentencia 0007-2009-PI/TC, este Tribunal señaló que debe tomarse en cuenta no sólo el contenido del decreto de urgencia, sino también las circunstancias fácticas y el objeto de la norma, las que deben responder a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso, que versa sobre el procedimiento de control que realiza este órgano estatal sobre dichas normas.
231. El inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso señala lo siguiente:

La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del Artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del Artículo 118 de la Constitución Política (...). (Cursivas agregadas).

232. Estando a lo expuesto, resulta claro que los decretos de urgencia tienen un uso determinado por la Constitución que se limita a la materia económica y financiera. Si bien esas materias no son necesariamente un fin en sí mismo, se trata de un elemento indispensable cuya ausencia acarrearía la inconstitucionalidad del decreto de urgencia. Así, no son una fuente del Derecho que pueda utilizarse para

MM



declarar estados de emergencia o de desastre como exige la disposición impugnada.

233. Al respecto, este Tribunal considera pertinente señalar que la declaratoria de estado de emergencia en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, conforme ha sido establecido en el artículo 137 de la Constitución, debe realizarla el Poder Ejecutivo vía decreto supremo.

234. Efectivamente, así lo disponen: (i) el Decreto Legislativo 1095, Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, que regula, entre otros, la actuación de las Fuerzas Armadas en situaciones en las que ha sido declarado un estado de emergencia vía decreto supremo; y, (ii) la Ley 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, que regula las labores del Gobierno en materia de prevención y control de desastres, los cuales deben ser declarados vía decreto supremo.

235. En todos los casos la medida se concreta mediante Decreto Supremo, como sucediera en los siguientes casos que se mencionan a modo de ejemplo:

- (i) DS 047-2018-PCM: Estado de Emergencia en algunas localidades del distrito de Mórrope, provincia de Lambayeque, del departamento de Lambayeque, por desastre, a consecuencia de contaminación de agua para consumo humano.
- (ii) DS 040-2018-PCM: Estado de Emergencia en varios distritos y provincias del departamento de Piura, por desastre a consecuencia de intensas precipitaciones pluviales.
- (iii) DS 039-2018-PCM: Estado de Emergencia en varios distritos de las provincias de Angaraes, Tayacaja, Huancavelica y Churcampa, del departamento de Huancavelica, por desastre a consecuencia de intensas precipitaciones pluviales.
- (iv) DS 011-2018-PCM: Prórroga de Estado de Emergencia en distritos de las provincias de Huanta y La Mar (Ayacucho), de las provincias de Tayacaja y Churcampa (Huancavelica), de la provincia de La Convención (Cusco) y de las provincias de Satipo, Concepción y Huancayo (Junín).

236. En ese sentido, queda demostrado que los decretos de urgencia no pueden ser utilizados para la declaratoria del estado de emergencia o de desastre, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, pues conforme a la legislación que desarrolla el artículo 137 de la Constitución se infiere que las emergencias y desastres se declaran vía decreto supremo.

MM

[Handwritten signature]



237. Por otro lado, este Tribunal considera pertinente señalar que la ocurrencia de emergencias y desastres corresponde ser identificada, y enfrentada, por el Poder Ejecutivo, quien deberá hacerlo conforme a la legislación pertinente sobre la materia. En tal sentido, la regulación de supuestos excepcionales vinculados a situaciones de tales características debe dejar un margen de interpretación y maniobra para que el ente competente en la materia pueda cumplir sus fines constitucionales de proteger a la población de la forma más adecuada.

238. Dado lo expuesto, corresponde estimar la demanda en este extremo, y por lo tanto declarar inconstitucional el artículo 4 de la Ley 30793.

§ 9. EFECTOS DE LA SENTENCIA

239. Como ha quedado demostrado, los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 30793 son inconstitucionales, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico, lo que ocurrirá al día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución.

240. Por otra parte, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional:

La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

241. En atención a ello, este Tribunal advierte que los artículos 2, 5 y 6 de la referida ley son normas conexas que han perdido su razón de ser con la declaración de inconstitucionalidad decretada. Ello bajo la lógica de que, al no existir un núcleo central de la ley, dichas disposiciones accesorias carecerían de sentido de forma autónoma. En consecuencia, corresponde declarar inconstitucionales por conexidad estos artículos.

242. Por otro lado, este Tribunal advierte que dicha declaración de inconstitucionalidad tendrá consecuencias importantes en el ordenamiento jurídico, por lo que se pronunciará a continuación sobre los efectos de la presente sentencia.

243. Para ello conviene analizar, en primer lugar, la relación entre la ley impugnada y la Ley 28874, Ley que Regula la Publicidad Estatal, publicada el 15 de agosto de 2008. Tanto en las contestaciones de demanda como en la audiencia pública se ha hecho referencia a que esta se mantendría vigente, puesto que la ley impugnada no contiene una cláusula derogatoria expresa. Este argumento, sin embargo, no da cuenta de los efectos que tienen las derogaciones tácitas en nuestro ordenamiento.

244. Al respecto, este Tribunal advierte que existe una antinomia generada entre la Ley 28874 y la Ley 30793. La primera introdujo una serie de criterios generales para

mm



el uso de los recursos estatales destinados al rubro de publicidad, así como para la fiscalización de la transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos en la contratación de servicios de publicidad en prensa escrita, radio y televisión. Estos criterios se aplicaban para la publicidad estatal en medios de comunicación públicos y privados.

245. Por su parte, la Ley 30793 prohíbe toda publicidad en medios de comunicación privados, permitiendo que las tareas de gestión puedan ser publicitadas únicamente en medios de comunicación del Estado a tarifa de costo.

246. Este Tribunal considera que lo que ha sido derogado es el sentido normativo aplicable a la contratación de publicidad estatal en medios privados, en tanto los criterios establecidos en la Ley 28874 no podrán ser aplicados a ese tipo de contratación. Pero ello no significa que no puedan ser aplicados a la publicidad estatal en medios de comunicación públicos, debido a que no han sido derogados en ese sentido. En efecto, estos siguen siendo aplicables a dicha situación jurídica, en lo que fuera pertinente.

247. Por ejemplo, la definición que se hace de la publicidad estatal (artículo 2), los requisitos para la autorización de publicidad estatal (artículo 3), los criterios generales, entre el que cabe destacar que no se realizarán gastos cuya finalidad sea distinta a la promoción de la imagen institucional (artículo 4), prohibiciones, como la que impide que los funcionarios aparezcan en las campañas publicitarias (artículo 5), criterios de información de transparencia (artículo 6) y sobre las sanciones a los funcionarios que incumplan las obligaciones establecidas en esta ley, siguen vigentes respecto a la contratación de publicidad estatal.

248. Desde luego, algunos puntos de la Ley 28774 se encuentran completamente derogados. Tal es el caso del último párrafo del artículo 5, en donde se hace referencia específica a la contratación de medios de comunicación social privados, o el primer párrafo del artículo 7, que hace referencia a las condiciones que justificarian la contratación de medios de comunicación privados.

249. Por consiguiente, puesto que la Ley 30793 se centra en la prohibición de la publicidad estatal de este carácter, sus alcances no buscan gobernar el ámbito de la publicidad estatal en medios de comunicación pública. Por ello, esta última sigue estando sujeta a las regulaciones de la Ley 28874. Lo contrario implicaría afirmar que el Estado no estaría limitado ni obligado a cumplir con aspectos mínimos que garanticen una adecuada fiscalización de la publicidad estatal en medios de comunicación públicos.

250. En segundo lugar, debe explorarse qué ocurre con la regulación de la publicidad estatal en medios de comunicación privados al declararse la inconstitucionalidad de la Ley 30793. Y es que al haberse establecido que la prohibición de toda

mm



publicidad estatal en medios de comunicación privados es inconstitucional, se encuentra nuevamente permitido a las diversas entidades estatales difundir publicidad institucional en dichos medios.

251. El problema que esta solución conlleva es que formalmente no existiría marco legal aplicable que regule esta actividad. Se estaría generando un vacío legislativo y con ello posibles efectos contraproducentes, consecuencia de la ausencia de requisitos y criterios que permitan la fiscalización. Por ejemplo, los diversos niveles del Estado no estarían obligados a justificar la selección del medio privado o a informar sobre los contratos de publicidad en determinado plazo.
252. Es por ello que, ante este vacío normativo, y a fin de evitar esta situación de incertidumbre jurídica, este Tribunal considera que podrían aplicarse analógicamente las normas que regulan la publicidad estatal en medios de comunicación públicos al ámbito de la publicidad estatal en medios de comunicación privados, hasta que se emita una nueva regulación sobre la materia, conforme a los criterios establecidos en esta sentencia.
253. Ahora bien, los contratos que el Estado celebre con los medios de comunicación deberán ser de conocimiento público, y plenamente accesibles a través de la información contenida en los portales de transparencia de las instituciones respectivas, a fin de facilitar las labores de fiscalización. La publicación deberá incluir, además de los datos relativos al medio de comunicación respectivo, el detalle de los montos comprometidos.
254. Finalmente, respecto a la nueva legislación que habrá de implementarse, esta deberá tomar en consideración mecanismos que efectivamente reduzcan la arbitrariedad en el ámbito de publicidad institucional en medios de comunicación privados, y que han sido expuestos en esta sentencia.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADAS EN PARTE** las demandas, en consecuencia:

Declarar **INCONSTITUCIONAL** la Ley 30793 por vulneración del derecho a la libertad de información, a la legalidad penal, a la libertad de contratar con fines lícitos, y por vulnerar la regulación constitucional de los decretos urgencia.

2. Declarar **INFUNDADA** en lo demás que contiene.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

Publiquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

[Handwritten signature]

[Handwritten signatures and notes]

Lo que certifico:

[Handwritten signature]
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
EN EL QUE OPINA QUE EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SOLO
DEBE CONSTREÑIRSE A VERIFICAR SI LA DISPOSICIÓN IMPUTADA DE
INCONSTITUCIONALIDAD INFRINGE O NO LA NORMATIVA
CONSTITUCIONAL**

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, en cuanto declara inconstitucional la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado Peruano, por incurrir en infracción constitucional al vulnerar los derechos constitucionales a la libertad de información, a la legalidad penal y a la libertad de contratar con fines lícitos, y por violar la regulación constitucional de los decretos de urgencia, debo hacer las siguientes precisiones:

1. El proceso de inconstitucionalidad.

A manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso y a los conceptos de constitucionalidad y de análisis de constitucionalidad; este último en cuanto instrumento básico para determinar la presencia o no de infracción constitucional.

- 1.1 El Proceso de Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incurso en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.
- 1.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis*.
- 1.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso *ad hoc* y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de



hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. *Sui generis*, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

- 1.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.
- 1.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad.

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptualización.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.



3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.

Asumido ya un concepto de constitucionalidad, toca hacer referencia al denominado análisis de constitucionalidad, respecto del cual es menester puntualizar lo siguiente:

- 3.1 Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, dismantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.
- 3.2 A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.
- 3.3 En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.
- 3.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.
- 3.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.



- 3.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.
- 3.7 El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.
- 3.8 En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.
- 3.9 En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. Mi posición respecto a la normativa constitucional infringida.

- 4.1 En el presente caso, luego de efectuar el análisis de constitucionalidad de la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado Peruano, considero que la misma incurre en infracción constitucional por el fondo, al vulnerar los derechos constitucionales a la libertad de información, a la legalidad penal y a la libertad de contratar con fines lícitos, y al violar la regulación constitucional de los decretos de urgencia, por las razones que aparecen ampliamente explicitadas en los fundamentos de la sentencia de mayoría; y, específicamente, en los que desarrollan con detalle dichos derechos y aspectos.



- 4.2 Ahora bien, en línea con los parámetros del análisis de constitucionalidad a los que hago referencia en el presente fundamento de voto, considero que todas las fundamentaciones atinentes a la temática fáctica y coyuntural que rodea el presente caso y a las que se alude en la sentencia de mayoría devienen en inoficiosas, innecesarias e impertinentes para tal efecto, por lo que, muy respetuosamente, me aparto de las mismas.
- 4.3 Sin perjuicio de lo señalado, debo enfatizar que el derecho fundamental a la libertad de información es un derecho que hace al núcleo mismo del Estado Constitucional y a la esencia misma de la democracia. Un derecho continente y de carácter multidimensional, que comprende varios titulares y varios derechos, como el derecho de quien produce la información, el derecho de quien transmite la información, el derecho de quien reproduce la información, el derecho de quien administra la información, el derecho quien conserva la información y el derecho de quien recibe la información, entre otros.
- 4.4 En esta última dimensión, en la recepción de la información este derecho comprende a todos y cada uno de los miembros de nuestra colectividad y juega un papel gravitante para el ejercicio del derecho a la participación ciudadana y para el ejercicio de los derechos políticos, pues solo una sociedad bien informada es capaz de comprometerse con su Estado y ejercer a cabalidad su derecho a la participación y a la fiscalización respecto al manejo de la cosa pública.
- 4.5 Frente a esta dimensión del derecho a la información el Estado tiene la obligación de informar sobre sus acciones y aquellos aspectos de interés público, debiendo hacerlo procurando que la información que difunde llegue a todos. Ello se logra accediendo a los medios de comunicación que garanticen una adecuada y plena cobertura; y no auto restringiéndose.

S.
BLUME FORTINI



Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2018-PI/TC y 13-2018-PI/TC
(acumulados)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente proceso de inconstitucionalidad, si bien me encuentro conforme con el fallo de la sentencia, considero pertinente realizar algunas precisiones:

La presente sentencia no impide una nueva regulación sobre el gasto en publicidad estatal

1. El caso traído a este Tribunal Constitucional en el que se cuestiona la Ley N° 30793 nos permite reflexionar sobre el mal uso que se le puede dar a los fondos públicos destinados a la publicidad estatal. La contratación estatal sobre publicidad no puede ser utilizada como mecanismo de presión política para premiar o castigar la línea editorial de algún medio de comunicación. En efecto, una mala asignación de los recursos no solo atenta contra el erario nacional sino contra las libertades informativas.
2. En este sentido, me remito a la nota técnica elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del Comisión Interamericana de Derechos Humanos ingresada a través del Escrito del Procurador Especializado en Materia Constitucional, en la que se señala que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el control y distribución de bienes y recursos públicos que impacta o puede impactar en el libre funcionamiento de los medios de comunicación tiene un efecto claro sobre la libertad de expresión.
3. Ello es coherente con lo señalado anteriormente por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, ha señalado que:

Principio 13: La utilización del poder del estado, la hacienda pública, la asignación discriminatoria de publicidad estatal con el objetivo de premiar o castigar, en función de sus líneas informativas atenta contra la libertad de expresión y deben estar prohibidos por ley.
4. Ello constituiría un mecanismo indirecto de violación de las libertades informativas. Como dice la Convención Americana sobre Derechos Humanos:



3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

5. En este sentido, resulta válido todo intento de disciplinar el gasto estatal en materia de publicidad estatal. De este modo, la presente declaración de inconstitucionalidad no impediría la emisión de nuevas leyes que, sin incurrir en los vicios de inconstitucionalidad detectados en la presente sentencia, puedan regular el uso de los fondos públicos destinados a publicidad estatal.

El derecho a la libre contratación

6. Como se señala en la sentencia, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a la libre contratación garantiza la facultad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. Tal vínculo debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica, y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga leyes de orden público.
7. De este modo, el derecho a la libertad de contratación, conforme se ha señalado en la sentencia, tiene un doble contenido: 1) Libertad de contratar, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, 2) Libertad contractual, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.
8. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libertad de contratación está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales: 1) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y, 2) Autonomía para decidir, de común acuerdo (por común consentimiento), la materia objeto de regulación contractual.
9. Como cualquier otro derecho fundamental la libre contratación tiene límites, que en su caso consisten, principalmente, en la restricción para perseguir intereses



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

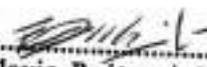
EXP. N.º 0012-2018-PI/TC y 13-2018-PI/TC
(acumulados)

privados cuando estos estén en conflicto con leyes de orden público, es decir, con el bien común. Ello, desde luego, no implica, por supuesto, que toda restricción a la libertad de contratación será siempre legítima por el simple hecho de ser legal, sino que será necesario realizar un análisis de la restricción en atención al bien de orden público que se busca tutelar con la medida, para establecer si esta constituye una restricción justificada del derecho, com se ha efectuado en la presente sentencia.

S.


MIRINDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuero con declarar **FUNDADAS** las demandas, pero por razones distintas a las expuestas en la sentencia en mayoría.

En mi opinión, la Ley 30793, Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano, es inconstitucional porque establece una prohibición *absoluta* para contratar publicidad estatal en los medios privados.

Para que se respete el conjunto de normas, principios y valores contenido en la Constitución, esta prohibición debe ser solo *relativa*. Ciertamente, la sentencia recoge esta idea, pero, a mi juicio, no lo hace con suficiente claridad.

Desde que la racionalidad económica funciona a base de comparaciones marginales, la publicidad estatal no debiera desbordar una proporción máxima de los ingresos de cada medio por venta de publicidad —por ejemplo, 10%.

La sentencia en mayoría señala que una de las dos demandas acumuladas —la de los congresistas— afirma que:

el impacto de esta ley en algunos medios de comunicación significaría su cierre.

Evidentemente, el Estado debe contratar publicidad para alcanzar información relevante a los ciudadanos, no para mantener artificialmente vivos a “algunos medios de comunicación”.

A mi juicio, la ley impugnada persigue un fin legítimo: garantizar la limpieza del proceso democrático, buscando evitar que el Estado utilice la contratación de publicidad para manipular a los medios privados y distorsionar la formación libre de la opinión pública.

No puede cerrarse los ojos al hecho humano, demasiado humano, de que esta contratación puede sesgar la labor informativa de los medios privados, si constituye una parte muy importante de su facturación. El quinto párrafo del artículo 31 de la Constitución señala:

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.



Este principio debe ser observado no solo durante los procesos electorales sino en todo momento, desde que la *participación ciudadana* que allí se menciona es una característica inherente a la cultura cívica que nutre a la democracia.

La ley impugnada tiene, por tanto, base constitucional. Sin embargo, deviene inconstitucional al ir muy lejos y prohibir de manera *absoluta* la publicidad estatal en los medios privados. Su artículo 3 señala:

Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad.

Esta norma puede afectar el cumplimiento eficaz de las responsabilidades del Estado establecidas en el artículo 44 de la Constitución. Dicho cumplimiento puede requerir, en efecto, transmitir información a través de anuncios publicitarios.

En mi opinión, la ley es inconstitucional no tanto porque vulnera la libertad de información —un derecho de conceptualización elusiva— sino porque compromete el cumplimiento eficaz de las responsabilidades que la Constitución le asigna al Estado.

Adicionalmente, la ley vulnera también uno de los principios generales del régimen económico, el de la igualdad de trato a la actividad empresarial estatal y privada, protegido por el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución:

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

La ley soslaya que la venta de publicidad constituye actividad empresarial, en tanto se desarrolla en un entorno de competencia y no implica el ejercicio del *ius imperium* del Estado. No cabe, por ello, favorecer a los medios estatales.

El carácter *absoluto* de la prohibición contenida en la ley distorsiona supuestos básicos de la Constitución, que no asumen la venalidad ni la integridad de las personas sino solo su libertad para inclinarse en un sentido u otro.

Por tanto, solo un límite relativo —y no una prohibición absoluta— a la contratación de publicidad estatal en medios privados permitiría armonizar el conjunto de normas, principios y valores constitucionales aquí involucrados.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Plavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Las libertades informativas constituyen sin duda un elemento central en la configuración de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Son también parámetros de cabal relevancia tanto para los tratados incluidos dentro del sistema universal como en los sistemas regionales (destacando entre ellos sin duda alguna el sistema interamericano) de protección de Derechos Humanos. Constituyen pues, un aspecto de innegable importancia en la configuración de un Derecho común al cual se tiende ir, objetivo de lo que hoy se conoce como “Convencionalización del Derecho”. Y es que sin ejercicio de las libertades informativas, la libertad de pensamiento o la libertad en sentido estricto (libertad individual) son casi meras quimeras sin proyección a ser conocidas o dadas a conocer.
2. No hay pues libre desarrollo de los diferentes proyectos de vida de toda persona ni ejercicio cabal de las diferentes ideas o actividades (acciones u omisiones) de cada uno de nosotros(as) si nos encontramos en un escenario donde no podemos ejercer nuestras libertades informativas y realizar un necesario de intercambio de ideas que apunte a la configuración de una opinión libre. Lo mismo puede decirse si estamos ante limitaciones irrazonables a estos derechos, pues corremos el riesgo de despojarlos de sentido y contenido, con todo lo que aquello involucra.
3. Ahora bien, tampoco se puede estar a favor de un uso abusivo de estos criterios, y, sobre todo, de aquellos que tengan mayor relación con el empleo de los medios de comunicación social existentes. Los derechos a informar, a ser informado o a acceder a información son vitales, pero la cobertura para ejercitarlos no puede ser condicionada para así convertir a algún medio de comunicación en un vocero oficial u oficioso de, por ejemplo, una línea político-partidaria que hipoteque la independencia y el pluralismo con el cual se debe manejar dicho medio. De otro lado, y si del manejo de fondos públicos se trata, tiene que haber sin duda una cabal supervisión de su asignación y gasto. Sin embargo, las limitaciones que deben introducirse al respecto tienen que ser expresión de un análisis de proporcionalidad (con cuyo resultado podemos o no coincidir) y no producto de decisiones a las cuales solamente podemos calificar como arbitrarias.



**Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal**

4. Aquello es justamente un aspecto de innegable importancia en la resolución del presente caso. No estoy en contra de establecer una regulación sobre la asignación del gasto de publicidad del Estado peruano. Desafortunadamente lo que planteaba la Ley n.º 30793 tenía previstas, seguramente buscando alcanzar ese mismo objetivo con las mejores intenciones, una serie de restricciones irrazonables al ejercicio de una serie de derechos fundamentales. Utilizaba además una comprensión a todas luces equivocada de la legalidad en materia penal. Empleaba por último un mecanismo recogido en el ordenamiento jurídico peruano para atender situaciones de emergencia y urgencia económica (decretos de urgencia) para abordar materias que pueden generar situaciones de emergencia social, con una capacidad de revisión en sede parlamentaria muy diferente (decretos supremos).
5. Considero asimismo que, si se quiere establecer un control sobre el gasto público y su asignación para efectos de contratación de publicidad estatal, la prohibición (absoluta o con excepciones sumamente acotadas) no es una alternativa aceptable en clave de una interpretación conforme a la Constitución y respetuosa de los parámetros del constitucionalismo contemporáneo. Existen mecanismos distintos y menos gravosos para asegurar un gasto eficiente, eficaz y honesto de los fondos públicos empleados al respecto (la labor de la misma Contraloría General de la República y sus posibilidades de control preventivo, concurrente y reparador, por ejemplo).
6. Coincido entonces con buena parte del sentido de lo expresado en el proyecto de sentencia, en la medida que se declara fundada en parte la demanda en relación con la Ley n.º 30793, "Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano". No obstante aquello, deseo plantear las siguientes precisiones o discrepancias con la justificación que dicho proyecto contiene, con términos como los que voy a señalar a continuación:

**II. REFLEXIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LO RESUELTO
POR DÉFICITS EN LA DELIBERACIÓN DE LA LEY 30793**

7. Considero que, respecto a lo que en el proyecto de sentencia se denomina "vicios formales", corresponde declarar fundada la demanda. Ahora bien, debo precisar que a mi parecer los déficits de deliberación y reflexión que suceden en el ámbito parlamentario, más aun si partimos de un sistema unicameral como es nuestro caso, no deben ser considerados tan solo como vicios "de forma". Por el contrario, ellos constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución, lo cual sin duda va bastante más allá de muy respetables alegaciones formales. Por ende, la contravención de estos parámetros debe tener



Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.

8. Y es que los referidos vicios deliberativos solo podrían ser considerados como meros vicios formales desde concepciones puramente ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, posiblemente siguiendo las formalidades previstas al respecto. Ello sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide, pues para dichas concepciones tan solo bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, la legitimidad de las decisiones públicas se basan en las razones ofrecidas a su favor, y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede hablarse de un giro argumentativo o deliberativo en la concepción de la democracia.
9. Este giro se encuentra directamente relacionado por cierto, y entre otros factores, con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, o con la afirmación de que la persona humana es el fundamento y el límite último para el poder político. En efecto, y de lo anterior, se desprende con claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones, y no puede simplemente imponerlas.
10. En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, a su vez, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de intercambiar razones o argumentos relacionados con la decisión que va a tomar. Estas razones que deben brindarse ciertamente, se encuentran relacionadas con la “legitimidad” de los actos de poder, elemento importante y hoy imprescindible, que va más allá de la aislada “legalidad” o “autoridad formal” antes muchas veces invocada. Es claro así que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, los actos estatales –como lo es la aprobación de una ley– deben ser legales. También legítimos, emanando de una autoridad competente, y a la vez, encontrarse justificados. Deben tener en cuenta tanto las exigencias vinculadas con su vigencia formal como con su validez material.
11. Es más, y en un pronunciamiento muy reciente, este Tribunal ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de decisiones, y en particular de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. n.º 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada “Ley Antitransfuguismo”), se sostuvo que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

“3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.

4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, *este es un auténtico órgano deliberante*. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que *aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones*, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. *Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.*

5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, *la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate* no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que *es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa*, de ahí que se afirme que *una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general*” (cursivas agregadas).

12. De este modo, es claro pues que la legitimidad y la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.



Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

13. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una *deliberación robusta* hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de los directamente afectados, así como las de los sujetos y colectivos débiles, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no debe tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publicación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.
14. Como se hace evidente, y en relación a lo involucrado con estos vicios referidos a la falta de suficiente deliberación en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente, sin atender a que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.
15. Adicionalmente, debo señalar que la referida inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ya ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que en su configuración no se permitió la participación de quienes se verían afectados por la medida aprobada (v. gr. “caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería”, de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las Sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).
16. Señalado todo esto, veamos a continuación entonces los presuntos vicios o infracciones alegados por los demandantes, tanto en la demanda presentada por los congresistas como por el actual Gobierno. Al respecto, ellos sostienen que:
 - El proyecto fue exonerado del pase a comisiones (en específico, se le exoneró del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones y no



Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

pasó por otras comisiones que pudieran ser pertinentes), y fue remitido directamente a la Comisión Permanente, donde fue aprobado con un texto sustitutorio.

- Se indica que se amplió la agenda del Pleno del Congreso para permitir su inclusión en el debate, sin respetar el trámite regular para ello.
 - Luego de que la autógrafa fuera observada por el Ejecutivo, la Comisión de Transportes y comunicaciones elaboró un dictamen de insistencia, el cual fue exonerado del plazo de publicación del portal del Congreso, y finalmente fue debatido y aprobado por el Pleno al día siguiente.
17. Por mi parte, entiendo que en algunas ocasiones, y sobre la base de consideraciones políticas, puedan existir cuestiones urgentísimas que deban ser abordadas o reguladas con prontitud. Sin embargo, las razones que hacen de algo políticamente urgente no pueden justificar el sacrificio absoluto, ni vaciar de contenido a los elementos o mecanismos que aseguran que las decisiones políticas sean realmente respetuosas del principio democrático, el cual contiene al principio de deliberación, y que, en el contexto del sistema unicameral como el recogido en nuestra Constitución, alude asimismo a los subprincipios de reflexión y revisión de las decisiones, en la medida que no contamos con una cámara específicamente reflexiva o revisora.
18. Siendo así, visto en contexto el conjunto de exoneraciones y prisas en el trámite de aprobación del proyecto de ley, tratándose además de un proyecto que tenía una gran repercusión en la difusión de información valiosa, relacionada a la realización de políticas y derechos sociales, lleva a que en el presente caso se constate la existencia de un claro déficit de deliberación, por lo cual la Ley n.º 30793, “Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano” debe ser declarada inconstitucional también en este extremo, y disponerse que se subsane la omisión.
19. Ahora bien, lo señalado no significa desde luego que el Congreso no podría, conforme a sus competencias constitucionales, excepcional y eventualmente eximir de alguna tramitación un proyecto de ley o disponer lo necesario para su pronta aprobación. Lo que está prohibido de hacer es acumular tales permisiones o exoneraciones, dando como resultado de ello la aprobación de una norma legal insuficientemente debatida o revisada. Ahora bien, aquello, y sin perjuicio de algunas pautas generales que debería ir esbozando este Tribunal en el futuro, es algo que desde luego tendría que ser analizado caso por caso.



Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

III. SOBRE LA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ADEMÁS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

20. Además de lo indicado, deseo precisar que, en mi opinión, la regulación cuestionada también implica una lesión a la libertad de expresión, y no solo al derecho o libertad de comunicación.
21. Como he señalado en otras ocasiones, dentro de las libertades informativas puede distinguirse, por una parte, al derecho o libertad de información, y de otra a la libertad de expresión. La libertad de información permite el crear contenidos noticiosos, darlos a conocer, conocer dichos hechos y estar en capacidad de crear medios o instancias a través de los cuales puedan ejercerse los derechos antes mencionados (medios de comunicación social).
22. En la sentencia el Tribunal ha encontrado que este derecho ha sido transgredido, cuando menos en lo que se refiere a la publicidad institucional que puede realizar el Estado. Dicho con otra palabras, respecto a aquella encaminada a comunicar cuestiones relativas al interés público (y que es distinta a la publicidad comercial que puede hacer el Estado en algún caso). Este ámbito ciertamente se vincula con el derecho de las personas a acceder a información relevante, que esté relacionada al bien común, y que permite enterarse, por ejemplo, sobre programas sociales y políticas públicas.
23. Sin embargo, considero que en el presente caso también se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión, la cual se entiende como aquella facultad de dar a conocer, de manera general, nuestros puntos de vista o incluso otro tipo de mensajes o comunicaciones que no tengan carácter informativo (es decir, noticiables). Al respecto, tenemos que, en el marco del deber del Estado de informar asuntos relacionado con el interés general (que es correlativo al derecho de las personas a recibir información), este puede realizar campañas de sensibilización, de promoción, de incentivo, de posicionamiento institucional, etc., las cuales en puridad no tienen relación con el derecho o la libertad de información, sino más bien, en atención al contenido del mensaje y la estrategia comunicacional, con la libertad de expresión.
24. Siendo así, estimo que la regulación que se cuestiona entonces, no solo incide de manera negativa, directa, concreta e irrazonable en la libertad de comunicación, sino que también, conforme a lo indicado, es lesiva de la libertad de expresión.



Exp. 0012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

IV. OTRAS PREVISIONES A TOMAR EN CUENTA PARA EVITAR EXCESOS EN LA CONTRATACIÓN DE PUBLICIDAD ESTATAL

25. Finalmente, y como bien se señala en el proyecto se sentencia, una futura regulación sobre la publicidad estatal debe prever medidas para evitar su posible abuso, en especial, que esta sea usada un mecanismo que evite las críticas a las autoridades o que se atenúe el rol fiscalizador que le corresponde a la prensa en una sociedad democrática.
26. Ahora bien, además de los recaudos más conocidos, algunos de los cuales ya han sido mencionados en la sentencia, considero necesario agregar que resulta imprescindible regular debidamente lo referido al sistema de contratación de la publicidad; y en especial, lo relacionado con las excepciones o exoneraciones al sistema ordinario de contratación.
27. En efecto, debo advertir que, con base en cuestiones de urgencia, o a la especialidad del servicio, pueden encubrirse modos de contratación irregular o refidos con los valores que deberían inspirar a un sistema de contratación pública moderno, eficiente y transparente. Por ello, y siempre con la previsión de criterios razonables, deberá atenderse también a este espacio, evitando toda forma de elusión o de evasión de los sistemas de control. No podemos aquí pasar a, por ejemplo, a contratación de medios sin concurso. No debe dejarse margen a prácticas como las de comisiones, o las referidas a la invención de causales de excepción que no tengan que ver con la naturaleza de lo contratado o del requerimiento de la Administración.
28. No se puede ni debe desconocerse aquí, como ya lo dice la sentencia, las diferencias entre la publicidad institucional y la publicidad de carácter comercial (o, puesto en otros términos, publicidad y mera información). Estos son, pues, temas en donde resulta indispensable tomar previsiones a la brevedad, las cuales rebasan por cierto previsiones de una sentencia como esta.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00012-2018-PL/TC

LIMA

LOS CONGRESISTAS DE LA REPUBLICA
(TREINTA Y TRES CONGRESISTAS DE LA
REPUBLICA) Representado(a) por GILBERT
FELIX VIOLETA LOPEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues concuerdo con la ponencia en declarar **FUNDADAS** las demandas de autos, por las razones siguientes.

La Ley 30793, en su artículo 1, establece la prohibición absoluta de que las entidades públicas, incluidas las de derecho privado, los gobiernos locales y regionales, contraten publicidad en medios de comunicación privados. Sólo permite tal contratación en "los medios de comunicación del Estado a tarifa de costo".

El artículo 44 de la Constitución prescribe:

"Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

La ponencia pone los siguientes ejemplos de publicidad estatal: campañas sobre ahorro de energía eléctrica, preservación del ambiente, pago de tributos, educación vial, peligros del consumo excesivo de alcohol (fundamento 91); difusión de derechos de usuarios de servicios públicos y del funcionamiento de entidades reguladoras (fundamento 93); publicidad de universidades nacionales, cajas de ahorros o del Banco de la Nación (fundamento 94).

Estos ejemplos bien pueden enmarcarse dentro de los deberes primordiales del Estado señalados por el citado artículo 44 constitucional, como son el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, la protección a la población de las amenazas a su seguridad o la promoción de su bienestar general y su desarrollo integral.

Vedar totalmente, como hace la ley impugnada, que el Estado pueda contratar a medios de comunicación privados para difundir temas como los mencionados, es inconstitucional, pues puede impedirle ser lo suficientemente eficaz en el cabal cumplimiento de los deberes que le impone el artículo 44 de la Constitución, ya que no podrá recurrir a una mayor difusión de dichos contenidos más allá de la que le ofrecen los medios de comunicación estatales.

De otro lado, el último párrafo del artículo 60 de la Constitución señala que la "actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo tratamiento legal".

En tanto el Estado no actúa aquí con *ius imperium*, la venta de publicidad por parte de los medios de comunicación estatales es una actividad empresarial, por lo que no puede recibir tratamiento legal distinto que el de la actividad empresarial privada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00012-2018-PI/TC

LIMA

LOS CONGRESISTAS DE LA REPUBLICA
(TREINTA Y TRES CONGRESISTAS DE LA
REPUBLICA) Representado(a) por GILBERT
FELIX VIOLETA LOPEZ

Por consiguiente, la norma impugnada vulnera dicho artículo 60 constitucional, pues realiza un tratamiento diferenciado entre actividad empresarial privada y pública, ya que sólo esta última puede contratar servicios de publicidad con el Estado.

No podemos dejar de expresar nuestra preocupación frente al riesgo de que el Estado use sus recursos para contratar publicidad con medios privados no con el fin de servir al bien común, sino por mero clientelismo político.

Sin embargo, pensamos que la forma de enfrentar ese problema no es con la prohibición absoluta de toda publicidad estatal en medios de comunicación privados. Más bien, quizá la ley podría, por ejemplo, establecer que el monto de publicidad contratado por el Estado no sea superior a un determinado y razonable porcentaje del total de la facturación del medio de comunicación privado.

Por último, coincidimos con la ponencia en que la ley impugnada es inconstitucional cuando, en su artículo 4, prescribe que se exceptúa la prohibición del Estado de contratar publicidad en medios privados en casos de desastres o emergencias nacionales declarados "por decreto de urgencia". La Constitución (cfr. artículo 118, inciso 19) señala claramente las materias propias de los decretos de urgencia, donde no están las mencionadas por la ley objeto de control en autos.

Por estas consideraciones voto por declarar **FUNDADAS** las demandas; en consecuencia, inconstitucional la Ley 30793 por vulnerar los artículos 44, 60 y 118 (inciso 19) de la Constitución.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La publicidad estatal "a dedo" constituye una clara violación a la libertad de expresión.

Con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 30793 y la consecuente inexistencia de alguna regulación en materia de publicidad estatal en medios privados, la mayoría del Tribunal Constitucional ha dejado "carta libre" para que las entidades estatales contraten publicidad, generando que con ello se ponga en peligro la libertad de expresión.

I. Notas preliminares

Estimo que no cabe declarar la inconstitucionalidad de toda la Ley 30793, que "regula el gasto de publicidad del Estado peruano", pues algunas de sus disposiciones eran plenamente compatibles con la Constitución y además porque, respecto otras de sus disposiciones, se pudo expedir una sentencia interpretativa.

Lo que ha hecho la mayoría del Tribunal Constitucional, al declarar inconstitucional toda la Ley 30793 del año 2018, al declarar que para los medios de comunicación privados existe una derogación tácita de la Ley 28874 del año 2006, que también regulaba la publicidad estatal y, además, al no establecer en su sentencia ninguna regla vinculante en materia de regulación de la publicidad estatal en medios privados, es poner en grave riesgo la libertad de expresión puesto que ahora en el Perú no existe ninguna regulación o límite para que las entidades estatales (municipalidades, ministerios, órganos autónomos, etc.) anuncien en los medios de comunicación privados, dejando al libre albedrío que tales entidades estatales publiquen sin límites ni controles. Tal proceder, sin lugar a dudas, deja abierta la posibilidad de que algunos funcionarios públicos ejerzan presión sobre medios de comunicación a cambio de evitar las investigaciones sobre corrupción o la crítica sobre el deficiente cumplimiento de sus funciones.

Los ciudadanos y la opinión pública no deben enfocar su atención sólo en aquel problema vinculado a la información que deben recibir -que existe y sobre el cual me voy a pronunciar más adelante-, sino que también deben enfocar su atención en la importancia de que en el Perú se regule legalmente la publicidad estatal para proteger la libertad de expresión. Sin la libertad de expresión se perjudica el mercado de las ideas y



opiniones, el control sobre quienes administran el poder, la defensa de las libertades, así como un requisito indispensable para la existencia de una sociedad democrática. Ese también es uno de los principales problemas.

La Ley 30793 tiene deficiencias, claro que sí, pero éstas no justificaban anular toda la ley. Es más, el problema vinculado al derecho a recibir información pudo haber sido objeto de una sentencia interpretativa (distinguiendo "publicidad" de lo que es "información" e interpretando que la prohibición de la Ley 30793 se refiere solo a la publicidad -aquella que está vinculada a la captación de usuarios y consumidores-, pero no a la información -promover conductas de relevancia social y tendientes al bien común), como tantas veces lo ha hecho el Tribunal Constitucional. Pero lo que no debió hacer la mayoría del Tribunal Constitucional es desaparecer toda regulación de la publicidad estatal. Mientras que en el Perú no exista regulación legal de la publicidad estatal en medios privados se constituye un *estado de cosas inconstitucional*. Hace falta ver tan sólo los montos invertidos en publicidad estatal en los últimos años, como lo voy a resaltar más adelante, para ver que es indispensable el control y supervisión de cómo se gasta ese dinero.

Si revisamos la parte resolutive de la sentencia de dicha mayoría no vamos a encontrar ninguna regla que por lo menos posibilite que hoy en el Perú exista alguna regulación de la publicidad estatal en medios privados. No existe una *vacatio sententiae* que prevea un plazo límite para que el legislador expida la respectiva regulación, no existe alguna remisión que haga vinculantes algunos fundamentos. Es más, en el ítem "efectos de la sentencia" se usa alguna expresión condicional ("podrían aplicarse", fundamento 252) y se deja en claro que en una futura regulación legislativa se deberán tomar algunos criterios allí mencionados ("respecto a la nueva legislación que habrá de implementarse", fundamento 254), pero en el mencionado ítem no aparece ningún criterio vinculante que se vaya a poder aplicar luego de publicada la sentencia.

El mensaje que queda es: municipalidades, ministerios, órganos autónomos, etc., publiquen lo que estimen pertinente en los medios privados, sin límites, sin controles, sin que nadie los incomode, e incluso si quieren pueden hacer el denominado "autobombo" (publicitar su imagen), pues, como ya lo he mencionado, tal mayoría del Tribunal Constitucional no sólo ha dejado sin efecto la impugnada Ley 30793, sino que además en los fundamentos 243 y 246 ha declarado que en el caso de los medios de comunicación privados se ha derogado tácitamente la Ley 28874, que también regulaba la publicidad estatal. En suma: cero regulación.

Es sorprendente ver cómo ha crecido la campaña mediática para hacernos creer que lo más importante de este caso es el derecho a la información de los ciudadanos. Sí lo es pero no únicamente. Como ya lo he mencionado antes, también es de la máxima importancia verificar si en el Perú existe o no la indispensable regulación de la publicidad estatal en medios privados para así proteger la libertad de expresión.



Así lo ha hecho ver también la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el documento denominado "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" del año 2011¹:

10. La distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de *necesidades* que los medios de comunicación tienen para funcionar e *intereses* que pueden afectarlos. Es una forma de *presión* que actúa como *premio* o *castigo* que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión.

11. (...) En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa.

20. (...) Un régimen legal adecuado en materia de distribución de la pauta estatal debe necesariamente disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos para efectuar esa distribución, de forma tal que estos fondos públicos no sean utilizados de un modo que restrinja la libertad de expresión.

En dicho documento también se menciona, en cuanto a la falta de regulación de la publicidad estatal, que²

13. (...) el problema persiste en muchos países de la región. Si bien se ha avanzado con algunas reformas legales y buenas prácticas, en la mayoría de los países de las Américas subsiste una falta de regulación que favorece la discrecionalidad en la distribución de presupuestos publicitarios estatales que en algunos casos se miden en millones de dólares. Ello fue señalado por diversas organizaciones de la sociedad civil de la región en una audiencia llevada a cabo ante la CIDH el 29 de octubre de 2010 en Washington D.C.19. Allí se indicó que la falta de regulación adecuada es la principal causa de que los presupuestos publicitarios puedan ser utilizados para influir en los contenidos de los medios de comunicación.

21. (...) esa falta de normativa puede "crear riesgos de una facultad discrecional excesiva en los órganos que toman las decisiones, [lo] que pueda dar lugar a asignaciones discriminatorias de la publicidad oficial

Es más, en el referido documento se da cuenta de diferentes casos producidos en la región:

¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", párrafos 10, 11 y 20.

² *Ibid.* párrafos 13 y 21.



País	Problema detectado
- Argentina	- En el caso Editorial Rio Negro S.A. c. Provincia de Neuquén, la Corte Suprema de Justicia de Argentina sostuvo que la Provincia de Neuquén violó "la libertad de expresión de un diario al eliminar la publicidad oficial que allí tenía contratada como consecuencia de una cobertura crítica" y además que "la Provincia de Neuquén debería establecer un marco legal adecuado que limite la discrecionalidad de los funcionarios públicos e impida este tipo de arbitrariedades" ³
- Chile	- En el caso de la Revista Punto Final, la Corte Suprema resolvió un reclamo presentado por tal revista contra la distribución de publicidad oficial realizada por algunos ministerios y consideró que "el orden jurídico chileno otorga a los funcionarios 'un amplio margen de discrecionalidad' y recomendó que la inversión de publicidad estatal se haga 'bajo criterios transparentes y no discriminatorios'".
- México	- En el caso de la Revista Contralinea, la Comisión Nacional de Derechos Humanos sostuvo que la empresa estatal Petróleos Mexicanos había suspendido la publicidad oficial a dicha revista como consecuencia de una investigación que hizo sobre posibles casos de corrupción en esta empresa.

Lo expuesto nos lleva a la convicción de que en el Perú urge una ley que regule la publicidad estatal en medios de comunicación privados y de ese modo se impida la violación de la libertad de expresión de tales medios de comunicación y también de los ciudadanos. La impugnada Ley 30793 pudo no haber sido la mejor opción del legislador pero no debía ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Asimismo, la mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado, sin mayor fundamento, que "todos" los artículos de la Ley 30793 son inconstitucionales. Así, por ejemplo, declara inconstitucional el artículo 2, que establece que las "entidades públicas deberán igualmente suscribir cuentas en las principales aplicaciones de redes sociales, en especial, aquellas que tengan mayor difusión y número de usuarios y consignar en ellas sus comunicados, avisos y demás temas de difusión social". Pero, ¿por qué es inconstitucional que se exija a las entidades públicas que tengan cuentas en redes sociales? Es absurdo e injustificado haber declarado inconstitucional este artículo. La

³ Op.cit. párrafo 14.



mayoría del TC asume que, al haberse declarado la inconstitucionalidad de otros artículos de la Ley 30793, el artículo 2 "ha perdido su razón de ser". No sé si las normas tengan una "razón de ser", pero sí tengo claro que dicho artículo 2 no vulnera ninguna norma constitucional y que, por el contrario, debería ser del más extensivo cumplimiento.

II. Desarrollo del voto singular

- En esta oportunidad, como en muchas otras, a través de los votos singulares que emito, pretendo expresar las razones que sustenté durante la discusión del presente caso, pero que no lograron persuadir a la mayoría de mis colegas. Sin embargo, estoy convencida de que la defensa de la Constitución y los principios constitucionales que realizo en esta oportunidad puede ser compartida por los ciudadanos que consideran, como lo hago yo, que se debe hacer frente a la confusión reinante en la actualidad entre la esfera de los asuntos públicos y la de los asuntos privados, y que corresponde defender que el Estado no puede ni debe renunciar a cumplir, por sí mismo, las funciones que le son ínsitas, como la garantía y plena efectividad de los derechos fundamentales.
- Siendo plenamente respetuosa y consciente de que mi postura como jueza constitucional no es la que ha prevalecido en el marco de este debate de ideas y razones jurídico-constitucionales, considero importante presentar a la ciudadanía una alternativa de solución del presente caso, si bien desde otra perspectiva e interpretación de la Constitución, pero igualmente válida, y más aún si parte de la premisa del principio-derecho de dignidad humana como pauta de ruta del quehacer del Estado, de forma tal que se resguarde el proyecto en común de la ciudadanía antes que los intereses de los poderes fácticos.

III. Análisis jurídico del caso

1. Lo que prohíbe el artículo 13.3 de la CADH es la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial

- Quisiera resaltar que, pese a los argumentos de la parte demandante, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, instancia especializada en lo que respecta a la libertad de expresión e información, *reconoce la posibilidad de que el Estado niegue a todos los medios de comunicación la asignación de recursos*⁴. Y es que lo que se considera como mecanismo de censura indirecta prohibido por el artículo 13.3 de la CADH es la *distribución arbitraria y*

⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). "Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión", Capítulo V, párr. 12.



*discriminatoria de la publicidad oficial*⁵, esto es, el hecho de que luego de haber decidido el Estado asignar recursos públicos a los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, algo por lo que el Estado puede optar o no, en el caso de hacerlo, ello sea ejecutado por los funcionarios de forma arbitraria, como represalia a las críticas de las que puedan ser objeto los gobiernos de turno⁶.

- Es en ese sentido que deben ser comprendidas las pautas desarrolladas en el referido informe “Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión” (2011). De esta manera, en el caso de que el Estado opte por contratar a los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, ello debe realizarse, según el citado informe, a través del establecimiento de leyes especiales, claras y precisas, de objetivos legítimos de la publicidad estatal, de criterios de distribución que “reduzcan la discrecionalidad y eviten sospechas de favoritismos políticos en el reparto”, de planificación adecuada, de mecanismos de contratación que impidan arbitrariedades, de transparencia y acceso a la información, de control externo de la asignación publicitaria y de pluralismo informativo⁷.
- Reitero con ello que, propiamente, de dicho informe⁸ como tampoco del Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2003), Capítulo V (Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial) se desprende que constituye un mecanismo prohibido por el artículo 13.3 de la CADH la opción por el Estado de no asignar recursos públicos a ningún medio de comunicación privado con fines de publicidad estatal. En efecto, de acuerdo a dicho Informe Anual:

*(...) no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad. Sólo cuando el Estado asigna estos recursos en forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libre expresión. Un Estado podría negarle a todos los medios de comunicación, pero no puede negarle ese ingreso sólo a algunos medios con base en criterios discriminatorios*⁹. (Cursivas agregadas).

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). “Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión”, párr. 9.

⁶ *Ibid.*, párr. 10.

⁷ *Ibid.*, párr. 33-82.

⁸ Como reafirmación de esto último, se hallan, por citar algunos ejemplos, las propias experiencias citadas por la CIDH relatadas en el referido informe “Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión” (párr. 30), como la de India, donde a nivel jurisprudencial, en el “caso Ushodaya Publications Private Ltd. Vs. Government of Andhra Pradesh and Others, la Alta Corte del Estado de Andhra Pradesh entendió que, si bien *no es obligatorio para el Estado otorgar publicidad oficial*, si el Estado decide hacerlo no puede distribuir ese presupuesto en forma discriminatoria” (cursiva agregada).

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). “Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión”, Capítulo V, párr. 12



- Es más, la mayoría de los casos citados en el Informe “Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión” (2011) tienen como denominador común la falta de regulación y control respecto a la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, o en los términos de dicho informe, la ausencia de “marcos legales claros y transparentes que impidan la arbitrariedad en las decisiones”¹⁰, que es lo que justamente ha ocurrido en el caso peruano, en la medida que la Ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal, no ha sido reglamentada, situación más que preocupante que ha sido reconocida por la sentencia de la mayoría como característica de la realidad de nuestro país con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30793, ley sometida a control de constitucionalidad en esta oportunidad.
- A propósito de lo anterior, quisiera en esta oportunidad referirme a los argumentos principales de la “Nota técnica en relación con la Ley 30793, que regula el gasto en publicidad oficial en el Estado de la República del Perú”, de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, de fecha 4 de agosto de 2018, como indico a continuación:
 - ✓ En la referencia a los mecanismos de censura indirecta y a lo que debe estar prohibido según el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, la única mención a la publicidad oficial se hace en términos de la proscripción de su asignación arbitraria y discriminatoria, lo que es distinto, como se explicó con anterioridad, de la decisión del Estado, como regla general con sus correspondientes excepciones, de no contratar medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal.
 - ✓ En la Nota se advierte una manifiesta contradicción que es medular a la argumentación ahí desarrollada por cuanto relaciona estrechamente la viabilidad y desarrollo de los medios de comunicación privados en el país así como “su sustentabilidad” ante “el riesgo de cierre a una cantidad de medios de comunicación” con la aprobación de la Ley 30793, con referencias incluso a los “recursos públicos necesarios para el funcionamiento de medios de comunicación”, pese a reconocerse que “no existe un derecho intrínseco a recibir recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación”, según los “Principios sobre la Regulación de la Publicidad Oficial (...)” de la CIDH en el 2011.
 - ✓ En la Nota de la CIDH se aduce que lo que está en juego es “el derecho a expresarse en condiciones de libertad e igualdad y el derecho de la comunidad a recibir información plural de toda índole” y que “los

¹⁰COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). “Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión”, párr. 33.



medios estatales *per se* no garantizan el acceso a una información plural (...). Ante esa insistencia en el valor de la pluralidad, quisiera que se tenga en cuenta que la realidad de los medios de comunicación privados en el Perú evidencia algunos cuestionamientos respecto de la "pluralidad" de la información que debe existir en toda sociedad democrática. Debe recordarse que hace algunos años un grupo de ocho periodistas interpuso una demanda de amparo contra empresas del sector comunicaciones alegando una presunta concentración de medios en el país. En todo caso, así como la Relatoría sostiene que "los medios estatales *per se* no garantizan el acceso a una información plural", también se podría sostener que lo mismo puede predicarse de los medios de comunicación privados, por cuanto su existencia, *per se*, no garantiza el acceso a una información plural.

- 
- ✓ En la Nota se da cuenta de que los Relatores Especiales sobre la materia de diversos sistemas de protección de derechos humanos han establecido en la Declaración Conjunta sobre "Diversidad y Pluralismo en la Radiodifusión" (2007) que "se deben implementar medidas para asegurar que la publicidad oficial no sea utilizada como un medio para la interferencia política en los medios de comunicación", es decir, la propia nota invoca una declaración donde se reconoce que la publicidad oficial, potencialmente, puede ser utilizada como mecanismo de interferencia política en desmedro de la independencia que debe caracterizar al ejercicio de las funciones que cumplen los medios de comunicación social en sistemas democráticos.
 - ✓ La Nota sostiene, sin más, esto es, sin dar referencias sobre cuáles son sus fuentes de sustento, que con la Ley 30793 se generará un impacto diferenciado en los "medios de menor acceso a la pauta privada" (de alcance regional, pequeños medios locales, comunitarios sin fines de lucro, o a los que denomina "la voz de los pueblos indígenas del Perú"), pese a que, como se indicará más adelante, de la propia información del Estado en materia de publicidad estatal se pueden extraer datos que muestran que, por lo menos, en los últimos años, han sido determinadas empresas de comunicaciones las favorecidas con la asignación de recursos públicos para difundir publicidad estatal.
 - ✓ Por si todo ello no bastare, en la propia nota se indica que, pese a sostener que la publicidad no se asigna con discrecionalidad (entendiendo que se ha pretendido aludir a la arbitrariedad y no la discrecionalidad, ya que no significan lo mismo), el Gobierno peruano ha reconocido que "la normativa vigente no contiene criterios objetivos para la distribución de publicidad oficial". Al respecto, si se parte de la premisa de que la Administración pública se rige por el principio de



legalidad, llama poderosamente la atención el hecho de que pese a reconocer que la normativa vigente no contiene criterios objetivos para la distribución de publicidad oficial, el gobierno esté en la capacidad de afirmar que en la actualidad (es decir que en todos los casos hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 30793) en la contratación de los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal no se incurre en arbitrariedades.

- Explicado lo anterior, quisiera una vez más insistir en que lo que hace la sentencia de la mayoría, de lo cual discrepo, es partir indebidamente de la consideración de que uno de los objetos protegidos de la libertad de información de los ciudadanos, que se vincula directamente con el acceso a la publicidad estatal, comporta necesariamente la celebración de contratos de publicidad con medios de comunicación privados, por cuanto el acceso a internet de la población, sobre todo en zonas rurales aún es muy limitado, por las preferencias de la mayoría de la población por medios privados, entre otras razones.

Precisamente esto último conlleva la misma consecuencia que se desprende del sostener que los medios de comunicación privados tienen derecho (aun cuando lo niegue la mayoría) a obtener financiamiento por parte del Estado: esto es, que existiría sustento constitucional para que el Estado destine parte de su presupuesto a entidades privadas, en detrimento de otros fines sociales que deja de cumplir con tal asignación, lo que en términos *redistributivos* resulta altamente cuestionable por el estado de cosas que rodea a nuestro país, en el que aún existen brechas injustificables entre ciudadanos en términos de igualdad y justicia en lo que respecta al acceso a servicios básicos, como la salud, la educación, el trabajo y la cultura.

Pero lo más importante es que resulta inaceptable en términos cualitativos que se pretenda convalidar el hecho de que aspectos contingentes como la brecha aún existente en acceso a internet en el país, las labores pendientes en cuanto a la cobertura o las preferencias televisivas y radiales de la población en la actualidad sustenten, como lo hace la mayoría, que la Constitución ordena que el Estado renuncie a cumplir *por sí mismo* la realización de un derecho, vinculado a un fin que le es consustancial por su carácter democrático, como lo es el derecho a ser informado, y que se materializa en las obligaciones de respetar, proteger, asegurar y promover que la población reciba información relacionada con el pleno ejercicio de otros derechos de los que son titulares, o con la posibilidad de controlar y fiscalizar la actuación de las entidades públicas.

- Lo que hace la mayoría, en mi opinión, y a partir de lo anterior, es reforzar una vez más la confusión entre la lógica de los asuntos públicos y la de los asuntos privados, dejando en manos de los privados, según se desprende de sus argumentos, por un pretendido y aparente "mandato constitucional", el derecho a



recibir información, como derecho social, y, como tal, de naturaleza *iusfundamental*. Ello se enmarca en el actual contexto en el que, como explica Capella, las dos grandes esferas teorizadas por el relato político-jurídico moderno, a saber, la esfera pública y privada, se desdibujan a partir de tenues límites que suelen ser rebasados¹¹. En esa línea, y como también sostiene Ferrajoli:

El conflicto de intereses -que bien podríamos llamar confusión de intereses y de poderes, o mejor aún, un indiscutible dominio de los intereses privados sobre los intereses públicos- está convirtiéndose en una dimensión general y global de las democracias actuales, que puede llevar a la banalidad tanto al carácter liberal como a la forma representativa: al disminuir la información libre y, al mismo tiempo, debilitar la separación entre política y negocios, entre esfera pública e intereses privados, que es el presupuesto elemental de la representación política que representa a la generalidad de los ciudadanos y a los intereses generales¹².

- En suma, se advierte, por un lado, una mengua de los recursos públicos ante la falta de regulación indispensable sobre la materia, situación que la ley cuestionada pretende revertir. En efecto, la mayoría ha aceptado la existencia de dicha situación en el fundamento 139 cuando se sostiene que “se aprecia un importante volumen de gasto por parte del Estado, lo que evidencia la necesidad imperiosa de fijar los criterios de fiscalización apuntados, lo que coadyuvaría a reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad (...)”.
- Arbitrariedad, insisto, que no solo ha sido reconocida por la mayoría en el citado fundamento, sino por la Defensoría del Pueblo, que como se ha citado en el fundamento 129, ha detectado que “la necesidad de establecer un marco normativo idóneo respecto de la publicidad estatal resulta plenamente exigible por cuanto la Ley 28874, que regula la publicidad estatal, no se encuentra reglamentada. Asimismo, resulta imperiosa la regulación de la publicidad para evitar excesos, tanto en los gastos de contratación como en la manipulación para promover la propaganda”.
- De ello da cuenta la información económica extraída del portal (“consulta amigable”) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), citada y sistematizada por la sentencia de la mayoría, en cuyo fundamento 137 se indica que el gasto total en publicidad entre los años 2009 y 2018 asciende a S/. 2, 744, 784, 185.00 (más de dos mil millones de soles según la escala numérica larga o más de dos billones en la escala numérica corta) lo que equivale a un 0,2420 % del total del Presupuesto General de la República (presupuesto que ha ido

¹¹ CAPELLA, Juan Ramón (2008) *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*. Madrid: Trotta, p. 319.

¹² FERRAJOLI, Luigi (2004). “Libertad de información y propiedad privada: Una propuesta no utópica”. En *Nexos*. Disponible en el sitio web: <https://www.nexos.com.mx/?p=11115>



aumentando con el transcurrir del tiempo) en 10 años, lo que puede apreciarse a continuación:

Año	Presupuesto General de la República	Gasto total en publicidad anual (según PIA)	Porcentaje del gasto anual destinado a publicidad estatal
2009	72,355,497,884	131,637,223	0.18
2010	81,894,838,697	222,888,586	0.27
2011	88,460,619,913	262,952,980	0.29
2012	95,534,635,146	202,000,433	0.21
2013	108,418,909,559	297,726,854	0.27
2014	118,934,253,913	335,207,379	0.28
2015	130,621,290,973	353,111,163	0.27
2016	138,490,511,244	379,409,023	0.27
2017	142,471,518,545	279,809,958	0.19
2018	157,158,747,651	280,040,586	0.17
Total	1,134,340,823,525	2,744,784,185	0.242

Elaboración: TC
Fuente: MEF

Evolución del gasto anual en publicidad estatal



Elaboración propia
Fuente: MEF

- Así por ejemplo, según los datos consignados por la sentencia de la mayoría antes descritos, el gasto en publicidad estatal presupuestado inicialmente para el año 2017, y ascendente a S/. 279, 809, 958 es considerablemente mayor al destinado, según la información obtenida de la distribución del gasto del presupuesto del sector público por programas presupuestales y pliegos para el año fiscal 2017 (Ley 30518): (i) para la atención de enfermedades diarreicas agudas con complicaciones (S/. 56,178,572); para la atención de otras enfermedades prevalentes (S/. 36,162,053); para proveer a las gestantes de suplementos de hierro y ácido fólico (S/. 53,376,745) o para atender a niños y niñas con parasitosis intestinal (S/. 29,722, 632).



Equivalencia de lo destinado en un año a gastos de publicidad (2017) en términos de algunos programas destinados a atender a niñas, niños y gestantes

Programa presupuestal	A: Monto en S/.	B: Gasto total en publicidad anual (2017) en S/.	Equivalencia de B en relación con A	Monto de la diferencia en S/.
Atención de enfermedades diarreicas agudas con complicaciones	56,178,572.00	279,809,958.00	4.98	223,631,386.00
Atención de otras Enfermedades Prevalentes	36,162,053.00	279,809,958.00	7.73	243,647,905.00
Provisión para las gestantes de suplementos de hierro y ácido fólico	53,376,745.00	279,809,958.00	5.24	226,433,213.00
Atención de niñas y niños con parasitosis intestinal	29,722,632.00	279,809,958.00	9.41	250,087,326.00

Elaboración propia

Fuente: MEF. Disponible en el sitio web

https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publico/anejos/anejo8_ley30518.pdf (pág. 1356) Consulta 12 de octubre de 2018

- Como puede advertirse del cuadro anterior, durante el año 2017, los gastos presupuestados para publicidad estatal (que incluyen evidentemente el monto de los contratos con los medios de comunicación privados) superaron en casi **cinco veces** al presupuesto para la atención de enfermedades diarreicas agudas con complicaciones en niños y niñas; en casi **ocho veces**, la atención de otras enfermedades prevalentes; en más de **cinco veces**, la provisión para las gestantes de suplementos de hierro y ácido fólico; y, en más de **nueve veces**, la atención de niñas y niños con parasitosis intestinal.
- De esta forma, puede aseverarse que, aun cuando el porcentaje del presupuesto público destinado al gasto en publicidad estatal en los últimos diez años no supere el 0,3 % en cada año, en términos reales significa desatender, a otros sectores con necesidades apremiantes e, incluso, de sobrevivencia, en los que se encuentra la población más vulnerable de nuestro país. Siendo ello así, ¿acaso resulta razonable permitir que dicha situación se prolongue en el tiempo en un contexto de falta de reglas claras y mecanismos efectivos de control de la



contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal?

- 
- Por otro lado, con esta sentencia de la mayoría se pretende dotar de contenido constitucional y raigambre *iusfundamental* a una práctica, que en los términos en los que se viene dando, antes que desprenderse del núcleo duro de las “libertades informativas” o, en concreto, del derecho a recibir información, como exigencia dimanante para el Estado, constituye una desnaturalización de los fines que le son propios, por cuanto a este último le corresponde hacer llegar toda la información posible, de manera oportuna a los ciudadanos, principalmente a través de sus propios medios, y de forma excepcional y estrictamente justificada en cada caso, a través de alternativas privadas, en aras de la realización de los derechos fundamentales de la población, en el marco de lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución, y, específicamente, con miras a la plena efectividad del derecho de los ciudadanos a recibir información y no proveer con recursos públicos a los medios de comunicación privados a través de contratos cuya excesiva onerosidad en un contexto de *desregulación* ha quedado suficientemente evidenciada en el presente caso.
 - Vale decir, lo que debe constituir la excepción, ha sido contemplado como regla en el presente caso, a tal punto de incluirlo en el contenido constitucionalmente protegido de la “libertad de información”, según la mayoría, sin mayores consideraciones que razones de tipo contingente, que, salvo el caso de las preferencias de la población, pueden y deber ser revertidas, como ocurre con la brecha de acceso a internet a nivel rural, los problemas de cobertura y la mejora en la calidad de los medios de comunicación del Estado.
 - Por consiguiente, el que el Estado pueda, como excepción, celebrar contratos con medios de comunicación privados, en un marco de reglas claras y no de *desregulación* como ocurre en el presente caso, no tiene sustento constitucional directo, sino que se trata de una posibilidad de fuente legal, en la medida que constituye una de las opciones o alternativas que el legislador puede establecer para la realización de este tipo de publicidad siempre y cuando ello se encuentre estrictamente justificado, lo que de llevarse a cabo, exige la realización de medidas de control, seguimiento y evaluación de impacto y resultados, por tratarse de recursos públicos, y en ese sentido, por encontrarse en juego los intereses de la ciudadanía en general.
 - Ello sin perjuicio de no perder de vista, como lo ha sostenido la mayoría en el fundamento 196, y en lo que coincido plenamente, en el sentido de que:
 - Algunos medios de comunicación privados hacen uso del espectro radioeléctrico que es un recurso limitado y forma parte del patrimonio de la Nación. Asimismo, los servicios de radiodifusión son servicios privados de



interés público, de ahí [que] se derive el deber de informar sobre todo asunto de interés público, incluyendo sobre [todo] las actividades del Estado, sin que medie contraprestación alguna (FJ 196).

- Asimismo, considero que, en todo caso, las excepciones establecidas en el artículo 4 de la Ley 30793, tal y como están redactadas, no deben ser comprendidas de manera *taxativa* sino que, en todo caso, se les debe entender a modo *enunciativo*, dejando abierta la posibilidad de eventuales excepciones adicionales justificadas en estricto por el interés público declarado por ley, en los términos en que ha sido definido en la jurisprudencia de este Tribunal, en atención al principio de interdicción de la arbitrariedad.
- Para tal efecto, resulta indispensable la determinación previa del público objetivo al que se dirige la información así como el desarrollo de indicadores que den cuenta de su impacto y de sus resultados, como asevera la mayoría, lo que ha sido mencionado en el artículo 6 *in fine* de la Ley 28874 pero que no ha sido reglamentado, dificultando así la plena aplicación de la referida ley. Pero, además de esto último, y como se plantea en la sentencia, también es fundamental la permanente y efectiva fiscalización por parte de las entidades correspondientes, como la Contraloría General de la República, y la sociedad en su conjunto.

A tales excepciones les corresponde pues ser objeto de controles, previos, simultáneos y posteriores (aspecto en el que también ha insistido la mayoría desde su perspectiva) en el marco de la lucha contra la corrupción, que constituye un mandato irrenunciable para los poderes públicos y privados, en la medida que se trata de un bien constitucional cuyo sustento se halla en los artículos 39, 41 y 43 de la Norma Fundamental. En efecto, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 00017-2011-PI/TC, FJ 16:

(...) el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39° y 41° de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N° 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N° 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que "la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio" (...) (STC 00017-2011-PI/TC, FJ 16).

- Por consiguiente, considero que debe desestimarse la demanda de inconstitucionalidad en el extremo relativo a la vulneración del derecho a la libertad de información, debiendo distinguirse "publicidad" de lo que es "información" e interpretando que la prohibición de la Ley 30793 se refiere solo



a la publicidad (aquella que está vinculada a la captación de usuarios y consumidores), pero no a la información (promover conductas de relevancia social y tendientes al bien común).

2. La Ley 30793 como medida que enfrenta la “distorsión de mercado” generada por la forma en la que se ha realizado la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal

- Además de todo lo dicho, si quisiera utilizar los propios argumentos de mercado que algunos detractores de la ley objeto de control constitucional sostienen, encontramos que la situación previa a su expedición, ante la falta de reglamentación de la Ley 28874, que preveía, en tanto una de las posibles opciones del legislador, la posibilidad de contratar medios privados para la difusión de publicidad estatal, estaba caracterizada por una distorsión del mercado en la medida que se advierte claras diferencias entre el monto de lo contratado en ciertos medios en detrimento de otros, por decisión de funcionarios públicos.
- Así por ejemplo, durante el período enero a setiembre de 2017, los medios de comunicación con los que más se contrató con fines de publicidad estatal son los siguientes:

Montos expresados en millones de soles (S/.)

	RPP Noticias	10.7
	América	7.0
	Latina	6.0
	CRP Medios	4.2
	La República	3.3
	Karibeña	3.2
	ATV	3.1
	Havas Group	2.8
	El Comercio	2.8
	Prensmart	1.9
	TOTAL	45

Fuente: Carlos Anderson¹³ y Z&Z Perú Consulting

¹³ Dicha información, que tiene como fuente a Z&Z Perú Consulting, fue difundida en un artículo virtual de Carlos Anderson, disponible en el sitio web: <https://carlosandersonblog.lamula.pe/2018/01/15/la-inversion-publicitaria-del-estado/carlosander/> Consulta: 12 de octubre de 2018.



- Es decir, tales contrataciones fueron realizadas sin que fuentes estatales hayan difundido de manera clara y accesible para la ciudadanía en general la información sobre las razones por las cuales tales distinciones se encontraban objetivamente justificadas. Si las fuentes estatales difundiesen adecuadamente sus contratos, se excluiría toda posibilidad de encubrimiento de prácticas discriminatorias, prácticas estas últimas que son consideradas como un mecanismo de censura indirecta prohibido por el artículo 13.3 de la CADH.

3. La contratación por el Estado de medios de comunicación privados con fines de publicidad: ¿mantienen dichos medios la independencia que posibilita una auténtica sociedad democrática?

- Una situación como la descrita previamente, donde se advierte la asignación de recursos públicos, con fines de publicidad estatal, a ciertos medios de comunicación privados, en un contexto de falta de reglas claras y ausencia de mecanismos de control efectivos, nos debe llevar a preguntar si la independencia de tales medios se encuentra, en tales condiciones, efectivamente garantizada.
- En la Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre la colegiación obligatoria de periodistas, se sostuvo que:

Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la *garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas*¹⁴ (subrayado agregado).

- Asimismo, el Tribunal Constitucional en la STC 00015-2010-AI/TC, FJ 19 ha establecido que:

(...) los medios de comunicación social, son instrumentos necesarios y óptimos para asegurar la difusión de la expresión y de la información, contribuyendo significativamente a asegurarla plena vigencia de estas libertades fundamentales. En esa medida, los medios de comunicación son personas jurídicas que, en sí mismas, ostentan los derechos fundamentales cuyo contenido procure garantizar el cumplimiento eficiente del esencial rol que cumplen en el Estado Constitucional, singularmente, en lo referido a la optimización de las libertades informativas que, como se dijo, constituyen garantías institucionales de la democracia (STC 00015-2010-AI/TC, FJ 19).

- Entonces, queda claro que la independencia de los periodistas y de los medios de comunicación es fundamental para la plena vigencia de la difusión de la

¹⁴ CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85* de 13 de noviembre de 1985, párr. 34.



expresión y de la información. Sin embargo, dicha independencia puede verse mellada ante presiones políticas o de repercusión económica, lo que es altamente probable en situaciones en las que se permite la contratación de medios de comunicación por parte del Estado con fines publicitarios, aunque en la práctica ello suele convertirse en regla general, en un contexto de ausencia de reglas claras y mecanismos efectivos de control y fiscalización.

- Considero, al respecto, como sostiene Colino para el caso español, que “ésta no es la vía para garantizar medios de comunicación saneados e independientes”¹⁵, toda vez que con ello se sitúan en una relación de dependencia de la asignación de recursos públicos, “-detráidas de los ciudadanos a través de impuestos- y esto les impide ser críticos con el poder que los financia”¹⁶. Siendo ello así, debe evitarse que los medios de comunicación degeneren en una posición servil (algo que también preocupa a la mayoría según se desprende del FJ 129) frente a gobiernos de turno, lo cual mellaría profundamente la función constitucional que cumplen en el sistema democrático, que no puede preciarse de ser tal sin pluralismo ni capacidad crítica y vigilante del poder.

4. La Ley 30793 no ha vulnerado la libertad de contratación de los medios de comunicación privados

La mayoría también ha enfocado el análisis respecto a si la Ley 307903 ha vulnerado el derecho a la libertad de contratación de los medios de comunicación privados, bajo el argumento de que contratar con el Estado no puede ser considerado ilícito en la medida que ello es necesario para tutelar otros derechos fundamentales, en clara alusión a la libertad de información.

- Al respecto, cabe mencionar que el artículo 3 de la Ley 30793 no vulnera el derecho a la libertad de contratación de los medios de comunicación privados en la medida que su grado de incidencia o limitación es sobre las competencias del Estado, siendo precisamente las entidades estatales las destinatarias de su contenido normativo y de ninguna forma los medios de comunicación privados. Por tanto, este extremo de la demanda también debe ser desestimado.

5. La Ley 30793 no ha vulnerado el principio de legalidad en materia penal

- En este extremo, la mayoría fundamenta principalmente la consideración del artículo 3 de la ley objeto de control como inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad en materia penal en la medida que se advierte “el uso de la sanción penal, que debe ser *ultima ratio* de la intervención de la fuerza estatal,

¹⁵ COLINO, Alberto (2013). “Evolución de la financiación de los medios de comunicación en España. ¿Hacia un modelo más sostenible? En *Papeles de Europa*, Vol. 26, N° 1, pág. 68.

¹⁶ Id.



para reprimir un acto que ya ha sido considerado supra por este Tribunal como necesario para garantizar los derechos fundamentales de la población” (FJ 220).

- Sin embargo, como ya se ha establecido previamente, el supuesto carácter necesario de lo que prohíbe la norma, si bien con excepciones, esto es, la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, carece de sustento constitucional por las razones ya desarrolladas en el presente voto.
- A ello debe añadirse que la mayoría sostiene que la expresión “tareas de gestión” contiene un elevado nivel de indeterminación, pero también reconoce contradictoriamente que “en definitiva permite identificar los alcances de la prohibición contenida en la ley”, sin ahondar o justificar en qué radica la indeterminación, con lo cual se incurre en un vicio de motivación aparente; y que lo sostenido en el fundamento 219 tiene la connotación de recomendaciones para mejorar la técnica legislativa correspondiente, sin ser concluyente en términos de la configuración de un vicio de inconstitucionalidad a este respecto.
- Asimismo, resulta cuando menos cuestionable que se califique como ley penal en blanco al revés a lo dispuesto en el artículo 3 *in fine* de la ley cuestionada, por no corresponder con la definición de este tipo de precepto penal en la medida que en realidad no se está describiendo una conducta distinta a la prohibida en el delito de malversación de fondos ni se trata de una agravante.
- Antes bien, lo que dicha norma realiza es una precisión (remisión) sobre el delito que correspondería imputar a quien contravenga las disposiciones de la ley objeto de control constitucional, por cuanto el delito de malversación consiste en darle un fin al patrimonio del Estado distinto al que estaba previsto, tal como se indica en el artículo 389 del Código Penal.
- En este caso, el artículo 3 *in fine* de la Ley 30793 indica precisamente que, al estar prohibido usar parte del presupuesto del Estado para realizar contrataciones de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, se sancionará a aquel que desvíe dinero que tenga un determinado destino justamente para realizar dicha contratación; por lo que, en conclusión, no se trata de una conducta distinta a la proscrita por el citado tipo penal.
- Por todo lo expuesto, considero que este extremo de la demanda debe desestimarse.
- No obstante ello, quisiera desarrollar algunas consideraciones en torno a las implicancias del referido artículo 3 de la ley objeto de control constitucional en términos de la autonomía del Ministerio Público, cuya relevancia merece una



especial reflexión por parte del juez constitucional, aunque no ha sido objeto de pronunciamiento por la mayoría de mis colegas Magistrados.

6. La Ley 30793 y la autonomía del Ministerio Público

- Conforme al artículo 158 de la Constitución Política del Perú, el Ministerio Público es autónomo, y tiene entre sus atribuciones ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, tal como establece el inciso 5 del artículo 159 de nuestra Norma Fundamental.
- Ello es precisado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece que: “Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de la institución (...)”.
- Asimismo, en el inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, se indica que: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)”.
- Con base a las normas anteriormente citadas, el Ministerio Público es el encargado de decidir cuándo un hecho tiene relevancia penal, por lo que a su vez es el competente para determinar el delito que corresponde imputar y quienes serían los responsables de ese hecho. No se le puede obligar al Representante del Ministerio Público a denunciar cuando éste considere que no se trata de un hecho de connotación penal, ni a imputar un delito distinto al que este considere que se ha cometido.
- Tomando en cuenta ello, al establecer la parte final del artículo 3 de la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano, que la contravención de la prohibición establecida en dicha ley será considerado delito de malversación, se está afectando la independencia del Ministerio Público, ya que se le obliga a considerar que se trata de un hecho delictivo que debe denunciar, y además le impone el delito que debe imputar.
- En consecuencia, el representante del Ministerio Público ya no puede decidir si un acto que contravenga lo dispuesto en dicha ley consiste en una infracción administrativa o penal, puesto que ya tiene que considerar que se trata de un delito, por lo que está obligado a ejercer la acción penal. Además, no puede determinar cuál sería el delito que debería imputar, sino que necesariamente debe considerar que se trata de una malversación de fondos.



- Lo segundo es lo más controversial, puesto que si se obliga a imputar el delito de malversación de fondos, pero no se cumplen todos los elementos que configuran el delito en un determinado caso, por ejemplo, porque no se verifique que por usar dinero de una Municipalidad se haya afectado el servicio o función para el que estaba destinado, el hecho quedaría impune, pese a que puede haberse configurado eventualmente otro delito.
- Efectivamente, al señalar la ley objeto de control constitucional que la contravención de las prohibiciones establecidas en dicha ley será considerada un delito de malversación de fondos, se impide que el representante del Ministerio Público pueda considerar que se habría podido cometer, de ser el caso, otro delito, como por ejemplo un delito de colusión agravada, si se acredita que el funcionario competente y el medio de comunicación privado han concertado para que este último sea el que contrate con el Estado para difundir publicidad y que ello generó un perjuicio económico porque se cobró una tarifa muy por encima del precio de mercado.
- También se podría considerar la eventual comisión del delito de cohecho, si un medio de comunicación privado otorga una suma de dinero al funcionario competente para que lo contrate para realizar publicidad estatal pese a que se encuentra en las mismas condiciones que otros medios de comunicación. Pero como según lo dispuesto en el artículo 3 de la ley cuestionada, el representante del Ministerio Público ya se encuentra obligado a imputar el delito de malversación de fondos, los delitos previamente aludidos ya no pueden ser considerados en una eventual acusación.
- Por lo tanto, dicho extremo del artículo 3 de la ley genera una afectación a la independencia del Ministerio Público, dado que se configura una intromisión en sus atribuciones al imponerle la obligación de considerar que la contravención de la ley es un hecho delictivo, y que además ese delito no puede ser otro que el de malversación de fondos.
- También quiero señalar que por mandato constitucional, el llamado a calificar la ilicitud penal en las conductas de los ciudadanos es el Ministerio Público, situación que debe llevar a que este artículo merezca una interpretación conforme a la Constitución en el sentido que las calificaciones jurídicas de las conductas ilícitas que se pudieren generar por contravenir las normas de contratación estatal sean dilucidadas por el Ministerio Público, bajo el procedimiento establecido por ley, en el que se imputará la calificación jurídica que resulte del caso en concreto, en la medida que constreñirla exclusivamente al tipo penal de malversación sería insuficiente e inclusive podría generar impunidad sobre otros ilícitos que pudieren concurrir.



- Esto significa que la redacción de la disposición del artículo tercero *in fine* debe leerse en concordancia con el art 158 de la Constitución del Estado, en el sentido según el cual “(...) La infracción a este precepto será considerada ilícito penal según determine el Ministerio Público en el ejercicio de sus atribuciones”.
- Por lo tanto, en relación a este extremo del artículo 3 de la Ley 30793, deberá **INTERPRETARSE**, a partir de la sustitución del texto correspondiente, que “La infracción a este precepto será considerada ilícito penal según determine el Ministerio Público en el ejercicio de sus atribuciones”.

7. Sobre la supuesta vulneración a la normativa constitucional sobre decretos de urgencia

- En el presente caso, la mayoría sostiene que el artículo 4 de la ley objeto de control constitucional es inconstitucional por contravenir la legislación pertinente; sin embargo, si se revisa la argumentación de la sentencia a este respecto, se advierte inmediatamente que lo razonado se centra en la frase “declarados por decreto de urgencia”.
- Al respecto, si bien concuerdo con que conforme a la legislación que desarrolla el artículo 137 de la Constitución las emergencias, en principio, y los desastres deben declararse por decreto supremo, en aplicación de los principios de conservación de la ley y de interpretación desde la constitución, en el afán de «“salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada» (STC 0004-2004-CC/TC, FJ 4), considero que debe sustituirse o que debe incorporarse el término “decreto supremo” en vez de “decreto de urgencia”.
- Por lo tanto, en relación a este extremo del artículo 4 de la Ley 30793, deberá **INTERPRETARSE**, a través de la sustitución del texto correspondiente, que “se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo (...)”.

8. Sobre los alcances de la Ley 30793 respecto de la publicidad estatal de las cajas municipales

- Todo lo indicado anteriormente no significa que la publicidad estatal de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito esté desprovista de toda cobertura constitucional, por cuanto si bien no halla fundamento en la libertad de información, si se vincula directamente con una de las facultades protegidas por la libertad de empresa de personas jurídicas como las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, tal y como se ha razonado en el Expediente 00556-2018-6-0401-JR-DC-01 con ocasión del incidente cautelar recaído en la resolución 2 de fecha de fecha 28 de setiembre de 2018.



- Al respecto, en la línea de lo desarrollado en dicho incidente cautelar, considero que la publicidad estatal de personas jurídicas del Estado, que no reciban presupuesto público y estén desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto, por interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30793, debe ser considerada como excluida del ámbito de aplicación de la referida norma.
- Por lo tanto, la prohibición de la Ley 30793 en el sentido de no contratar a medios de comunicación privada con fines publicitarios no alcanza a la publicidad estatal de personas jurídicas que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto.
- Siendo ello así, el artículo 4 de la citada Ley 30793 debe incluir como supuesto de excepción, “sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal”, además de “casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley”, a “la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto”.
- Pero incluso, situándonos en tales escenarios de excepción, no puede renunciarse bajo ningún supuesto a la realización de un escrutinio estricto de las contrataciones con medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal que, por lo demás, deben ser de conocimiento público y totalmente accesibles a la ciudadanía a través de las instituciones involucradas, con miras a determinar si es que efectivamente dicha publicidad responde a los objetivos trazados, en el marco de la Constitución y la ley.
- Ello debe ser así por cuanto todo lo que concierna al Estado debe regirse por principios de transparencia y fiscalización permanente. De esta manera, el quehacer de quienes desempeñan funciones en el Estado, en cualquiera de sus modalidades, está al servicio de la Nación y no de intereses privados. Al respecto, reitero mi firme convicción en el sentido de que en el Estado no deben existir sectores privilegiados respecto del cumplimiento de obligaciones, exigencias y controles dispuestos por la Norma Fundamental.
- Por lo tanto, en relación al artículo 4 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE**, a través de las adiciones al texto correspondientes, que “se exceptúan de la prohibición, sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal, los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones, casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley y la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos



públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto”.

9. Una tarea pendiente del Estado peruano

- En relación con el gasto en publicidad, de acuerdo con el portal de transparencia del Ministerio de Economía y Finanzas, podría decirse que éste ha experimentado una constante evolución en los últimos 10 años. No obstante, existe un claro contraste de las mismas con el presupuesto que el Estado destina al Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú (IRTP), ente estatal encargado de la televisión y emisoras de radio públicas en el país, con fines básicamente informativos, educativos, culturales, entre otros de similar índole. En efecto, la afirmación anterior queda reflejada en el siguiente cuadro:

Año	Total gasto en publicidad anual en S/.	Presupuesto Institucional de Apertura- IRTP en S/.
2009	131,637,223	47,403,000 ¹⁷
2010	222,888,586	53,683,121 ¹⁸
2011	262,952,980	42,392,680 ¹⁹
2012	202,000,433	46,731,032 ²⁰
2013	297,726,854	77,803,753 ²¹
2014	335,207,379	56,808,000 ²²
2015	353,111,163	74,403,000 ²³
2016	379,409,023	63,594,179 ²⁴
2017	279,809,958	68,374,600 ²⁵
2018	280,040,586	89,425,676 ²⁶
Total	2,744,784,185	620,619,041

¹⁷ PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS/INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN DEL PERÚ. Plan Operativo Institucional 2009, p. 51. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2009.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

¹⁸ Ibid. Plan Operativo Institucional 2010, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 015-02-2010-SCD/IRTP, p. 18. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2010-modificatoria.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

¹⁹ Ibid. Plan Operativo Institucional 2011, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 004-2011-SCD/IRTP, Proveído de Presidencia Ejecutiva N° 332, p. 17. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2011.pdf>. Consulta 12 de octubre de 2018.

²⁰ Ibid. Plan Operativo Institucional 2012, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 002-03-2012-SCD/IRTP, p. 25. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/poi2012.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²¹ Ibid. Plan Operativo Institucional 2013, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 003-01-2013-SCD/IRTP, p. 25. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2013.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²² Ibid. Presupuesto Institucional de Apertura Año fiscal 2014, p.1. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2014.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²³ Ibid., Resolución de la Presidencia Ejecutiva N° 162-2014-IRTP, de fecha 31 de diciembre de 2014, p. 12. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2015.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²⁴ Ibid. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 108-2015-IRTP, de fecha 31 de diciembre de 2015, p. 9. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pim-diciembre2015.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²⁵ Ibid. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 130-2016-IRTP, de fecha 19 de diciembre de 2016, p. 8. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2017.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²⁶ Ibid. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 125-2017-IRTP, de fecha 27 de diciembre de 2017, p. 4. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/resolucion125-2017-irtp_1.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018. Ver también, la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 001-2018-IRTP, de fecha 8 de enero de 2018, p. 4. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pim-ENERO2018.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²⁷ MINISTERIO DE CULTURA/INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN DEL PERÚ. Plan estratégico institucional 2017-2019. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pei2017-2019.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.



- Así pues, de los datos mostrados, se aprecia un gran volumen de gasto por parte del Estado en cuanto a gastos de publicidad; sin embargo, también puede advertirse que estos gastos cuadruplican los recursos económicos destinados al IRTP, los cuales son entregados a través del pliego presupuestal aprobado en cada año fiscal y que constituyen gran parte de los ingresos anuales de dicha institución.
- Como he señalado, el Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú constituye uno de los principales medios de difusión del Estado, el que además, de acuerdo al Plan Estratégico Institucional 2017-2019²⁷, tiene como finalidad informar de manera oportuna y veraz a la población, así como crear espacios para que la sociedad participe emitiendo libremente opiniones y propuestas con el objeto de fortalecer la democracia.
- Por consiguiente, hacer efectiva esta misión implica considerar la aprobación de un considerable presupuesto. Y si bien, la mayoría de los recursos provienen del presupuesto público y el resto de los recursos directamente recaudados, aun así, el presupuesto delegado continúa siendo insuficiente para impulsar medios de difusión del Estado que alcancen a toda la población.
- Además de lo anterior, es necesario considerar que si bien el porcentaje de gasto anual destinado a la publicidad es mínimo respecto del Presupuesto General de la República, según datos del MEF, esta conclusión merece algunas precisiones, dado que el porcentaje del gasto anual de publicidad está destinado tanto para los canales de comunicación privados, como para los oficiales. Esto, en consecuencia, denota que si ya el gasto en publicidad estatal “es mínimo”, la asignación de recursos públicos por este concepto en los medios de comunicación estatales resultará “ínfima”.
- Bajo estas consideraciones, se hace imperioso no solo regular y fijar criterios de fiscalización para evitar la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal cuando se contrata a medios de comunicación privados, algo que especialmente debería hacerse por excepción y no como regla, sino también resulta indispensable reimpulsar y fortalecer el IRTP, a fin de que se torne más accesible y confiable para los ciudadanos (evitando instaurarse como un canal partidista), a través de una asignación de recursos públicos que permita el mayor nivel cobertura y difusión de contenidos posibles a escala nacional.



10. Palabras finales

- Por todo lo expuesto, quiero reafirmar que en el Perú no existe un derecho fundamental de los medios de comunicación privada a contar con la publicidad del Estado, como tampoco una obligación constitucional o legal para que el Estado contrate publicidad en medios de comunicación privados.
- Asimismo, quiero resaltar la urgencia de que se regule la publicidad estatal en medios de comunicación privados como un mecanismo para preservar la libertad de expresión. Esta deficiencia normativa es un reclamo de larga data. Hay que recordar que el cambio del modelo económico en nuestro país permitió que el Estado, usando las reglas del mercado pueda contratar publicidad. Saber cuál es el monto que se debe destinar a la publicidad es una vieja pregunta hasta hoy vigente. El Decreto Supremo 005-99-PCM se muestra como el antecedente para la contratación privada de publicidad estatal, en el que se establecía la exoneración de licitación pública o concurso para contratar los servicios de publicidad por parte de las entidades del Estado. Este decreto fue dejado sin efecto por el Decreto Supremo 013-2001-PCM, para luego, en agosto del 2006, se promulgue la Ley 28874, que tenía por objeto regular la publicidad estatal en nuestro país. Esta Ley fue apreciada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012) como un avance positivo para la Región; sin embargo, no se incentivó la redacción del reglamento que permitiera un real cumplimiento de dicha ley.
- Los efectos de esa omisión, han generado una serie de comportamientos por parte de la Administración estatal que hoy el legislador ha buscado corregir con la fórmula de asumir una prohibición con excepciones a la publicidad estatal, fórmula que los magistrados que suscriben la posición en mayoría han expulsado del ordenamiento jurídico, generando hoy un vacío legal en lo que a la regulación de la publicidad estatal se refiere.
- Esta problemática no se agota en el presente caso, todo lo contrario, plantea el reto de cómo el Estado debe interactuar con los medios privados de comunicación en la difusión de la publicidad estatal.
- No debe confundirse la difusión de la información con la contratación para la difusión de la publicidad estatal. Si un medio privado quiere informar de determinadas actividades que hará el Estado, como una campaña vinculada a una política social, no hay nada que lo impida. El problema surge cuando la publicidad es promovida a consecuencia de la contratación que hace el Estado con los medios privados disponiendo los recursos del Estado. No se trata exclusivamente de un tema de gasto presupuestal, sino de advertir la vinculación de la inversión del gasto con la independencia que debe preservarse en la calidad de la información que se trasmite a través de los medios masivos.



- Los medios de comunicación contribuyen a crear la opinión pública en determinados aspectos vinculados a la vida social. Si esto es así, hay que crear mecanismos que permitan preservar la independencia de los medios de comunicación, del Gobierno de turno, de tal manera que estos puedan informar sin el menor resquemor o preocupaciones que puedan influir en su labor informativa, o limitar el periodismo de investigación o las denuncias que tengan que ver de manera directa con la actuación de la Administración estatal; por ello es necesaria la regulación en la publicidad estatal.
- Hay mecanismos que conducen al objetivo de transmitir información, y ello se podría hacer propiciando que el Estado utilice su propia plataforma de comunicación radial y televisa para difundir sus actividades o campañas; sin embargo, la plataforma estatal no tiene la cobertura deseada y la audiencia masiva que se espera; por ello, frente a esta deficiencia, la opción que queda es la de recurrir a la contratación con los medios de comunicación privada y para ello es vital el desarrollo de una regulación para la contratación y distribución de la publicidad del Estado, a fin de reducir la discrecionalidad y la sospecha de favoritismos políticos en el reparto del gasto.
- Como refiere la CIDH²⁸, los recursos publicitarios deben asignarse según criterios preestablecidos, claros, transparentes y objetivos. La pauta estatal nunca debe ser asignada por los Estados para premiar o castigar los contenidos editoriales e informativos de los medios. La regulación debe incidir en el desarrollo de una planificación adecuada, pues, hay que justificar cómo los 280 millones de soles -en promedio- que gasta anualmente el Estado en publicidad contribuye positivamente con los fines que se ha querido alcanzar.
- En una democracia real necesitamos tener ciudadanos objetivamente informados, crear corriente de opinión para generar una participación cívica de ellos en la vida social del país. La democracia se afirma con la acción, y no con la pasividad y tolerancia, ni con el silencio o la complacencia para acallar o minimizar situaciones nocivas para una sana vida social. Lamentablemente la historia política de nuestro país, en las últimas décadas, es un gran ejemplo de cómo los medios de comunicación terminaron siendo influenciados, por no decir otra cosa, por el poder político de turno.
- Si bien el gasto que invierte el Estado en publicidad en los medios privados representa en promedio el 0.24 % no deja de ser significativa esa cifra si tomamos en cuenta que el porcentaje que se presenta se asume sobre el valor del Presupuesto General de la República, lo que nos indica que la Administración

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", párrafo 22.



estatal, en lo que va del periodo 2009 al 2018, ha desembolsado la suma de dos billones, 744 millones, 784 mil 185 soles.

- Es un volumen significativo de gasto en el que no hay mayor detalle ni justificación sobre si se ha logrado alcanzar el objetivo deseado. No se muestran indicadores empíricos para justificar el beneficio que los ciudadanos han obtenido para esa publicidad, pese a que se sigue destinando ingentes sumas del presupuesto del Estado. Con todo lo expuesto termino afirmando que no existe la obligación de la administración pública de contratar la publicidad en medios privados, pero, si se opta por ello, debería ser regulada legalmente dicha opción; como tampoco existe el derecho de los medios de comunicación privados a exigir del Estado se destine voluminosas sumas de dinero para la publicidad estatal; pero si se opta por tal publicidad ello también debe ser una opción regulada legalmente, por las consideraciones que ya he expuesto. Lamentablemente la posición en mayoría ha desaparecido la regulación con su decisión.

IV. Parte resolutive

- Por tales fundamentos, voto a favor de que se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 30793, que regula el gasto de publicidad del Estado peruano.
 - En consecuencia, con relación a los artículos 1 y 3 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE** que las expresiones "publicitar" y "publicidad" están vinculadas a la captación de usuarios y consumidores, pero no a la información relacionada con la promoción de conductas de relevancia social y tendientes al bien común.
 - Con relación al artículo 3 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE**, a través de la sustitución del texto correspondiente, que "la infracción a este precepto será considerado ilícito penal, cuya calificación es una atribución que le corresponde al Ministerio Público".
 - Con relación al artículo 4 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE**, a través de las adiciones al texto correspondientes: que "se exceptúan de la prohibición, sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal, los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones, casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley y la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto".
 - **INFUNDADA** en lo demás que contiene.

S

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:



Flavio Reátegui Apaza
 Secretario Relator
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL