

## **Sentencia del Tribunal Constitucional** Expediente N° 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC

### **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**

## 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. Argumentos de las 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-1. Demandas

###### B-1.1. 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 al 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 s 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*

*Vulneración 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 la demanda**

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

Agrega que, en virtud de la jurisprudencia constitucional e interamericana (Sentencia 0905-2001-AA/TC, Opinión Consultiva 0C-5/85 y Sentencia del Caso Olmedo Bustos y otros v. Chile), el derecho a la libertad de información posee un contenido que incluye las siguientes posiciones: : (a) el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; (b) derecho a

fundar medios de comunicación, incluyendo la protección de estos contra restricciones arbitrarias e ilegales; (c) la proscripción de la censura previa; (d) proscripción de censura indirecta, incluyendo entre ellas la asignación discriminatoria de publicidad oficial; y, (e) protección contra restricciones no sustentadas en el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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-P1/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-PUTC).

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-PFTC 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-P1/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 curie* se 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 coadyuvan a resolver la presente controversia.

*Vulneración 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 60 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 emanaban de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-P1/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-AFTC, 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 formación", 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 d 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-AUTC, 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-AVTC).

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 prepublicación 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: La norma citada autoriza expresamente que puedan establecerse excepciones en el Reglamento del Congreso a la regla que señala que todo proyecto de ley debe ser dictaminado por una comisión.
- (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-PF/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 a 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, sujeto 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 advierte 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-P1/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-PFTC, 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 signifique 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-PPT, 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-PPTC, 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-AUTC, 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 sitio privilegiado que ocupa entre los derechos

fundamentales, y es por eso que toda limitación impuesta por el gobernante a su ejercicio, debe interpretarse restrictivamente.

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 0C-5185, 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-P1/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

[l]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 pública*.
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 (*cfr.* Sentencia 0905- 2 001-AA/T C, 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:
  - a) función informativa: dar a conocer al público la existencia y las características del bien o servicio anunciado;
  - b) 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,
  - c) 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 (b), 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 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 período 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 deleznales 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 demándala 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 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 contratarse de datos y que pueda participar activamente en el manejo de la *res pública* 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 que 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 de 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 existen conectividad suficiente, hay ciertos sectores de la sociedad a los que les resulta muy difícil acceder a estos medios.
108. Ya en la Sentencia 0002-2001-AIITC este Tribunal se pronunció sobre los factores culturales que limitan el acceso a internet. En dicha ocasión se dijo que:  

(...) el acceso a internet exige un mínimo de aprestamiento técnico o capacitación del que carecen aún grandes sectores de la población peruana, teniendo en cuenta a tal efecto el predominante "analfabetismo informático" del que ésta aún padece.
109. Aunque dicha resolución fue emitida hace 17 años, aquel "analfabetismo informático", si bien se ha reducido, aún persiste significativamente, de conformidad con las cifras del propio INEI (*Encuesta Nacional de Hogares*, ver cuadro sobre población de más de 6 años de edad que hace uso de internet, según ámbito geográfico, 2007-2016). De esta forma, argumentar que la difusión de la publicidad estatal pueda realizarse por redes sociales o por todos aquellos medios que implican el uso del internet implicaría, sobre todo en el caso peruano, contar con un derecho o una libertad sin sustrato; es decir, que se tiene formalmente el derecho a obtener información, pero esa fuente será completamente inaccesible para el ciudadano. La libertad de información también genera la exigencia para el Estado de no imponer obstáculos que desalienten o impidan el libre flujo de datos relevantes para la sociedad.

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

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 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, pues con la prohibición absoluta de contratación por parte del Estado en medios de comunicación privados se ha reducido la posibilidad de variedad, 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 solutamente 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).
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 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		2. Servicios de imagen institucional		Total de gasto en publicidad anual
2009	36.37%	47,872,843	55.55%	73,125,382	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
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
<b>Por categoría</b>	<b>51.51%</b>	<b>1,413,961,808</b>	<b>43.13%</b>	<b>1,183,870,633</b>	<b>5.35%</b>	<b>146,951,744</b>	<b>2,744,784,185</b>

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%
<b>total</b>	<b>1,134,340,823,525</b>	<b>2,744,784,185</b>	<b>0.2420%</b>

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.

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 (...).

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, TUO 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 siguiente:
- 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 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 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.
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.
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. El 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-PFTC, 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:
- 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 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-PUTC, 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: (...) o 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

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.
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-AFTC, este Tribunal señaló que el contenido normativo del principio de legalidad prohíbe lo siguiente:

- a) La aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*);
- b) La aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*);
- c) La aplicación de analogía (*lex stricta*); y,
- d) 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 al momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicación 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 debe 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 Petruzzi 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:

*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, pues no delimitan con certeza la forma en que reaccionará el ordenamiento jurídico frente a los actos 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.
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 (...).
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-PUTC, 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 declarar estadios 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.
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 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 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 Estados 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 justificarían 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 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BLUME FORTINI**

**MIRANDA CANALES**

**RAMOS NÚÑEZ**

**SARDÓN DE TABOADA**

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

**FERRERO COSTA**