

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD DE LA LEY QUE
PROHIBIÓ LA PUBLICIDAD ESTATAL EN MEDIOS DE
COMUNICACIÓN PRIVADOS. EN TORNO AL PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 30793**

Luis Huerta Guerrero¹

El respeto y garantía de los derechos fundamentales requiere de mecanismos idóneos y efectivos para concretar los denominados controles de constitucionalidad y de convencionalidad. El primero se deriva de la Constitución; el segundo, de las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar tratados sobre derechos humanos. Las vías internas, las autoridades competentes, la oportunidad para llevar a cabo ambos controles y sus efectos varían según el ordenamiento jurídico de cada país.

En el Perú, cuando en un proceso de inconstitucionalidad se cuestiona una norma por afectar un derecho reconocido en la Constitución y en un tratado sobre derechos humanos, corresponde al Tribunal Constitucional realizar ambos controles.

El presente artículo tiene por objetivo analizar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, el Tribunal), respecto a la Ley 30793², Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano (en adelante, la Ley), a partir del proceso de inconstitucionalidad en su contra iniciado por congresistas de la República y el Poder Ejecutivo, que culminó con un pronunciamiento en mayoría a favor de su expulsión del ordenamiento jurídico³.

Para evaluar el control de constitucionalidad, tanto por el fondo como por la forma, se tomará en cuenta la aplicación, por parte del Tribunal, de las normas y principios constitucionales.

Para realizar el análisis del control de convencionalidad se tomará en cuenta la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en particular el uso por parte del tribunal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y las decisiones de la Comisión

1 Abogado, magíster en Derecho Constitucional y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 El autor participó en el proceso que a continuación se analiza como abogado del Poder Ejecutivo, en calidad de procurador público especializado en Materia Constitucional.

3 Publicada en el diario oficial El Peruano el lunes 18 de junio de 2018.

4 La sentencia fue publicada en el diario oficial El Peruano el miércoles 24 de octubre de 2018, y fue suscrita por los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa. La magistrada Ledesma Narváez emitió un voto singular. El ponente fue Ramos Núñez, según lo informó el presidente del tribunal en conferencia de prensa realizada el 11 de octubre de 2018.

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este análisis se realizará solo respecto a la inconstitucionalidad por el fondo.

En ambos casos, se tomará como punto de partida lo invocado por la parte demandante (congresistas y Poder Ejecutivo) y la parte demandada (Congreso de la República)⁴, así como lo resuelto finalmente por el Tribunal.

Norma Impugnada y Argumentos Centrales de las Partes

Norma impugnada

El proyecto que dio lugar a la Ley (Proyecto de Ley 2133/2017-CR) fue presentado el 15 de noviembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Célula Parlamentaria Aprista. Constaba de una página, donde el argumento central de la propuesta normativa era que se evitaría el uso indebido de los recursos públicos⁵.

Sobre la base de esta finalidad, la Ley estableció la prohibición al Estado de contratar publicidad en medios de comunicación privados (art. 3), así como dispuso que solo se podía difundir información sobre las “tareas de gestión” del Estado a través de los medios de comunicación estatal (art. 1) y las redes sociales (art. 2). Señaló algunas excepciones a la prohibición.

Dicha ley fue objeto de dos demandas de inconstitucionalidad. En ambas se invocó la inconstitucionalidad de la Ley por razones de forma, así como la inconstitucionalidad e inconveniencia por razones de fondo, sustentadas en la violación de normas constitucionales y la CADH, así como en pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Las demandas fueron acumuladas por el Tribunal⁶.

Demanda interpuesta por congresistas

Conforme al artículo 203 de la Constitución Política del Perú (1993), una demanda de inconstitucionalidad puede ser presentada por el 25 % del número legal de congresistas. Por lo general, la iniciativa surge de congresistas de un mismo grupo parlamentario, a la cual se adhieren otros para alcanzar el número exigido por la Constitución. En estos casos, quienes acuden al Tribunal suelen ser las agrupaciones políticas o congresistas que mostraron su discrepancia, durante el debate parlamentario, con la ley finalmente aprobada por el Congreso.

En el caso aquí analizado, integrantes del grupo parlamentario Peruanos por el Cambio tomaron la iniciativa para presentar una demanda contra la Ley, la cual fue finalmente interpuesta por 33 congresistas el 20 de junio de 2018. Conforme al respectivo auto de admisibilidad del Tribunal, de fecha 21 de junio de 2018, en esta demanda se invocó la violación de los artículos 2, incisos 4, 5 y 17, y 105 de la Constitución, así como de los artículos 13, incisos 1 y 3, y 23, inciso 1, literal a), de la CADH.

4 Si bien el Tribunal dedica una sección de sus sentencias a exponer los argumentos de las partes, se trata de una fuente indirecta para acceder al contenido de las demandas y contestaciones presentadas, por lo que lo más adecuado es acudir a las fuentes directas que obran en el expediente.

5 Diversos políticos y medios de comunicación se refirieron a la Ley como Ley mordaza o Ley Mulder, esto último en atención al autor de la propuesta.

6 Acumulación decretada mediante Auto del Tribunal de fecha 2 de julio de 2018.

Demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo

La Constitución reconoce al presidente de la República la facultad para interponer demandas de inconstitucionalidad, para lo cual se requiere un acuerdo del Consejo de Ministros⁷.

La demanda del Poder Ejecutivo tuvo como eje central de su argumentación la protección del derecho de toda persona a recibir información por parte del Estado y la obligación de este de hacer efectivo y garantizar el referido derecho. Fue presentada el 21 de junio de 2018⁸, es decir, al día siguiente de la interpuesta por los congresistas de la República. En el respectivo auto de admisibilidad del Tribunal, de fecha 27 de junio de 2018, se indica lo siguiente:

[E]n la demanda se señalan los fundamentos en virtud de los cuales la norma impugnada vulneraría, por la forma, el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en tanto el procedimiento parlamentario que se siguió para su aprobación y promulgación no respetó las garantías mínimas. Asimismo, en cuanto al fondo se alega la violación del artículo 2, incisos 2, 4, 14, 24, literal “d”, y los artículos 44, 62, 118, inciso 19, de la Constitución; así como los artículos 1, 2, 9, [sic] 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2018a, fundamento 7)

El Poder Ejecutivo solicitó de forma expresa al Tribunal que lleve a cabo no solo un control de constitucionalidad de la Ley, sino también un control de convencionalidad, tomando en consideración los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: 48. En la presente demanda se formulan diversos alegatos sobre la inconstitucionalidad de la Ley 30793, por ser contraria a las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 2, inciso 4, la Constitución de 1993, que deben ser interpretadas en cuanto a su contenido de forma concordante con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 49. Por ello, corresponde al Tribunal Constitucional realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma objeto de impugnación; siendo importante adelantar que de los fundamentos del proyecto de ley que le dio origen no se aprecia que se haya tomado en cuenta las normas y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, omisión que fuera advertida en su debida oportunidad por el Poder Ejecutivo a través de sus observaciones a la Autógrafa de Ley. (2018, p. 13)

Contestaciones de demanda

Las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley fueron remitidas al Congreso de la República para que proceda a contestarlas, acto procesal que no recae en los congresistas que promovieron la ley o argumentaron a su favor. La defensa jurídica de las leyes recae en la Oficina de Defensa de las Leyes.

Al contestar las demandas, el Congreso se pronunció sobre el control que corresponde ejercer al Tribunal en los procesos de inconstitucionalidad:

7 En su sesión del 20 de junio de 2018, el Consejo de Ministros aprobó la interposición de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley.

8 El ministro de Justicia y Derechos Humanos, Salvador Heresi Chicoma, acudió al Tribunal Constitucional para estar presente en el momento de la presentación de la demanda y brindó declaraciones a los medios de comunicación sobre su contenido.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no supone la continuación del procedimiento legislativo mediante un simple cambio de roles, destinado a ratificar o no lo decidido por el Congreso de la República con idénticos poderes de valoración, sino que configura sólo un control secundario a cargo de la jurisdicción, cuyo único parámetro es la Constitución y, por extensión, el bloque de constitucionalidad. Corresponde destacar que la acción de inconstitucionalidad no fue consagrada por el constituyente para dotar a las minorías parlamentarias de los votos que el electorado libérrimamente les negó en las ánforas, sino para contener los desbordes de las mayorías cuando estos [sic] tienden a romper o corromper el orden constitucional. (Congreso de la República, 2018, p. 8)

Las contestaciones se sustentaron en la interpretación de las normas invocadas como afectadas y en referencias sustantivas a fallos de la Corte IDH, así como a decisiones de la CIDH, incluso de su Relatoría para la Libertad de Expresión, a fin de concluir –entre otros aspectos– que el contenido de las libertades de expresión e información

No incluye el derecho de los medios de comunicación a recibir recursos estatales por publicidad. . . y titula al Estado para negar publicidad oficial a todos los medios de comunicación, vedándole únicamente la posibilidad de privar de ésta a algunos en base a criterios discriminatorios. (Congreso de la República, 2018, p. 16)

Intervención de la CIDH

La CIDH forma parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Su labor no se limita a presentar demandas contra los Estados ante la Corte IDH, sino que también interviene, de diversas formas, en cualquier situación relacionada con el respeto y garantía de los derechos fundamentales en la región. Cuenta con una Relatoría para la Libertad de Expresión, que en el marco de sus atribuciones se pronuncia sobre la situación de este derecho en diferentes países.

La CIDH tuvo oportunidad de participar en el proceso de inconstitucionalidad a través de la *Nota Técnica en relación con la Ley 30.793 que regula el gasto de publicidad oficial en el Estado de la República del Perú*, elaborada por el relator para la Libertad de Expresión, Edison Lanza, sobre la base de la información que le fuera proporcionada por el Estado peruano. Esta nota se puso en conocimiento del Tribunal por las vías respectivas⁹, y en ella la Relatoría afirmó lo siguiente:

La Ley aprobada por el Congreso peruano no tiene precedentes en la región por tratarse del primer caso de retiro de la publicidad oficial a todo un sector de los medios de comunicación, en razón de la naturaleza privada de la propiedad, y presenta serios problemas a la luz del marco jurídico interamericano que prohíbe tanto la censura previa, así como los mecanismos o medidas que puedan constituir restricciones indirectas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 10)

9 Toda comunicación de la CIDH y sus órganos es cursada al Estado peruano a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. En el presente caso, el informe elaborado por el relator fue remitido a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, que lo puso en conocimiento del Tribunal el 15 de agosto de 2018.

Esta modalidad de intervención de la CIDH en un proceso de inconstitucionalidad fue una situación singular; en la parte de la sentencia denominada “Antecedentes”, el Tribunal hizo una reseña de la *Nota Técnica*. De esta forma, tuvo a su alcance un análisis sobre la inconventionalidad de la Ley (o sobre “serios problemas a la luz del marco jurídico interamericano” (2018, p. 10) en palabras del relator), elaborado por una instancia especializada en la materia, que se esperaba que fuera tomado como referencia para resolver el fondo de la controversia.

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal no se tomó en consideración el contenido de la *Nota Técnica* de la CIDH al momento de pronunciarse sobre la restricción prevista en la Ley a la libertad de información, aspecto central de la controversia. En la sección sobre la vulneración de la prohibición de establecer medios indirectos contra la libertad de expresión, prevista en el artículo 13, inciso 3 de la CADH, solo se cita la nota de la CIDH para indicar que lo alegado por esta fue analizado en una sección previa sobre la restricción a la libertad de información.

En el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, quien se pronunció declarando infundada la demanda, existe toda una sección dedicada a presentar lo que a su consideración son los alcances del artículo 13, inciso 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero en lugar de tomar en cuenta los argumentos del relator para interpretar dicho artículo, procede a desvirtuarlos.

En consecuencia, el Tribunal no tomó en cuenta para la resolución del caso el análisis efectuado por la CIDH respecto a la Ley, con lo que dejó de lado una fuente de suma importancia para el control de convencionalidad de la norma impugnada.

Audiencia Pública

La audiencia pública del proceso se realizó el viernes 24 de agosto de 2018 en la sede del Tribunal en la ciudad de Arequipa¹⁰, y duró aproximadamente una hora y media¹¹.

En su intervención, el representante del Poder Ejecutivo¹² enfatizó que los argumentos contra la Ley se centraban en la protección del derecho de toda persona a recibir información y de la obligación del Estado de garantizarlo, y solicitó al Tribunal la realización de un control de constitucionalidad y de convencionalidad. Hizo referencia a la *Nota Técnica* elaborada por la CIDH. Asimismo, sobre la base de información proporcionada por diversos sectores del Poder Ejecutivo, ejemplificó de qué manera la Ley había impedido informar a la población sobre determinados aspectos de interés público.

La intervención de los congresistas demandantes¹³ se centró en la coyuntura política que dio lugar a la Ley y el procedimiento parlamentario seguido para su aprobación, por lo que

10 Desde hace varios años, el Tribunal programa las audiencias públicas relacionadas con procesos de inconstitucionalidad en la ciudad de Arequipa. Esto implica que los representantes de ambas partes del proceso, así como todos los magistrados, deban desplazarse a esta ciudad para participar en la audiencia.

11 El video de la audiencia se encuentra disponible en la cuenta del Tribunal Constitucional en YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=uAsbNxlpmfE>. Fecha de consulta: 17 de enero de 2019.

12 En el caso del Poder Ejecutivo, su representación en los procesos de inconstitucionalidad está a cargo del procurador público especializado en Materia Constitucional.

13 Cuando la demanda es interpuesta por congresistas de la República, estos mismos acuden a sustentar la inconstitucionalidad de la ley impugnada. Ello ocurrió en el presente caso, en donde intervinieron los congresistas Gilbert Violeta López y Patricia Donayre Pasquel.

se hizo referencia a la confrontación política existente entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, y se indicó que la Ley consistía en un mecanismo de censura hacia los medios de comunicación y una violación a la libertad de información.

La representación del Congreso de la República, en tanto parte demandada, recayó en el congresista Mauricio Mulder, autor del proyecto que dio lugar a la Ley¹⁴. Por ello, el intercambio de opiniones que se llevó a cabo para la aprobación de la Ley en el Congreso, órgano esencialmente político, se replicó en parte ante el Tribunal, que es un órgano esencialmente jurisdiccional. El congresista Mulder explicó el debate realizado en comisiones respecto al proyecto de ley, refutó que la intención de la norma fuera afectar el trabajo de los medios de comunicación y enfatizó que la misma buscaba garantizar el uso adecuado de los recursos públicos. Hizo referencia a informes de la CIDH relacionados con la publicidad estatal, a fin de enfatizar que no existe un derecho de los medios a recibir este tipo de publicidad. Asimismo, señaló la importancia de los medios de comunicación digitales para la difusión de información estatal.

Solo tres de los seis magistrados del Tribunal presentes en la audiencia formularon preguntas a las partes¹⁵. Ramos Núñez consultó a los congresistas de ambas partes si durante el debate parlamentario hubo deliberación suficiente en torno al contenido de la Ley, y al congresista Mulder sobre las excepciones a la prohibición de contratar publicidad previstas en el artículo 4 de la misma. Sardón de Taboada consultó al representante del Poder Ejecutivo sobre la vigencia de la Ley, y la relación entre el derecho a recibir información y la publicidad estatal¹⁶, mientras que Ledesma Narváez solicitó a la misma parte precisiones adicionales con relación a lo último. No hubo preguntas relacionadas con el control de convencionalidad de la Ley.

Inconstitucionalidad de la Ley por la Forma

La inconstitucionalidad de una ley por la forma se presenta cuando en su procedimiento de elaboración no se siguen las reglas establecidas en la Constitución y el Reglamento del Congreso. A través de su jurisprudencia, el Tribunal ha precisado diversos alcances sobre esta materia¹⁷.

En las dos demandas interpuestas contra la Ley se argumentó que resultaba inconstitucional por razones de forma. En la interpuesta por congresistas de la República, se invocó la violación de los artículos 105 de la Constitución y 78 del Reglamento del Congreso de la República, así como del principio de interdicción de la arbitrariedad. En la demanda del Poder Ejecutivo no se invocó la vulneración de una norma en particular, pues se cuestionó que el procedimiento parlamentario no observara reglas mínimas para aprobar leyes que restringen derechos fundamentales, lo cual afecta el principio de interdicción de la arbitrariedad.

14 Según lo indicado en la audiencia por el relator y el presidente del Tribunal, lo hizo en calidad de abogado.

15 Estuvo ausente el magistrado Miranda Canales.

16 El magistrado Sardón de Taboada formuló también una pregunta al Defensor del Pueblo, Walter Gutiérrez Camacho, que intervino en el proceso en calidad de *amicus curiae*.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0015-2012-PI/TC, de fecha 1 de marzo de 2017 y publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de febrero de 2018. El proceso giró en torno a la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

Ausencia de reglas específicas en el procedimiento parlamentario respecto a leyes que restringen derechos fundamentales

El respeto y la garantía de los derechos fundamentales constituyen la base de un Estado constitucional; sin embargo, la *Constitución Política de 1993* y el Reglamento del Congreso no establecen reglas específicas respecto a las leyes por medio de las que se establecen restricciones a su ejercicio, las cuales se aprueban como cualquier otra ley. En el ordenamiento jurídico peruano, los procesos constitucionales previstos para la tutela de derechos deben ser regulados por ley orgánica¹⁸, pero los derechos que protege no.

Por ello, el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley, que implicaba una restricción a las libertades informativas, resultaba una oportunidad para que el Tribunal establezca reglas relacionadas con el procedimiento parlamentario respecto a leyes que establezcan restricciones o limiten el ejercicio de derechos fundamentales, o, en todo caso, que respecto al caso concreto precise que determinadas omisiones o acciones llevadas a cabo por el Congreso no debieron darse en el ámbito de la aprobación de la Ley, en atención a su contenido. En la demanda del Poder Ejecutivo se expuso este tema de la siguiente manera:

59. Se trata, por lo tanto, de analizar la constitucionalidad del procedimiento parlamentario más allá del formalismo jurídico de revisar las reglas previstas en el Reglamento del Congreso para identificar si se han seguido o no. Corresponde identificar cómo debe darse un procedimiento parlamentario en un Estado Constitucional y Democrático para debatir y aprobar una norma que limita o restringe las libertades de expresión e información. En este sentido, respecto al trámite de los proyectos de ley sobre esta materia deberían observarse las siguientes reglas:

- i. Deben ser analizados por las comisiones ordinarias del Congreso de la República especializadas en materia Constitucional y Derechos Humanos.
- ii. No pueden ser exonerados de debate en comisiones por la Junta de Portavoces.
- iii. Deben ser debatidos y aprobados por el Pleno del Congreso.
- iv. Si el Poder Ejecutivo realiza observaciones de índole constitucional respecto a la Autógrafa de Ley, deben ser analizadas de forma previa por la Comisión de Constitución y Reglamento antes de que el Pleno decida sobre la insistencia o allanamiento. . . .

61. . . . *en tanto el procedimiento parlamentario que se siguió para [la] aprobación y promulgación [de la Ley] no respetó las garantías mínimas que deben ser exigidas en el ámbito parlamentario respecto a las propuestas normativas relacionadas con restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, en particular las libertades de expresión e información, que se derivan de su importancia en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, [se] vulner[ó] de esta forma el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.* (Poder Ejecutivo, 2018, pp. 16-17)

Sin embargo, nada de lo planteado por el Poder Ejecutivo fue evaluado por el Tribunal Constitucional, que se limitó únicamente a analizar si las decisiones del Congreso de la República que dieron lugar a la aprobación de la Ley resultaban contrarias al procedimiento parlamentario previsto en la Constitución y el Reglamento del Congreso¹⁹.

18 Conforme al artículo 200 de la Constitución (1993), “Una ley orgánica regula el ejercicio de [los procesos constitucionales] y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas”.

19 En su fundamento de voto, Espinosa-Saldaña Barrera señaló que la demanda debió declararse fundada respecto

Las libertades de expresión e información como una materia ausente al analizar el procedimiento parlamentario por el cual se aprobó la Ley

La Ley establecía una restricción al derecho de toda persona a recibir información de parte del Estado, por lo que correspondía al Tribunal tomar en cuenta el contenido de la norma y el impacto que generaba en el ejercicio de este derecho, a fin de evaluar el procedimiento parlamentario que concluyó con su aprobación. Sin embargo, ello no ocurrió, pues el Tribunal analizó dicho procedimiento sin considerar la materia a tratar, es decir, analizó la inconstitucionalidad por la forma de la Ley, como si se tratara de cualquier norma ordinaria, sin tomar en cuenta que por medio de la misma se establecía restricciones a derechos fundamentales esenciales para la vigencia de un Estado constitucional y democrático²⁰.

Lo ocurrido en este proceso contrasta de manera significativa con la decisión adoptada en otro, en el cual se alegó la inconstitucionalidad por la forma de una modificación al Reglamento del Congreso mediante la cual se limitaban las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo respecto a la cuestión de confianza y la disolución del Congreso de la República. En dicho caso, conocido y resuelto por los mismos magistrados, para analizar la exoneración de dictamen de comisiones y el déficit de deliberación a nivel parlamentario, el Tribunal hizo referencia de forma expresa al contenido de la norma impugnada, a fin de realizar una valoración sobre su importancia y, a partir de ello, analizar si el procedimiento parlamentario seguido para su aprobación afectaba al artículo 105 de la Constitución. En este sentido, señaló lo siguiente²¹:

El significado de esta disposición constitucional [se refiere al artículo 105 de la Constitución] es aún más relevante cuando lo que es objeto de debate es un asunto de tanta entidad como las relaciones Ejecutivo-Legislativo. En efecto, cuestiones técnicas como la cuestión de confianza, la crisis total del gabinete o la facultad presidencial de disolución del Congreso de la República no se caracterizan únicamente por su complejidad, sino además por su marcada incidencia en la naturaleza de nuestro régimen político al tener un importante impacto en el esquema de los mecanismos para el control del poder.

Ahora bien, es importante recordar que en la jurisprudencia de este Tribunal en distintas oportunidades se han validado distintos acuerdos de la Junta de Portavoces para exonerar del dictamen de la comisión respectiva, y ello ha sido así por el importante margen de deferencia que, en un Estado constitucional, debe gozar el Congreso de la República (Sentencia 00015-2012-PI; Sentencia 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, entre otras). Sin embargo, cuando este mecanismo es empleado con el propósito de efectuar trascendentales reformas que inciden en la esencia misma de nuestra Constitución, debe demandarse un importante nivel de deliberación, aspecto que no se ha advertido en este caso.

Es por ello que, al haberse exonerado al proyecto de resolución legislativa del trámite ante

a los vicios de forma. Al respecto indicó: “18. . . visto en contexto el conjunto de exoneraciones y prisas en el trámite de aprobación del proyecto de ley, tratándose además de un proyecto que tenía una gran repercusión en la difusión de información valiosa, relacionada a la realización de políticas y derechos sociales, lleva a que en el presente caso se constate la existencia de un claro déficit de deliberación, por lo cual la Ley. . . debe ser declarada inconstitucional también en este extremo, y disponerse que se subsane la omisión” (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67798).

20 La excepción a esta posición mayoritaria fue la asumida por Espinosa-Saldaña Barrera, como se aprecia en su fundamento de voto.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0006-2018-PI/TC, de fecha 6 de noviembre de 2018, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 2018. El proceso fue denominado por el Tribunal caso Cuestión de confianza y crisis total del gabinete.

la Comisión de Constitución y Reglamento, se advierte un vicio de inconstitucionalidad radicado en el empleo de un mecanismo de excepción cuando no correspondía en razón de la materia involucrada, lo cual resulta contrario a la finalidad del artículo 105 de la Constitución. (2018c, fundamentos 24-26)

En este fallo, para declarar que la modificación al Reglamento del Congreso resultaba contraria al artículo 105 de la Constitución, el Tribunal valoró la importancia de la materia regulada a través de la norma impugnada y su relevancia en el ámbito del Estado Constitucional, en lo relativo al principio de separación de poderes. Por el contrario, en el caso del proceso contra la Ley, al momento de analizar el mismo asunto no se hizo referencia alguna a la importancia de las libertades de expresión e información como derechos fundamentales en el ámbito de un Estado Constitucional, para el fortalecimiento de la democracia.

Determinación de la comisión del Congreso que debió analizar el Proyecto de Ley

Los proyectos de ley que se presentan en el Congreso de la República son derivados a las comisiones ordinarias para su revisión y análisis. La Constitución de 1993 no contiene regla alguna sobre a qué comisiones deben ser derivados. El artículo 77 del Reglamento del Congreso establece que al respecto debe observarse el criterio de la especialización. En la práctica parlamentaria, a partir del contenido del proyecto se determina a qué comisión o comisiones estos son derivados. Sobre la base de estas premisas, cuando un proyecto de ley presenta un contenido que podría implicar un límite al ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, este debería ser enviado a la Comisión de Constitución y Reglamento, para que se analice si la propuesta es compatible con las normas constitucionales y los tratados sobre derechos humanos.

En la demanda del Poder Ejecutivo se invocó, como un caso de inconstitucionalidad por razones de forma, que el proyecto de ley debió ser conocido por la Comisión de Constitución y Reglamento, en tanto la propuesta legislativa establecía una restricción a derechos fundamentales como las libertades de expresión e información. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó este argumento y consideró compatible con el ordenamiento constitucional que la propuesta legislativa fuera derivada a la Comisión de Transporte y Comunicaciones. En este sentido señaló lo siguiente:

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. (2018, p. 67783)

Se evidencia, en consecuencia, que al analizar este tema el Tribunal no consideró a la Ley como una norma que restringía derechos fundamentales, sino como una medida que regulaba la publicidad estatal a través de medios que brindan el servicio de comunicaciones. De haber asumido el enfoque aquí propuesto, otra podría haber sido su respuesta.

Exoneraciones aprobadas por la Junta de Portavoces

La Junta de Portavoces es un órgano del Congreso de la República que, como su nombre lo indica, se encuentra conformado por los portavoces de los grupos parlamentarios. Su labor consiste en agilizar el trabajo parlamentario mediante la toma de una serie de decisiones. Sus atribuciones se encuentran previstas en el Reglamento del Congreso. Sobre este órgano, Delgado-Guembes afirma lo siguiente:

Recibe el nombre de Junta de Portavoces un órgano. . . cuya misión fundamental es agilizar el funcionamiento del Pleno. . . .

El modo específico en que la agilización se lleva a cabo es mediante la coordinación de los consensos entre los voceros representantes de los grupos parlamentarios. No siendo una instancia de paso obligado, como sí lo es el Consejo Directivo, su papel es expeditar o facilitar la celeridad de los procesos parlamentarios mediante la interconsulta que se produce entre quienes tienen capacidad de vincular colectivamente a los grupos parlamentarios de los que son voceros. . . .

El origen de la Junta de Portavoces en el régimen parlamentario peruano es consecuencia de una serie de ensayos inconclusos y poco sistemáticos, en los que se busca el punto de coordinación plural de todas las fuerzas políticas que faciliten la programación de la actividad parlamentaria, simplificando a su vez los mecanismos de toma de decisiones a cargo del Pleno. (2012, p. 124)

De acuerdo con el artículo 78 del Reglamento del Congreso, la Junta de Portavoces puede acordar exonerar un proyecto de ley del dictamen de comisiones, así como determinar que un dictamen pueda ser visto por el Pleno del Congreso sin observar el requisito de su publicación en el portal institucional siete días antes. En la práctica parlamentaria se aplican estas excepciones por acuerdo de la Junta de Portavoces respecto a diversos proyectos de ley y dictámenes de comisiones.

En la demanda planteada por congresistas de la República se alegó que la Junta de Portavoces no puede aprobar estas excepciones de manera discrecional, sino que estas deben estar debidamente justificadas, y concordar con el principio de interdicción de la arbitrariedad y de democracia deliberativa. En el caso del Poder Ejecutivo, se cuestionó que la Junta de Portavoces pudiera aprobar dichas excepciones respecto a proyectos que establecen restricciones a las libertades de expresión e información. En su sentencia, el Tribunal se pronunció sobre el tema, pero considerando lo invocado por los congresistas, es decir, analizando solo si la decisión de la Junta afectó el proceso deliberativo:

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. (Tribunal Constitucional, 2018, pp. 67782-67783)

En ese sentido, el Tribunal no se pronunció sobre si una norma que establece restricciones a derechos fundamentales puede ser exonerada del dictamen de comisiones. De haberlo hecho, podría haber establecido una garantía a su favor.

Ausencia de debate y aprobación por el Pleno del Congreso

En la demanda del Poder Ejecutivo se planteó que el proyecto que dio lugar a la Ley debió ser debatido en el Pleno del Congreso y no en la Comisión Permanente, en atención a su contenido, relacionado con restricciones a derechos fundamentales como las libertades de expresión e información. El objetivo de este planteamiento era que el Tribunal estableciera como regla que las normas que limitan derechos fundamentales deben ser debatidas y aprobadas siempre por el Pleno del Congreso. Al pronunciarse sobre este tema, el Tribunal acudió a la norma constitucional que señala las competencias de la Comisión Permanente, en particular la disposición sobre las materias que no pueden ser de su conocimiento a nivel legislativo²². Luego de invocar tales normas, concluyó lo siguiente:

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. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67781)

Nuevamente aquí se aprecia que el Tribunal no hace referencia a la importancia de la materia a tratar como un elemento a considerar para el análisis sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, pues se limita a verificar lo que dicta la Constitución respecto a los proyectos de ley sobre los cuales puede pronunciarse la Comisión Permanente.

Luego de dar esta breve respuesta al planteamiento del Poder Ejecutivo sobre la necesidad de que el proyecto fuera debatido por el Pleno del Congreso, el Tribunal procedió a analizar una materia que no fue planteada por los demandantes, relacionada con el tiempo de intervención de los congresistas (plazo del debate), tanto en la Comisión Permanente, respecto al proyecto de ley, como en el Pleno, respecto a las observaciones formuladas por el presidente de la República. Con relación a este punto, consideró que “al no existir un vicio en el debate que afecte la constitucionalidad de la ley impugnada, y por ende [sic] deben desestimarse las demandas en este aspecto” (fundamento jurídico 26). La parte final llama la atención, pues como se indicó, el tema del vicio en el debate no fue formulado en ninguna de las demandas²³.

22 En la Constitución Política de 1993 se establece que la Comisión Permanente ejerce la delegación de facultades que el Congreso le otorgue, y se señala que no pueden serle delegadas “materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República” (art. 101, inciso 4).

23 En el fundamento jurídico 14 de la sentencia, al resumir los argumentos de las demandas por vicios de forma, el Tribunal señala que en estas se invocó que la ley “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” (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67781). Aquí se evidenciaría el error del Tribunal, por cuanto la objeción no era que la norma debió ser debatida ampliamente en el Pleno, sino que debió ser debatida en este órgano y no en la Comisión Permanente. Esta referencia al “debate amplio” es lo que tal vez explica por qué el Tribunal procedió a analizar el tiempo de debate y de las intervenciones de los congresistas.

Observaciones del Poder Ejecutivo sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la autógrafa de Ley aprobada por el Congreso

En el procedimiento de elaboración de las leyes, también interviene el Poder Ejecutivo. Conforme al artículo 108 de la Constitución, la autógrafa de ley aprobada por el Congreso es remitida al presidente de la República, que puede decidir promulgar la ley o formular observaciones. También puede dejar pasar el plazo de 15 días sin tomar una decisión al respecto, caso en el cual la promulgación la realiza el presidente del Congreso o, de ser el caso, el de la Comisión Permanente.

Respecto a la autógrafa de la Ley, el presidente de la República formuló observaciones sobre su inconstitucionalidad e inconvencionalidad, en particular algunas relacionadas con la afectación de derechos fundamentales. En atención al contenido de tales observaciones, en la demanda ante el Tribunal se alegó que debieron ser remitidas a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, y no por la Comisión de Transportes y Comunicaciones, a la cual fueron derivadas las observaciones, por cuanto fue la comisión que originalmente debatió el proyecto de ley (aunque finalmente no emitió dictamen alguno, pues el proyecto fue exonerado del mismo por acuerdo de la Junta de Portavoces).

Este tema fue analizado por el Tribunal en un solo párrafo de la sentencia, sin hacer referencia al contenido de las observaciones del Poder Ejecutivo ni a la materia que regulaba la ley:

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 [de Transportes y Comunicaciones], 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 [sic] por los congresistas, quienes, pese a las objeciones, decidieron insistir en su propuesta. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67783)

Llama la atención que el Tribunal haya abordado este tema en la sección de su fallo sobre “la determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley” (2018, p. 67783). Esto refleja que se abordó el tema del procedimiento de dictamen de los proyectos de ley sin distinguirlo del trámite de las observaciones presidenciales por razones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, lo que permite entender el poco análisis que se dedicó a estas últimas, a las cuales aplicó su análisis sobre los dictámenes de los proyectos de ley.

En ese sentido, se perdió la oportunidad de que el Tribunal establezca que las observaciones del Poder Ejecutivo sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las normas que limitan derechos fundamentales, como las libertades de expresión e información, deben ser conocidas por la comisión del Congreso especializada en materia constitucional y de derechos fundamentales, la Comisión de Constitución y Reglamento, y no por cualquier otra comisión ordinaria. Se trata de una materia que, al igual que las anteriores, debería en todo caso precisarse en el Reglamento del Congreso de la República como una medida que garantiza los derechos fundamentales en el ámbito del procedimiento parlamentario de elaboración de las leyes.

Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por el Fondo

Restricciones a la libertad de información

Las demandas interpuestas contra la Ley se sustentaban en que, al prohibir la contratación de publicidad estatal en medios de comunicación privados, se establecía una restricción a la libertad de información. La diferencia estuvo en que la demanda presentada por congresistas planteaba para la resolución de la controversia la aplicación del test de proporcionalidad, afirmando que no superaba el test o examen de necesidad²⁴. En la demanda del Poder Ejecutivo, se invocó que la Ley era contraria a la libertad de información “al haberse establecido una restricción sin sustento o justificación de índole constitucional o convencional” (2018, p. 18), tomando como referencia principalmente el artículo 13, inciso 2, de la CADH, que establece los supuestos en los cuales se puede sustentar una restricción a dicho derecho²⁵.

Sin embargo, el Tribunal no optó por acudir a la CADH para a partir de sus disposiciones realizar el análisis sobre si existía una restricción legal contraria al ejercicio del derecho a recibir información por parte de las entidades estatales. Su opción fue más bien aplicar el test de proporcionalidad, lo cual lo llevó, en primer lugar, a determinar el contenido del derecho restringido, para luego analizar la idoneidad y necesidad de la medida restrictiva. Al analizar la idoneidad, concluyó que el objetivo de la norma era reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad:

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. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67787)

Al respecto, debe observarse que en los casos de restricciones a derechos fundamentales, corresponde al órgano emisor de la norma que los restringe argumentar cuáles son el objetivo de la restricción y su sustento constitucional. Como lo indica el Tribunal, ello no ocurrió, lo cual hubiera sido suficiente para declarar fundada la demanda y expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Pero el Tribunal sustituyó al Congreso en esta labor e identificó que el fundamento constitucional de la Ley se encontraba en el artículo 77 de la Constitución vigente. A partir de ello procedió a evaluar la relación entre la medida restrictiva del derecho y su finalidad constitucional:

24 En la contestación de la demanda presentada por congresistas, el Congreso indicó que en el caso concreto no correspondía aplicar el test de proporcionalidad, dado que ninguno de los derechos invocados había sido afectado por la Ley en su contenido “constitucional y convencionalmente protegido” (Congreso de la República, 2018, p. 41).

25 Esta norma de la CADH señala lo siguiente: “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”.

120. Queda por determinar si es que existe una relación entre el medio y la finalidad perseguida. Es decir, se debe responder a la pregunta de si las medidas propuestas en la ley cuestionada realmente pueden cumplir con tal finalidad. Este Tribunal entiende que sí, pues con la prohibición absoluta de contratación por parte del Estado en medios de comunicación privados se ha reducido la posibilidad de arbitrariedad, discrecionalidad e ineficiencia en el gasto público en publicidad. Por lo tanto se verifica una relación de medio-fin en la medida normativa impugnada. (Tribunal Constitucional, 2018b, p. 67787)

Luego de verificar la idoneidad de la medida, el Tribunal continuó con los pasos del test de proporcionalidad para analizar la necesidad de la misma, es decir, si para alcanzar el objetivo constitucional identificado por el propio Tribunal era posible aplicar otra medida, que no implicase la prohibición establecida en la Ley. El Tribunal concluyó en sentido afirmativo:

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 [el Congreso], 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. (Tribunal Constitucional, 2018b, p. 67788)

En este sentido, el Tribunal consideró que la prohibición prevista en la Ley no era necesaria para alcanzar su objetivo constitucional, por lo que concluyó su análisis sobre la base del test de proporcionalidad y declaró inconstitucionales sus artículos 1 y 3²⁶.

Derecho a la igualdad

En la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo se planteó que la Ley afectaba el derecho a la igualdad, respecto al derecho de recibir información, por cuanto ante la prohibición de contratación de publicidad estatal en medios de comunicación privados (art. 3), disponía que el Estado debía difundir información sobre sus actividades por medio de las redes sociales (art. 2), lo que implicaba que “quienes no puedan acceder a estos medios, por diversas razones, se encuentren en una situación diferente y de desventaja en comparación con aquellas personas que sí pueden acceder a tales medios de difusión de información” (Poder Ejecutivo, 2018, p. 20). Para sustentar esta afirmación se hizo referencia a información estadística sobre el acceso de la población a Internet.

El Tribunal no analizó este planteamiento. Los límites del alcance de las redes sociales fueron tomados en cuenta, así como los de los medios de comunicación del Estado, al momento de analizar si la Ley implicaba una intervención en el contenido del derecho a recibir información, como paso previo a la aplicación del test de proporcionalidad. Sin perjuicio de advertirse esta omisión, debe indicarse que el Tribunal reconoció que ambas vías presentaban

26 En su fundamento de voto, Sardón de Taboada señaló que “la ley es inconstitucional no tanto porque vulnere la libertad de información –un derecho de conceptualización elusiva–, sino porque compromete el cumplimiento eficaz de las responsabilidades que [el artículo 44 de] la Constitución le asigna al Estado” (Tribunal Constitucional, 2018).

alcance limitado para informar a la población sobre temas de interés público (fundamento jurídico 104).

Medios indirectos que limitan la circulación de información

Sobre la base de las decisiones emitidas por la Corte IDH y la CIDH, en las demandas se planteó que la Ley vulneraba el siguiente artículo de la CADH:

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. (1969, art. 3)

Se trataba de otra oportunidad para que a través del proceso de inconstitucionalidad el Tribunal realizara un control de convencionalidad de la prohibición de publicidad estatal en medios de comunicación privados, a partir del análisis de los fundamentos expuestos por los autores de la propuesta legislativa que dio lugar a la Ley. En este sentido, en la demanda del Poder Ejecutivo se indicó lo siguiente:

81. . . . la libertad de expresión se ve afectada cuando por medios o vías indirectos se impide la circulación de información, por lo que toda norma u otro tipo de medida relacionada con este derecho debe ser analizada desde esta perspectiva, a fin de identificar si genera dicho efecto.

82. Como se ha indicado, de los fundamentos del proyecto de ley y la defensa del mismo durante el debate parlamentario, se aprecia que el objetivo de la Ley es establecer una medida contraria a los medios de comunicación privados, por la manera en que informan sobre las actividades estatales, mediante la prohibición de destinar fondos públicos para que el Estado pueda contratar con ellos la difusión de publicidad estatal. Por ello, el artículo 3 de la Ley constituye una manera indirecta de restringir la libertad de expresión, prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Poder Ejecutivo, 2018, p. 21)

Con relación a dicho tema, el Tribunal desestimó la demanda, por cuanto consideró que si “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” (fundamento jurídico 174).

Al respecto, debe observarse que el artículo 13, inciso 3, de la CADH no se relaciona con derechos de los medios de comunicación, sino con las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 13, inciso 1 del mismo documento. En este sentido, la premisa del Tribunal para resolver esta controversia —la no existencia de un derecho de los medios a financiamiento estatal— no fue la correcta. Parte de este error se evidencia en el hecho que el Tribunal no centra el marco de control convencional en el artículo 13, inciso 3, sino en la libertad de expresión en general, a pesar de tratarse de un derecho que tiene garantías específicas con un contenido propio, que han sido desarrolladas ampliamente por los órganos del sistema interamericano, a los cuales tampoco hace referencia²⁷.

27 El Tribunal cita el texto completo del artículo 13 de la CADH (fundamento jurídico 170), sin detenerse de

En el caso concreto, correspondía al Tribunal analizar la convencionalidad de la Ley, a efectos de evaluar si podía ser considerada como un mecanismo indirecto para la circulación de información, que es a lo que se refiere el artículo 13, inciso 3, de la CADH. A pesar de esta omisión concluyó –de forma general y sin citar fuentes– que “no nota este Tribunal que, con ocasión de la ley, se haya adoptado medidas para silenciar [a los medios de comunicación]” (fundamento jurídico 174). Para el Tribunal,

175. . . . 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 permita. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67790)

Si bien el Tribunal reconoce que una situación de latente inconstitucionalidad se puede presentar en el caso de una ley que prohíba la publicidad estatal en medios privados, que era lo que establecía la Ley, no aplica esta premisa al caso, por cuanto no advierte que la misma, analizada en abstracto, sea “generadora de una eventual censura a los medios de comunicación” (fundamento jurídico 176).

En conclusión, el Tribunal no realizó un control de convencionalidad sobre la compatibilidad de la Ley con el artículo 13, inciso 3, de la CADH. Analizando el tema como si se hubiera invocado la defensa de un derecho de los medios de comunicación a recibir financiamiento estatal, desestimó este extremo de la demanda, a la vez que indicó que la Ley no generaba una censura hacia los medios de comunicación, sin tomar en cuenta la coyuntura política que dio origen a la norma, ampliamente expuesta por las partes y los propios medios de comunicación durante el desarrollo del proceso.

Libertad de contratación

En la demanda del Poder Ejecutivo se alegó que la prohibición de contratar publicidad estatal en los medios de comunicación privados, conducta a su vez calificada por la misma Ley como un delito, vulneraba el artículo 2, inciso 14, de la Constitución vigente, que reconoce el derecho de toda persona a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Luego de exponer los alcances de su jurisprudencia sobre la libertad de contratar, el Tribunal acogió el planteamiento formulado en la demanda y señaló que “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” (fundamento jurídico 192). Después de mencionar alcances legales sobre 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”

modo particular a analizar el alcance del inciso 3, que fue el invocado en la demanda. Asimismo, hace referencia a la Nota Técnica elaborada sobre la Ley por la CIDH (fundamento jurídico 173), pero indica que lo planteado por este órgano fue analizado en la sección previa sobre si la Ley establecía una restricción compatible con los derechos fundamentales. Finalmente, cita en el fundamento jurídico 177 uno de los principios de la CIDH en materia de publicidad estatal.

(fundamento jurídico 193) –tema ajeno a la controversia–, el Tribunal volvió al asunto de fondo para señalar lo siguiente:

contratar publicidad con el Estado no puede ser considerado ilícito, por cuanto tal acción es necesaria para tutelar otros derechos fundamentales, [por lo que] el artículo 3 de la ley impugnada constituye una limitación injustificada al derecho a la libertad de contratación. (fundamento jurídico 199)

A pesar de referirse a la medida establecida en la Ley como un límite a un derecho fundamental, no aplica el test de proporcionalidad, por lo que resuelve la controversia respecto a la libertad de contratar de una manera más directa.

Principio de legalidad en materia penal

El artículo 3 de la Ley establecía que la conducta de los funcionarios de contratar publicidad estatal en medios privados de comunicación debía ser considerada delito de malversación. En la demanda del Poder Ejecutivo se señaló que esta norma vulneraba el principio de legalidad reconocido por la Constitución y la CADH, de acuerdo con el contenido amplio de dicho principio que se deriva de la jurisprudencia de la Corte IDH, en el sentido de que no puede sancionarse penalmente aquellas conductas que constituyen una manifestación de las obligaciones del Estado a favor del ejercicio de los derechos fundamentales²⁸. En este sentido, en la demanda se indicó lo siguiente:

87. A través de su jurisprudencia, la Corte IDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre leyes que sancionaban penalmente determinadas conductas, que lejos de constituir actos contrarios a bienes jurídicos penales, son la manifestación de actos promovidos por el ordenamiento jurídico, razón por la cual no pueden ser tipificadas como delitos. . . .

89. Sobre la base de estas premisas jurisprudenciales, queda claro que el Estado no puede establecer como un delito una conducta que al mismo tiempo ordena o fomenta. En este sentido. . . la contratación de publicidad estatal en medios privados forma parte de las obligaciones del Estado para garantizar el derecho de las personas a recibir información. Por lo tanto, al ser una conducta por medio de la cual los funcionarios concretan las obligaciones relacionadas con este derecho, no puede la misma ser considerada como un delito, por lo que el artículo 3 de la Ley, en el extremo que califica como “delito de malversación” la conducta de los funcionarios de contratar publicidad estatal en medios privados, resulta contraria al principio de legalidad reconocido en la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Poder Ejecutivo, 2018, pp. 22-23)

28 En la demanda se citó la sentencia de la Corte IDH emitida en el caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, de fecha 21 de octubre de 2016. En dicho fallo, el tribunal supranacional se pronunció sobre un caso en que se sancionó penalmente a una persona por haber realizado actos propios de su profesión médica. El Estado peruano fue sancionado por haber vulnerado el principio de legalidad. En el fundamento 256 de la sentencia, la Corte IDH señaló lo siguiente: “La actividad médica terapéutica o curativa es fomentada y promovida por el derecho, e incluso en ciertas circunstancias ordenada, de modo que no puede estar prohibida, en función de la no contradicción del orden jurídico impuesta por la racionalidad de los actos de poder en todo Estado de derecho. Por ende, el orden jurídico no puede incurrir en la contradicción de prohibir una acción que al mismo tiempo ordena o fomenta [énfasis añadido]. De lo expuesto se desprende que jamás puede considerarse incurso en una asociación ilícita quien acuerda únicamente practicar actos de curación que, como tales, el propio derecho los deja fuera del ámbito de prohibición de cualquiera otra norma del orden jurídico”.

El objetivo de este planteamiento era que el Tribunal recogiera la jurisprudencia de la Corte IDH a fin de ampliar el contenido del principio de legalidad. Lo hizo parcialmente, aunque sin mencionarla.

En su sentencia, el Tribunal señaló lo siguiente:

213. ... 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. (2018, p. 67792)

Para concluir que en la presente controversia existió una vulneración al principio de legalidad, el Tribunal estimó que era necesario, además, examinar el contenido de lo prohibido por la Ley, el cual fue calificado como indeterminado. A partir del análisis conjunto de ambos aspectos, se pronunció por la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley:

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. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67792)

El Tribunal pudo llegar a determinar la violación del principio de legalidad sin necesidad de acudir al análisis sobre la indeterminación de la conducta prevista en la Ley y sancionada penalmente, siguiendo la tendencia de la Corte IDH, cuyos fallos sobre la materia, por lo demás, no los mencionan, a pesar de haber sido expuestos en la demanda. El siguiente fundamento de la sentencia hubiera sido suficiente para resolver la controversia de forma más directa:

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. (Tribunal Constitucional, 2018, pp. 67792-67793)

En atención a lo expuesto, se aprecia la ausencia de un control de convencionalidad adecuado por parte del Tribunal.

Contenido de los Decretos de Urgencia

En la Ley se establecía excepciones respecto a la prohibición de contratar publicidad estatal en medios de comunicación privados. En este sentido, disponía que “se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declaradas por decretos de urgencia” (2018, art. 4).

En la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo se alegó que esta norma resultaba inconstitucional “no solo por su relación, en la modalidad de excepción, con la prohibición prevista en el artículo 3 [de la Ley], sino también porque establece que los decretos de urgencia

puedan ser empleados con una finalidad diferente a la prevista en la Constitución de 1993” (Poder Ejecutivo, 2018, pp. 23-24). El planteamiento del Gobierno implicaba una defensa de su competencia constitucional para emitir decretos de urgencia únicamente en materia económica y financiera, y no para decretar desastres o emergencias nacionales.

El Tribunal Constitucional estimó los argumentos expuestos por el Poder Ejecutivo, al considerar lo siguiente:

236. . . . [l]os 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. (2018, p. 67793)

Acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, y consiste en la facultad de toda persona para acceder a la información que se encuentre en las entidades estatales, salvo las excepciones previstas por ley. Sobre este derecho existe amplia jurisprudencia del Tribunal en cuanto a sus alcances y el Código Procesal Constitucional lo delimita de manera clara que comprende el derecho de toda persona a

Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material. (2004, art. 61, inciso 1)

En la demanda formulada por congresistas de la República se invocó que la Ley resultaba contraria al derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, su contenido no guardaba relación con este derecho. Así también lo entendió el Tribunal, que desestimó este planteamiento en los fundamentos jurídicos 144 a 153 de la sentencia. Según se deduce del fallo (fundamento jurídico 152), los congresistas habrían expuesto argumentos relacionados con la libertad de información invocando también el derecho de acceso a la información pública.

Derecho a la participación

En la demanda presentada por congresistas de la República se invocó que la Ley vulneraba el derecho a la participación política. Luego de citar normas constitucionales y legales sobre este derecho, el Tribunal desestimó los alegatos sobre este tema:

164. . . . [a]unque en muchas oportunidades el derecho a la información y a la participación política se activan y complementan conjuntamente, . . . 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. (2018, p. 67789)

Conclusiones

A partir de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional desde el año 2001, la revisión de sus fallos forma parte de la metodología de enseñanza en los cursos universitarios sobre derechos fundamentales. Sin embargo, corresponde pasar de la revisión y estudio de sentencias a la de los procesos constitucionales en su integridad, junto con la coyuntura alrededor de la emisión de la norma objeto de control, pues solo de esa manera se podrá comprender los alcances de la norma impugnada y las diversas posiciones en torno a su inconstitucionalidad e inconventionalidad, a fin de contar con un panorama completo de la controversia, e identificar los aciertos, errores y omisiones en los que haya podido incurrir la instancia jurisdiccional competente al resolverla.

En el caso de la Ley 30793, que prohibió la publicidad estatal en los medios de comunicación privados, su origen se relaciona con las críticas al Poder Ejecutivo por la forma en que se usaban los recursos públicos en materia de publicidad, y fue emitida en una situación de tensiones políticas con el Congreso de la República.

La norma fue aprobada sin haberse analizado su compatibilidad con el derecho de toda persona a recibir información por parte del Estado, es decir, sin haberse realizado un control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre su contenido. Por ello, las demandas interpuestas contra la Ley centraron sus argumentos de forma y fondo en la necesidad de analizarla a partir de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales.

En las demandas interpuestas por congresistas de la República y el Poder Ejecutivo, en los alegatos de defensa de la norma por parte del Congreso, así como en la audiencia pública, se hizo referencia a la necesidad de realizar, en cuanto al contenido de la Ley, un control de convencionalidad, invocándose para tal efecto la CADH, y diversos pronunciamientos de la Corte IDH y la CIDH. Esta última, incluso, participó mediante la *Nota Técnica en relación con la Ley 30.793 que regula el gasto de publicidad oficial en el Estado de la República del Perú*. A pesar de ello, el Tribunal no realizó un control de convencionalidad, y optó por otros métodos—como el test de proporcionalidad— para resolver la controversia. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución no fue aplicada por el Tribunal.

En cuanto a la inconstitucionalidad por razones de forma, el Tribunal desestimó las demandas, con lo que dejó de lado la oportunidad para establecer reglas a observar en el procedimiento parlamentario respecto a la emisión de leyes que establezcan límites irrazonables o desproporcionados al ejercicio de los derechos fundamentales, en particular de las libertades de expresión e información, considerados como esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de un Estado Constitucional y Democrático.

REFERENCIAS

- Código Procesal Constitucional*. (2004). Lima, Perú.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Nota Técnica en relación con la Ley 30.793 que regula el gasto de publicidad oficial en el Estado de la República del Perú*. r. *Constitución política del Perú*. (1993, 29 de diciembre). Lima, Perú.
- Convención americana sobre derechos humanos*. (1969). San José, Costa Rica.
- Congreso de la República. (2018). *Contestación de demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793. Expediente 0012-2018-PI/TC*. Lima, Perú.
- Delgado-Guembes, C. (2012). *Manual del Parlamento: Introducción al estudio del Congreso peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.
- Ley 30793, Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano. (2018, 18 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Poder Ejecutivo. (2018). *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793*. Lima, Perú.
- Proyecto de Ley 2133/2017-CR, Proyecto de Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano*. (2017). Lima, Perú.
- Tribunal Constitucional. (2018a, 27 de junio). *Proceso de inconstitucionalidad. Expediente 0013-2018-PI/TC. Auto del Tribunal Constitucional. Caso de la Ley que Regula el Gasto de Publicidad Estatal*. Poder Ejecutivo y Congreso de la República.
- Tribunal Constitucional. (2018b, 24 de octubre). Proceso de inconstitucionalidad. Pleno Jurisdiccional. Expedientes 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC (Acumulados). Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2018. Caso de la Ley que Regula el Gasto de Publicidad Estatal. Poder Ejecutivo y Congresistas c. Congreso de la República. *El Peruano* (separata Procesos Constitucionales), 67775-67806.
- Tribunal Constitucional. (2018c, 19 de noviembre). Expediente 0006-2018-PI/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 2018. Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete. Congresistas de la República. *El Peruano* (separata Procesos Constitucionales), 68279-68302.