

Puestos de la Entidad – CPE”, aprobada con Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 304-2015-SERVIR-PE, y modificada con Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 057-2016-SERVIR-PE, el CAP Provisional es el documento de gestión institucional de carácter temporal que contiene los cargos definidos y aprobados por la entidad, sobre la base de su estructura orgánica vigente prevista en su Reglamento de Organización y Funciones; cuya finalidad es viabilizar la operación de las entidades públicas durante el período de transición del sector público al régimen del servicio civil previsto en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil;

Que, el numeral 5 del Anexo 4 de la precitada Directiva dispone que el reordenamiento de cargos del CAP Provisional es el procedimiento mediante el cual se pueden realizar los siguientes ajustes: a) Cambios en los campos: “n° de orden”, “cargo estructural”, “código”, “clasificador”, “situación del cargo” y “cargo de confianza”, y b) Otras acciones de administración del CAP Provisional que no incidan en un incremento del presupuesto de la entidad; estableciendo además, que el reordenamiento de cargos no requerirá de un nuevo proceso de aprobación del CAP Provisional, y podrá aprobarse mediante resolución o dispositivo legal que corresponda al titular de la entidad, previo informe de la oficina de recursos humanos o el que haga sus veces, con el visto bueno de la oficina de racionalización, o quien haga sus veces;

Que, a través del Memorando N° 900276-2018-SG/MC de fecha 19 de octubre de 2018, la Secretaría General solicita a la Oficina General de Recursos Humanos, evaluar la posibilidad de asignar la condición de Directivo Superior de Libre Designación y Remoción al puesto de Director de Sistema Administrativo III de la Oficina de Presupuesto del Ministerio de Cultura;

Que, en ese marco, mediante el Memorando N° 902248-2018/OGRH/SO/MC de fecha 19 de octubre de 2018, la Oficina General de Recursos Humanos remite el Informe N° 900220-2018-JNS/OGRH/SO/MC, el cual hace suyo, donde se señala que con la finalidad de satisfacer necesidades institucionales inmediatas, específicas y coyunturales, se propone retirar la condición de Directivo Superior de Libre Designación y Remoción al cargo estructural Director de Programa Sectorial II de la Sub Dirección de Patrimonio Cultural, Industrias Culturales e Interculturalidad de la Dirección Desconcentrada de Cultura de Tacna, y asignarla al cargo estructural Director de Sistema Administrativo III de la Oficina de Presupuesto de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto;

Que, en ese sentido, dicha Oficina General propone el reordenamiento de cargos del CAP Provisional del Ministerio de Cultura, a fin de modificar el campo “cargo de confianza” de los dos precitados cargos estructurales, manteniéndose la misma cantidad de cargos estructurales del CAP Provisional vigente, precisando que dicha acción no irroga incremento presupuestal alguno para la entidad;

Que, por su parte, con Memorando N° 900471-2018/OGPP/SO/MC de fecha 23 de octubre de 2018, la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto emite opinión técnica favorable a la propuesta formulada por la Oficina General de Recursos Humanos, la misma que se sustenta en la opinión otorgada por la Oficina de Organización y Modernización, a través del Informe N° 900103-2018/OOM/OGPP/SO/MC;

De conformidad con la Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura; su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC; y, la Directiva N° 002-2015-SERVIR/GDSRH “Normas para la gestión del proceso de administración de puestos, y elaboración y aprobación del Cuadro de Puestos de la Entidad – CPE”, aprobada mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 304-2015-SERVIR-PE, modificada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 057-2016-SERVIR-PE;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar el reordenamiento de cargos del Cuadro para Asignación de Personal Provisional – CAP Provisional del Ministerio de Cultura, aprobado por Resolución Ministerial N° 204-2017-MC, reordenado con Resoluciones Ministeriales N° 506-2017-MC y N° 306-

2018-MC, conforme al Anexo que forma parte integrante de la presente resolución.

Artículo 2.- Disponer la publicación de la presente resolución y su Anexo en el portal institucional del Ministerio de Cultura (www.cultura.gob.pe), y en el portal del estado Peruano (www.peru.gob.pe), en la misma fecha de publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PATRICIA BALBUENA PALACIOS
Ministra de Cultura

1707233-1

ECONOMIA Y FINANZAS

Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

DECRETO SUPREMO
N° 240-2018-EF

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se aprobó el nuevo marco institucional y los procesos para el desarrollo de proyectos de inversión bajo las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos, con el objeto de mejorar y consolidar el marco normativo que regula el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, a fin de facilitar, promover y dotar de mayor predictibilidad a la adjudicación de proyectos de inversión que contribuyan con la recuperación de la economía y optimicen el funcionamiento del mencionado Sistema;

Que, con el fin de implementar el nuevo marco normativo aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, resulta necesario aprobar las disposiciones reglamentarias para la aplicación de dicho Decreto Legislativo;

Que, la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362 dispone que el Reglamento se aprueba por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, en un plazo no mayor a noventa (90) días calendario posteriores a su publicación;

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, el inciso 3 del artículo 11 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos;

DECRETA:

Artículo 1. Aprobación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

Apruébase el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, el cual consta de siete (07) títulos, ciento cuarenta y siete (147) artículos, doce (12) disposiciones complementarias finales y tres (03) disposiciones complementarias transitorias.

Artículo 2. Refrendo

El Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA
DEROGATORIA****ÚNICA. Derogación de normas**

Derógase el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CARLOS OLIVA NEYRA
Ministro de Economía y Finanzas

**REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO
N° 1362, DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA LA
PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA MEDIANTE
ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y PROYECTOS
EN ACTIVOS****TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES****Artículo 1. Objeto**

El presente Reglamento tiene por objeto dictar las disposiciones reglamentarias para la aplicación del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

De acuerdo con lo señalado en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, lo dispuesto en el presente Reglamento, así como las normas complementarias del SNPIP, son de aplicación a todas las entidades públicas pertenecientes al Sector Público No Financiero que desarrollen proyectos de APP y PA.

Artículo 3. Aplicación de los principios

3.1 Los principios señalados en el artículo 4 de la Ley se aplican a todas las fases del desarrollo de los proyectos en APP y PA, según correspondan.

3.2 Para la aplicación del principio de Enfoque de resultados, el órgano competente de la entidad pública sustenta técnica, económica, financiera y/o legalmente sus decisiones. Los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar dichas decisiones por el solo hecho de tener una opinión distinta, de conformidad con lo establecido en artículo 11 de la Ley, así como con la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

3.3 El principio de Valor por dinero tiene como objeto la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad de los servicios ofrecidos a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de riesgos en todas las fases del proyecto de APP. La generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APP es responsabilidad del OPIP o de la entidad pública titular del proyecto y puede darse de manera no limitativa al momento de:

1. Priorizar los proyectos que promuevan la disponibilidad de la infraestructura o servicios relacionados al proyecto.

2. Seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto, teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad.

3. Identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.

4. Asegurar las condiciones de competencia, a través de un Proceso de Promoción transparente, garantizando la igualdad de condiciones entre todos los participantes.

5. Establecer mecanismos de pago vinculados a la prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

Artículo 4. Acrónimos

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se tienen en cuenta los siguientes acrónimos:

1. **APP:** Asociación Público Privada o Asociaciones Público Privadas.
2. **CPIP:** Comité de Promoción de la Inversión Privada.
3. **CTI:** Costo Total de Inversión.
4. **CTP:** Costo Total del Proyecto.
5. **DGPPIP:** Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.
6. **DI:** Declaratoria de Interés.
7. **EESI:** Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión.
8. **IE:** Informe de Evaluación.
9. **IEI:** Informe de Evaluación Integrado.
10. **IGV:** Impuesto General a las Ventas.
11. **IMIAPP:** Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas.
12. **IP:** Iniciativa Privada o Iniciativas Privadas.
13. **IPA:** Iniciativa Privada Autofinanciada o Iniciativas Privadas Autofinanciadas.
14. **IPC:** Iniciativa Privada Cofinanciada o Iniciativas Privadas Cofinanciadas.
15. **MEF:** Ministerio de Economía y Finanzas.
16. **OPIP:** Organismo Promotor de la Inversión Privada.
17. **PA:** Proyecto en Activos o Proyectos en Activos.
18. **SNPIP:** Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.
19. **UF:** Unidad Formuladora.
20. **UIT:** Unidad Impositiva Tributaria.
21. **VIC:** Versión Inicial del Contrato.
22. **VFC:** Versión Final del Contrato.

Artículo 5. Definiciones

Los siguientes términos tienen los significados que a continuación se indican:

1 **Adjudicatario:** Es el postor a quien se adjudicó la Buena Pro.

2. **Análisis de Riesgos:** Consiste en la evaluación de las características del proyecto que tiene por objetivo identificar, cuantificar, asignar y mitigar los riesgos asociados al proyecto, según corresponda. El resultado del Análisis de Riesgos se recoge en la matriz de riesgos.

3. **Asistencia Técnica:** Es la colaboración realizada por una entidad pública hacia otra entidad pública, para la realización de estudios, planificación y diseño de proyectos, entre otras actividades, de acuerdo con el documento que contenga los términos de la Asistencia Técnica. La Asistencia Técnica no libera de responsabilidad a la entidad asistida por el cumplimiento de sus funciones conforme a ley.

4. **Bases:** Es el documento que establece los términos para el desarrollo de la Licitación Pública Especial, Concurso de Proyectos Integrales o el mecanismo competitivo aplicable.

5. **Capacidad Presupuestal:** Es la viabilidad presupuestal de la entidad competente para asumir el cofinanciamiento del Estado, en los proyectos a su cargo. La viabilidad presupuestal es evaluada para el corto plazo, respecto al ejercicio en curso, y largo plazo, considerando el plazo del proyecto, en concordancia con las normas que regulan la Administración Financiera del Sector Público.

6. **Compromisos Contingentes:** Son las potenciales obligaciones de pago del Estado a favor de su contraparte

contractual estipuladas en el Contrato de APP que se derivan por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a los riesgos propios del proyecto de APP.

7. **Compromisos Firmes:** Son las obligaciones de pago del Estado de importes específicos o cuantificables a favor de su contraparte contractual, correspondiente a una contraprestación por la realización de los actos previstos en el Contrato de APP.

8. **Concesión:** Es el acto administrativo por el cual las entidades públicas titulares de proyectos otorgan a un Inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado, cuyos derechos y obligaciones están regulados en el respectivo Contrato.

9. **Concurso de Proyectos Integrales:** Es el mecanismo competitivo que procede cuando el OPIP no cuenta con los estudios a nivel definitivo para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En este caso, las propuestas que presenten los postores deben contener las condiciones contractuales técnicas, económicas y financieras de la obra que se pretende ejecutar o el servicio que se pretende explotar.

10. **Contrato:** Es el Contrato de APP o PA suscrito entre el Inversionista y el Estado peruano al amparo de la Ley y el presente Reglamento.

11. **Costo Total de Inversión:** Es el valor presente de los flujos de inversión estimados en la identificación del proyecto o en el último estudio de preinversión, incluyendo el IG. El CTI no incluye los costos de operación y mantenimiento. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente es aquella que el OPIP defina en función al riesgo del proyecto, la misma que debe contar con el sustento respectivo.

12. **Costo Total del Proyecto:** Es el CTI más los costos estimados de operación y mantenimiento de un proyecto, incluyendo el IG, expresados en valor presente, de los primeros diez (10) años del proyecto o de su vida útil, el que resulte menor. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente es aquella que el OPIP defina en función al riesgo del proyecto, la misma que debe contar con el sustento respectivo.

13. **Factor de Competencia:** Es la variable o conjunto de variables por las cuales se comparan las ofertas técnicas y/o económicas presentadas por los postores en la etapa de concurso y que permite determinar al Adjudicatario del Proyecto.

14. **Inversionista:** Es la persona jurídica que, como resultado de participar en el Proceso de Promoción como proponente o postor, resulta Adjudicatario de la Buena Pro y suscribe el Contrato de APP o PA con la entidad pública titular del proyecto.

15. **Licitación Pública Especial:** Es el mecanismo competitivo que procede cuando el OPIP determina previamente el servicio público y/o infraestructura pública a ejecutar y cuenta con los estudios requeridos.

16. **Niveles de Servicio:** Son aquellos indicadores mínimos de calidad de servicio que el Inversionista debe lograr y mantener durante la operación, de acuerdo a lo establecido en el Contrato.

17. **Proceso de Promoción:** Comprende los actos realizados durante las fases de Estructuración y Transacción. Es decir, inicia luego de producida la incorporación del proyecto al Proceso de Promoción de la inversión privada y culmina con la suscripción del Contrato; sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en el presente Reglamento.

18. **Proyecto en Activos:** Son los proyectos de inversión mediante los cuales el Estado promueve la inversión privada en activos de su titularidad, presentes o futuros, bajo la disposición de estos, lo cual incluye la transferencia total o parcial, incluso mediante la permuta de los bienes inmuebles, y bajo contratos de cesión en uso, arrendamiento, usufructo, superficie u otras modalidades permitidas por ley.

19. **Plan de Promoción:** Es el documento aprobado por el OPIP que contiene las características básicas del proyecto de inversión.

20. **Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas:** Es el registro administrativo a cargo de la DGPPIP del MEF, que incorpora los Contratos de

APP, PA y los documentos previstos en la normativa vigente, que tiene como fin compilar la información de los proyectos de inversión de titularidad de las entidades públicas titulares de proyectos desarrollados mediante la modalidad de APP y PA. La incorporación de los Contratos y/o cualquier información en el registro, no otorga validez ni eficacia sobre dichos documentos.

21. **Unidad Formuladora:** Es la UF en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

Artículo 6. Referencias

Cuando en el presente Reglamento se haga mención a la Ley, se entiende efectuada la referencia al Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Asimismo, cuando en el presente Reglamento se haga mención a un Título, Capítulo, Subcapítulo, artículo, párrafo, inciso o literal sin hacer referencia a una norma, se entiende realizada al presente Reglamento.

TÍTULO II

INTEGRANTES DEL SISTEMA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7. Integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada

El SNPIP está conformado por las entidades públicas a las que se refiere el artículo 2 de la Ley, que incluyen:

1. El Ministerio de Economía y Finanzas.
2. Las entidades públicas titulares de proyectos.
3. La Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión.
4. Los organismos reguladores.
5. La Contraloría General de la República, sin perjuicio de su autonomía y atribuciones legales.
6. Las demás entidades pertenecientes al Sector Público No Financiero.

Artículo 8. Relaciones entre los integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada

8.1 Los integrantes del SNPIP ejercen sus competencias y funciones en la oportunidad y dentro de los procedimientos establecidos en la Ley y en el presente Reglamento bajo los criterios de cooperación, buena fe y presunción de veracidad.

8.2 Las coordinaciones y decisiones adoptadas por sus integrantes, están orientadas a la ejecución de los proyectos en los plazos que establece la Ley y el presente Reglamento, en concordancia con los alcances del principio de Enfoque de resultados.

8.3 A fin de optimizar los procesos al interior del sector público, las entidades públicas que conforman el SNPIP efectúan intercambios de información, y retroalimentación de procesos y capacidades, de manera periódica.

CAPÍTULO II

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Artículo 9. Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

9.1 La DGPPIP del MEF, como ente rector del SNPIP, tiene las siguientes competencias:

1. Formular y proponer la política nacional para el desarrollo y promoción de las APP y PA, en los diversos sectores de la actividad económica, la cual es de obligatorio cumplimiento para las entidades del SNPIP.
2. Dictar lineamientos técnico normativos, sobre aspectos establecidos en la Ley y el presente Reglamento, en concordancia con las normas vigentes de las Direcciones Generales del MEF competentes.
3. Evaluar el cumplimiento e impacto de la política de promoción de la inversión privada y desarrollo de las APP

y PA, conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento.

4. Emitir opinión, exclusiva y excluyente, con carácter vinculante en el ámbito administrativo sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de APP y PA. Estas opiniones son publicadas en el portal institucional del MEF. La presente disposición no limita la potestad interpretativa de los órganos jurisdiccionales ni del Congreso de la República.

5. Administrar el Registro Nacional de Contratos de APP.

6. Fortalecer capacidades y brindar Asistencia Técnica a los integrantes del SNPIP.

7. Otras que le sean asignadas por norma expresa.

9.2 Las competencias del ente rector del SNPIP, no comprenden:

1. El seguimiento de la inversión a cargo del MEF.

2. La contratación del soporte especializado a solicitud de la entidad pública titular del proyecto regulado en el párrafo 9.3 del artículo 9 de la Ley.

3. La emisión de opiniones a cargo del MEF reguladas en el Subcapítulo III del Capítulo I del Título III y el artículo 55 de la Ley. Dichas opiniones son formuladas por las unidades orgánicas del MEF, en el marco de sus respectivas competencias legales.

4. Otras funciones a cargo de la DGPPIP establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones del MEF.

Artículo 10. Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión

El EESI depende funcional y administrativamente del Despacho Viceministerial de Economía del MEF.

Artículo 11. Soporte especializado

11.1 El MEF brinda soporte especializado mediante la contratación de servicios en materia legal, económica, financiera y técnica, a solicitud de la entidad pública titular del proyecto de APP, sobre aspectos de alta complejidad que se presenten durante el desarrollo de la fase de Ejecución Contractual.

11.2 El soporte especializado en aspectos de alta complejidad durante la fase de Ejecución Contractual, se brinda a los proyectos de APP en los que se verifique de manera conjunta las siguientes condiciones:

1. El CTP sea superior a trescientos mil (300,000) UIT. Este límite puede ser modificado mediante Resolución Ministerial del MEF.

2. La existencia de situaciones que generen o puedan generar retrasos en la ejecución del proyecto, incumplimientos por parte de la entidad pública titular del proyecto, la afectación a la disponibilidad del servicio, o potenciales controversias en el marco del respectivo Contrato.

3. La necesidad de contar con conocimientos técnicos, legales, económicos o financieros altamente especializados para el desarrollo de actividades específicas, que no forman parte de las labores ordinarias de la administración de Contratos, y que sean necesarios para garantizar una actuación adecuada y en los plazos contractuales o legales, por parte de la entidad pública titular del proyecto.

4. No exista controversia en trámite sobre el aspecto de alta complejidad, indistintamente que se encuentre en la etapa de trato directo, arbitraje, peritaje u otra establecida en las normas aplicables o el respectivo Contrato.

11.3 Para efectos de la contratación, se siguen las siguientes reglas:

1. Es aplicable lo dispuesto en el literal k) del artículo 27 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

2. La contratación directa de la persona o personas que brindan el soporte especializado para aspectos de alta complejidad está a cargo del MEF, siendo la DGPPIP el área usuaria.

3. La solicitud de soporte especializado es remitida por el titular de la entidad pública titular del proyecto al

MEF, adjuntando un informe en el que se sustente la concurrencia de las condiciones establecidas en el párrafo 11.2 del artículo 11, así como una propuesta de términos de referencia del servicio a contratar.

4. El MEF evalúa las condiciones establecidas en el párrafo 11.2 del artículo 11, así como su capacidad presupuestal.

5. Para la aprobación de los entregables del consultor, el MEF puede solicitar informes, que son remitidos por el titular de la entidad pública titular del proyecto.

11.4 Las evaluaciones y resultados derivados del soporte especializado, son remitidos a la entidad pública titular del proyecto, para que adopte las decisiones correspondientes en el marco de sus competencias.

CAPÍTULO III ORGANISMOS PROMOTORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Artículo 12. Organismos Promotores de la Inversión Privada

El rol de OPIP, es ejercido alternativamente por:

1. Proinversión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 15.

2. El CPIP de la entidad pública titular del proyecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.

Artículo 13. Asignación de proyectos a Proinversión

13.1 Son asignados a Proinversión, en su calidad de OPIP del Gobierno Nacional, aquellos proyectos que cumplan con alguno de los siguientes criterios:

1. Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que sean multisectoriales.

2. Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un CTI, o un CTP en caso no contengan componente de inversión, superior a cuarenta mil (40,000) UIT.

3. Los proyectos de APP de competencia nacional originados por IPA.

4. Los proyectos de APP de competencia de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa, originados por IPA.

5. Los proyectos de todos los niveles de Gobierno y de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa originados por IPC.

6. Los proyectos que se desarrollen mediante el mecanismo de Diálogo Competitivo.

7. Los PA de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un monto de inversión superior a cuarenta mil (40,000) UIT.

8. Los PA de competencia nacional y de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa originados por IP.

9. Los proyectos que por disposición legal expresa son asignados a Proinversión.

13.2 En los proyectos asignados a Proinversión, conforme a lo dispuesto en el presente artículo, y previa coordinación con la entidad pública titular del proyecto, el Comité Especial de Inversiones de Proinversión aprueba el cronograma para el desarrollo del IE, en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles de asignado el proyecto a dicho Comité. Este cronograma no incluye el plazo para la elaboración de los Estudios Técnicos, salvo en los supuestos señalados en el párrafo 42.2 del artículo 42, en cuyo caso el cronograma forma parte del convenio a ser suscrito de acuerdo a lo establecido en el artículo 15.

Artículo 14. Asignación de proyectos al Comité de Promoción de la Inversión Privada de la entidad pública titular del proyecto

14.1 Los proyectos de competencia de los Ministerios así como de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa, que no se encuentren contenidos

en el artículo 13, son asignados al CPIP, en su condición de OPIP.

14.2 Tratándose de proyectos de competencia de Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, que no se encuentren contenidos en el artículo 13:

1. Son asignados al CPIP del Gobierno Regional, los proyectos de su competencia y aquellos cuyo alcance abarque más de una provincia.
2. Son asignados al CPIP del Gobierno Local, los proyectos de su competencia.

14.3 En los proyectos a cargo del CPIP, conforme a lo dispuesto en el presente artículo, y previa coordinación con la entidad pública titular del proyecto, el CPIP aprueba el cronograma para el desarrollo del IE, en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles de asignado el proyecto al CPIP como OPIP. Este cronograma no incluye el plazo para la elaboración de los Estudios Técnicos.

Artículo 15. Encargo de proyectos a Proinversión

15.1 Además de los proyectos a los que se refiere el artículo 13, Proinversión asume el rol de OPIP de los proyectos cuya conducción del Proceso de Promoción, le sea encargada por la entidad pública titular del proyecto.

15.2 Proinversión evalúa la solicitud de encargo de proyectos sobre la base de los siguientes criterios:

1. Tamaño actual de la cartera de proyectos de Proinversión,
2. Gastos esperados del Proceso de Promoción y,
3. Características del proyecto.

15.3 El encargo se formaliza mediante la suscripción de un convenio por parte del Director Ejecutivo de Proinversión y del titular de la entidad pública titular del proyecto. Además, para el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, la suscripción del convenio se realiza previo Acuerdo del Consejo Regional o Acuerdo del Concejo Municipal correspondiente.

15.4 El convenio contiene, entre otros aspectos lo siguiente:

1. Las condiciones vinculadas al financiamiento para llevar a cabo el Proceso de Promoción.
2. Las condiciones para la formulación o reformulación de estudios.
3. Cronograma para el desarrollo del IE.
4. Contratación de consultores, incluyendo el alcance del servicio y la entidad encargada de la suscripción del contrato de consultoría.
5. Los mecanismos disuasivos aplicables a las entidades titulares de proyectos para evitar que abandonen sus proyectos en cartera.
6. Otros mecanismos que establezcan responsabilidades e incentivos entre las partes.

15.5 Proinversión elabora modelos estandarizados de convenio de encargo referidos en el presente artículo.

**CAPÍTULO IV
ENTIDADES PÚBLICAS TITULARES
DE PROYECTOS**

Artículo 16. Entidades públicas titulares de proyectos

16.1 El Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local u otra entidad pública habilitada mediante ley expresa ejerce las funciones contempladas en el párrafo 6.1 del artículo 6 de la Ley.

16.2 Durante las fases de Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración y Transacción, la entidad pública titular del proyecto ejerce las funciones establecidas en el párrafo 6.1 del artículo 6 de la Ley, a través de:

1. El CPIP y,
2. Las unidades orgánicas que ejerzan competencias vinculadas al proyecto.

16.3 Para el ejercicio de las funciones vinculadas a la fase de Ejecución Contractual establecida en el párrafo 6.3 del artículo 6 de la Ley, incluyendo las señaladas en los incisos 6, 7, 8, 9 y 11 del párrafo 6.1 del artículo 6 de la Ley, la entidad pública titular del proyecto debe asignarlas o delegarlas a:

1. Un órgano dentro de su estructura organizacional,
2. El CPIP o,
3. El órgano especializado para la gestión de proyectos.

Artículo 17. Comité de Promoción de la Inversión Privada

17.1 El CPIP de un Ministerio o de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa que pertenezcan o se encuentren adscritas al Gobierno Nacional, es un órgano colegiado integrado por tres (03) funcionarios de la Alta Dirección o titulares de órganos de línea o asesoramiento de la entidad, los cuales ejercen sus funciones conforme a la Ley y el presente Reglamento.

17.2 En el caso de un Gobierno Regional, un Gobierno Local o de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa que pertenezcan a algún Gobierno Regional o Gobierno Local, las funciones del CPIP son ejercidas por el órgano designado para tales efectos, que cuenta con las facultades, obligaciones y responsabilidades establecidas en la normativa vigente.

17.3 Los CPIP rigen su funcionamiento por la normativa del SNPIP.

17.4 El CPIP ejerce alternativamente las siguientes funciones:

1. En su rol de OPIP, para los proyectos bajo su competencia, ejerce las funciones necesarias para conducir y concluir el Proceso de Promoción.
2. En su rol de órgano de coordinación:
 - a. Es responsable de las coordinaciones de la entidad pública titular del proyecto con Proinversión.
 - b. Vela por la ejecución y cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo Directivo, la Dirección Ejecutiva y los Comités Especiales de Inversiones de Proinversión, cuya implementación deba ser realizada por la entidad pública titular del proyecto; sin perjuicio de las acciones que correspondan directamente a los órganos que forman parte de la entidad pública titular del proyecto, en ejercicio de sus respectivas funciones.
 - c. Coordina con los órganos de cada entidad pública titular del proyecto, con el fin de agilizar los trámites y procedimientos necesarios para el desarrollo del proyecto.
 - d. Es responsable de entregar oportunamente la información sobre APP y PA solicitada por las entidades involucradas.
 - e. Emitir conformidad a la propuesta de IMIAPP elaborado por el órgano de planeamiento de la entidad titular del proyecto.
 - f. Consolida y remite las opiniones a cargo de la entidad pública titular del proyecto a las que se refiere la Ley y el presente Reglamento, para las fases de Formulación, Estructuración y Transacción.
 - g. Entregar dentro de los plazos respectivos la información sobre el Registro Nacional de Contratos de APP y aquella solicitada por el MEF en materia de seguimiento y simplificación de la inversión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley.

3. En la fase de Ejecución Contractual, el CPIP puede ejercer las funciones según lo señalado en el párrafo 6.3 del artículo 6 de la Ley y el párrafo 16.3 del artículo 16.
4. Otras señaladas en la normativa vigente.

17.5 El CPIP actúa de manera colegiada. En caso no exista quórum para sesionar o por razones de urgencia, el Presidente del CPIP debe atender directamente los pedidos de información y/o la implementación de acciones solicitadas por Proinversión, el MEF o los organismos reguladores, con cargo a dar cuenta al CPIP en la siguiente sesión.

17.6 Tratándose de Ministerios que tengan a su cargo dos o más sectores, estos pueden contar con más de un CPIP en función al número de sectores a su cargo. Los

Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales designan uno o más CPIP considerando las materias, complejidad de los proyectos y las economías de escala dentro de su entidad.

17.7 Las entidades públicas titulares de proyectos deben apoyar y brindar las facilidades necesarias para el desarrollo de las funciones del CPIP.

17.8 Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 13.4 del artículo 13 de la Ley, la máxima autoridad del OPIP de la entidad pública titular del proyecto, ejerce las funciones, indistintamente del CTI.

Artículo 18. Órgano especializado para la gestión de proyectos

18.1 Las entidades públicas titulares de proyectos encargadas de administrar una cartera de proyectos de APP cuyo CTI acumulado supere las trescientas mil (300,000) UIT, pueden implementar uno o más órganos especializados a los que se refiere el párrafo 6.2 del artículo 6 de la Ley para la implementación integral de los proyectos a su cargo, adecuando su estructura orgánica de acuerdo a lo establecido en la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley.

18.2 El órgano especializado para la gestión de proyectos se rige bajo las siguientes reglas generales:

1. Adopta la estructura orgánica permitida por ley que resulte más compatible con su naturaleza, funciones y competencias.

2. Únicamente puede ejercer las funciones atribuidas, por la Ley y el presente Reglamento, a la entidad pública titular del proyecto en cada una de las fases de los proyectos de APP a su cargo.

3. No puede asumir las funciones correspondientes al OPIP, las cuales corresponden exclusivamente a Proinversión o al CPIP de la entidad pública titular del proyecto.

18.3 Corresponde a la entidad pública titular del proyecto definir los siguientes aspectos del órgano especializado para la gestión del proyecto:

1. Los proyectos de APP a su cargo.
2. La estructura orgánica, las funciones y competencias.
3. Las fases en las que participa.

Artículo 19. Contratación de terceros para el órgano especializado para la gestión de proyectos

19.1 Las labores a cargo del órgano especializado para la gestión de proyectos pueden ser realizadas directamente o mediante la contratación de terceros especializados en la materia, bajo cualquiera de las modalidades previstas en la normativa vigente y en todas las fases de los proyectos de APP.

19.2 La entidad pública titular del proyecto puede encargar mediante convenio la contratación de terceros a Proinversión, conforme a lo dispuesto en la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, siempre que se trate de proyectos en los que Proinversión participe o haya participado como OPIP.

19.3 El encargo regulado en el párrafo precedente culmina con la adjudicación de la Buena Pro, correspondiendo posteriormente la suscripción del respectivo contrato por parte de la entidad pública titular del proyecto y el tercero especializado en la materia.

19.4 Proinversión elabora modelos estandarizados de los convenios a los que se refiere el presente artículo.

Artículo 20. Funciones del órgano especializado para la gestión de proyectos

El órgano especializado para la gestión de proyectos ejerce, entre otras, las siguientes funciones:

1. Gestionar de manera integral la adecuada implementación de los Contratos de APP a su cargo, en el plazo y presupuesto establecido.
2. Aprobar los estudios técnicos necesarios para la correcta ejecución del proyecto, durante la fase de Ejecución Contractual.

3. Gestionar la adquisición de predios y liberación de interferencias, así como las reubicaciones o reasentamientos para el desarrollo del proyecto.

4. Efectuar los pagos establecidos en los respectivos Contratos de APP.

5. Conducir los procesos de modificaciones contractuales en representación de la entidad pública titular del proyecto.

6. Emitir las opiniones o aprobaciones necesarias para el diseño o la implementación del proyecto, en el marco de las competencias de la entidad pública titular del proyecto y de la fase correspondiente.

7. Recomendar soluciones para resolver controversias con el Inversionista, en el marco del respectivo Contrato.

8. Capacitar al personal de la entidad pública titular del proyecto involucrado en la gestión del proyecto.

9. Las demás funciones que le asigne la entidad pública titular del proyecto.

Artículo 21. Proyectos con competencias compartidas

Tratándose de proyectos con competencias compartidas o que tengan más de una entidad pública competente, aplica lo siguiente:

1. En el caso de iniciativas estatales, como requisito para la inclusión de un proyecto al IMIAPP, las entidades públicas suscriben los acuerdos necesarios, cuyo contenido mínimo se establece en el artículo 22.

2. En el caso de IP, dentro del plazo para la emisión de la opinión de relevancia, las entidades públicas suscriben los acuerdos necesarios, cuyo contenido mínimo se establece en el artículo 22. El incumplimiento de la presente disposición genera que la IP sea rechazada de pleno derecho, lo cual debe ser comunicado al proponente por el OPIP, dentro de los diez (10) días hábiles de realizado dicho rechazo.

Artículo 22. Contenido de los acuerdos

22.1 Los acuerdos referidos en el artículo 21 se adoptan mediante suscripción de convenios u otros documentos necesarios que, como mínimo, determinan de manera indubitable las competencias y responsabilidades de las entidades públicas, que incluye como mínimo lo siguiente:

1. Las fuentes de financiamiento de las distintas fases del proyecto.

2. La entidad pública que actúa como OPIP. Si como parte del acuerdo, las entidades competentes consideran pertinente encargar a Proinversión el rol de OPIP, Proinversión participa de la suscripción del convenio.

3. La entidad pública que actúa como titular del proyecto durante las fases de Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual.

4. Para el caso de APP cofinanciadas, designar a la entidad pública competente que está encargada de cumplir con las funciones establecidas por la normativa del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

22.2 Proinversión elabora modelos estandarizados de los acuerdos referidos en el presente artículo en los que participe como OPIP.

22.3 Las entidades públicas, incluyendo las empresas del Estado, que incumplan o resuelvan unilateralmente los acuerdos que se suscriban en el marco del párrafo 6.4 del artículo 6 de la Ley, se hacen responsables por todos los costos y daños que resulten de dicho incumplimiento o resolución.

22.4 Las entidades públicas pueden establecer el carácter irrevocable de los referidos acuerdos durante el plazo de vigencia que se determine para cada proyecto.

CAPÍTULO V PROINVERSIÓN

Artículo 23. Proinversión

Proinversión tiene las siguientes funciones:

1. Ejecutar la política nacional de promoción de la inversión privada.

2. Aprobar las directivas internas que regulen las materias bajo el ámbito de competencia de Proinversión.

3. Aprobar el Plan de Promoción e incorporar los proyectos a su cargo al Proceso de Promoción.

4. Admitir a trámite y gestionar los proyectos de IP a su cargo.

5. Elaborar el IE de los proyectos a su cargo.

6. Conducir y concluir los Procesos de Promoción a su cargo, asegurando el cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la Ley. Dicha función se realiza a través de los Directores de Proyectos, bajo la supervisión técnica de los Directores Especiales de Proyectos.

7. Analizar y declarar de interés las IP a su cargo.

8. Emitir conformidad a los documentos que sustenten el Endeudamiento Garantizado Permitido, Cierre Financiero o análogos, cuando corresponda.

9. Participar en el proceso de evaluación conjunta de modificaciones contractuales.

10. Ejecutar programas de fortalecimiento de capacidades, incluyendo capacitaciones, y de Asistencia Técnica a los integrantes del SNPIP.

11. Realizar acciones de promoción para identificar potenciales inversionistas, con la finalidad de posicionar al Perú como plaza de inversión.

12. Otorgar la Buena Pro a los proyectos a su cargo.

13. Aprobar a través del Consejo Directivo, los documentos estandarizados aplicables a los proyectos a su cargo, incluyendo pero sin limitarse a las Bases, Plan de Promoción, Contrato, entre otros. Para el caso del documento estandarizado del Contrato se requiere la opinión favorable del MEF.

14. Otras que le sean asignadas por norma expresa.

Artículo 24. Miembros del Consejo Directivo

24.1 Conforme al artículo 13 de la Ley, el Consejo Directivo está conformado por cinco (05) miembros. Cada tres (03) años, contados a partir de la vigencia del presente Reglamento, la Dirección Ejecutiva de Proinversión informa al MEF, los cuatro (04) ministerios cuya cartera de proyectos incorporados al Proceso de Promoción presenten mayor valor en función a los Costos Totales de los Proyectos. Para la designación de los cuatro (04) miembros del Consejo Directivo, el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas refrendan la Resolución Suprema respectiva.

24.2 Con la publicación de la Resolución Suprema se da inicio al ejercicio de las funciones como miembros del Consejo Directivo por el periodo señalado en párrafo precedente.

24.3 El quórum mínimo para las sesiones del Consejo Directivo es de tres (03) miembros.

Artículo 25. Conflicto de intereses

25.1 Para efectos de lo dispuesto en el párrafo 15.3 del artículo 15 de la Ley, se consideran conflictos de intereses a las causales de abstención reguladas en el artículo 97 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, conforme a las reglas establecidas en los artículos 98 al 103 de la referida norma.

25.2 El conflicto de intereses al que se refiere el presente artículo alcanza a las relaciones mantenidas hasta por un plazo de tres (03) años anteriores a la fecha de su designación.

25.3 Las disposiciones sobre conflictos de intereses y eventual cese de cargo, contenidas en el presente artículo también son aplicables a los miembros de los CPIP, Directores de Proyectos y los Directores Especiales.

Artículo 26. Asistencia Técnica

26.1 Proinversión brinda Asistencia Técnica a los integrantes del SNPIP para el desarrollo de APP y de PA, en el marco de la Ley y el presente Reglamento.

26.2 Para ello, Proinversión establece oficinas desconcentradas, como órganos que impulsan y apoyan la promoción de la inversión privada en las localidades y regiones del país, fortaleciendo capacidades y brindando Asistencia Técnica a las entidades públicas en las

materias de su competencia, y contribuyendo al proceso de descentralización. La implementación de las oficinas desconcentradas a nivel nacional, se realiza de forma gradual y se financia con cargo al presupuesto institucional de Proinversión, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público. Las oficinas desconcentradas se establecen por Resolución de Dirección Ejecutiva.

Artículo 27. Mecanismos disuasivos en caso de abandono de proyectos

27.1 Proinversión puede aplicar mecanismos disuasivos a las entidades públicas titulares de proyectos, cuando se trate de proyectos que se encuentren por más de seis (06) meses en la misma fase, debido a:

1. Falta de pronunciamiento por parte de la entidad pública titular del proyecto, sobre aspectos de su competencia.

2. Retrasos en la contratación de consultores por parte de la entidad pública titular de proyecto.

3. Omisión en la remisión de información vinculada a las competencias de la entidad pública titular del proyecto.

4. Retrasos en la emisión de actos administrativos o normativos por parte de la entidad pública titular del proyecto.

27.2 Verificada alguna de las circunstancias antes descritas, Proinversión requiere por escrito a la entidad pública titular del proyecto, la subsanación de cualquiera de las circunstancias antes descritas, otorgándole un plazo que no debe exceder de treinta (30) días calendario.

27.3 En caso de que la entidad pública titular del proyecto no atienda de manera adecuada el requerimiento formulado por Proinversión, este último puede proceder con la aplicación conjunta de los siguientes mecanismos disuasivos:

1. Exclusión del proyecto del Proceso de Promoción, previo requerimiento de Proinversión a la entidad pública titular del proyecto para que emita el pronunciamiento respectivo.

2. Requerir el reembolso de la totalidad de los gastos generados, deduciendo aquellos gastos, pagos o transferencias que Proinversión haya recibido en virtud del referido proyecto.

3. Imposibilidad de incorporar el proyecto al Proceso de Promoción por un periodo de tres (03) meses, luego de producida su exclusión.

4. Otros que se determinen en los convenios a los que se refiere el párrafo.

27.4 El presente artículo no limita o restringe la facultad de las entidades públicas titulares de proyectos para solicitar la exclusión de los proyectos a su cargo, en cuyo caso, no son aplicables los mecanismos disuasivos regulados en el párrafo anterior. Sin perjuicio de ello, el presente artículo no limita o excluye la aplicación de otros mecanismos disuasivos contenidos en los convenios suscritos con Proinversión.

Artículo 28. Fondo de Promoción de la Inversión Privada

28.1 Proinversión está a cargo, administra y dirige el Fondo de Promoción de la Inversión Privada - FONCEPRI. Los recursos de dicho fondo son destinados a financiar las actividades propias de los procesos de promoción de la inversión privada de los proyectos regulados en la Ley.

28.2 El aporte al FONCEPRI a ser pagado por el inversionista en los proyectos autofinanciados, asciende hasta el dos por ciento (2%) del CTI o CTP, según corresponda. El porcentaje del aporte está contenido en las Bases y es determinado por Proinversión.

TÍTULO III DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICOS PRIVADAS

Artículo 29. Asociaciones Público Privadas

29.1 Las APP constituyen una de las modalidades de participación de la inversión privada, en la que

se distribuyen de manera adecuada los riesgos del proyecto y se destinan recursos preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en los que se garanticen Niveles de Servicios óptimos para los usuarios. Esta modalidad se implementa mediante Contratos de largo plazo, en los que la titularidad de las inversiones desarrolladas pueden mantenerse, revertirse o ser transferidas al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y a lo dispuesto en el respectivo Contrato.

29.2 Las APP son originadas por iniciativa de las entidades públicas titulares de proyectos, o por el sector privado mediante la presentación de IP.

29.3 Las APP pueden emplearse para la implementación de proyectos en:

1. Infraestructura pública en general, incluyendo entre otros a: redes viales, redes multimodales, vías férreas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación.

2. Servicios públicos, incluyendo entre otros a: los de telecomunicaciones, energía y alumbrado, de agua y saneamiento y otros de interés social, relacionados a la educación, la salud y el ambiente, en este último caso, aquellos como el tratamiento y procesamiento de residuos.

3. Servicios vinculados a la infraestructura pública y servicios públicos que requiere brindar el Estado, incluyendo entre otros a: sistemas de recaudación de peajes y tarifas y Centros de Mejor Atención al Ciudadano.

4. Proyectos de investigación aplicada.
5. Proyectos de innovación tecnológica.

29.4 Asimismo, de manera enunciativa, las APP pueden implementarse a través de Contratos de Concesión, operación y mantenimiento, gerencia, así como cualquier otra modalidad permitida por la normativa vigente.

29.5 Para los proyectos de competencia nacional y de origen estatal que requieran ser promovidos bajo la modalidad de APP cofinanciadas, el CTI o CTP en caso no contengan componente de inversión, debe superar las diez mil (10,000) UIT.

29.6 Para los proyectos de competencia de los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales que requieran ser promovidos bajo la modalidad de APP cofinanciadas de origen estatal, el CTI o CTP en caso no contengan componente de inversión, debe superar las siete mil (7,000) UIT.

29.7 Para los proyectos de competencia de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa, de origen estatal, aplican los límites establecidos en los párrafos precedentes, de acuerdo con el nivel de gobierno de la entidad a la que pertenece o se encuentren adscritos.

29.8 No son APP los proyectos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipos, construcción o ejecución de obras públicas, ni la explotación y/o mantenimiento de activos de dominio privado del Estado.

Artículo 30. Clasificación de las Asociaciones Público Privadas

30.1 Las APP pueden clasificarse en autofinanciadas y cofinanciadas.

30.2 El análisis preliminar sobre la clasificación del proyecto está contenido en el IE.

30.3 Las APP autofinanciadas son aquellas que, en concordancia con el inciso 2 del artículo 22 de la Ley, cumplen las siguientes reglas:

1. Requieren garantías financieras mínimas, entendidas como aquellas que no superan el cinco por ciento (5%) del CTI o, del CTP en caso no contengan componente de inversión; y/o,

2. Requieren garantías no financieras con probabilidad mínima o nula, entendidas como aquellas en las que la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor al diez por ciento (10%) para cada uno de los primeros

cinco (05) años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el Contrato.

30.4 Las APP cofinanciadas son aquellas que, en concordancia con el inciso 1 del artículo 22 de la Ley, cumplen las siguientes reglas:

1. Requieren cofinanciamiento; y/o,

2. En caso de requerir garantías financieras, éstas superan el porcentaje establecido en el inciso 1 del párrafo 30.3 del artículo 30; y/o,

3. En caso de requerir garantías no financieras, éstas tengan una probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento cuando excedan los límites indicados en el inciso 2 del párrafo 30.3 del artículo 30.

Artículo 31. Cofinanciamiento

31.1 Cofinanciamiento es cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo Contrato.

31.2 Para efectos del SNPIP el cofinanciamiento incluye sin limitarse, a los recursos ordinarios, recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito, recursos determinados así como recursos directamente recaudados, tales como los arbitrios, tasas, contribuciones, multas.

31.3 No es cofinanciamiento:

1. La cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al proyecto.

2. Los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, reubicaciones o reasentamientos, liberación de interferencias y/o saneamiento de predios, incluso cuando dichas labores sean encargadas al Inversionista conforme a lo dispuesto al respectivo al Contrato.

3. Los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo, para su posterior entrega al Inversionista, en el marco del Contrato de APP.

31.4 El MEF es el ente encargado de emitir opinión sobre la Capacidad Presupuestal en función al sustento y compromiso de priorización de recursos de la entidad pública titular del proyecto, para dar cumplimiento a obligaciones contractuales. Para las entidades públicas titulares del proyecto bajo el ámbito de FONAFE, dicha entidad es la encargada de emitir la opinión correspondiente a la Capacidad Presupuestal.

Artículo 32. Cambio en la clasificación de los proyectos

32.1 Si durante el Proceso de Promoción de una iniciativa estatal se determina la modificación de la clasificación del proyecto, éste se adecúa a la normativa aplicable. De determinarse que un proyecto autofinanciado se vuelve cofinanciado, debe cumplirse la normativa del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, a fin de continuar con el trámite.

32.2 De presentarse una IPA que durante su tramitación se identifique que califica como APP cofinanciada según lo dispuesto en el párrafo 30.4 del artículo 30, debe rechazarse.

32.3 De presentarse una IPC que durante su tramitación se identifique que califica como APP autofinanciada según lo dispuesto en el párrafo 30.3 del artículo 30, continúa su trámite en el estado en que se encuentre, en cuyo caso aplica lo dispuesto para las IPA.

Artículo 33. Elaboración de estudios y consultorías a cargo del sector privado

33.1 Los estudios que el OPIP requiera para la evaluación del proyecto, incluyendo el IE, pueden ser

elaborados por personas naturales o jurídicas del sector privado conforme a la normativa vigente. Dichas personas no pueden prestar directa o indirectamente sus servicios de consultoría a eventuales participantes y/o postores de los procesos de promoción de inversión privada referidos al mismo proyecto de APP.

33.2 El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 33.1 del artículo 33 conlleva a la exclusión del participante y/o postor. El OPIP debe incluir en el Contrato de APP que dicho incumplimiento configura una causal de terminación por incumplimiento grave del Inversionista, para los casos en que se advierta la inobservancia del párrafo 33.1 del artículo 33 luego de la suscripción del Contrato.

33.3 El OPIP informa en las Bases respectivas a los participantes y/o postores sobre aquellas personas naturales o jurídicas del sector privado que presten o hayan prestado servicios de consultoría al OPIP en el respectivo Proceso de Promoción.

33.4 La contratación de consultorías es realizada mediante los procedimientos de selección establecidos en la normativa vigente aplicable a la entidad contratante. Los requisitos técnicos de la contratación de consultoría deben ser congruentes y solicitar experiencia vinculada con el proyecto objeto de consultoría.

33.5 Las Bases del proceso de selección de la contratación de los servicios de consultoría a cargo del OPIP deben ser publicadas en el portal institucional de la entidad convocante.

33.6 Previa coordinación con la entidad pública titular del proyecto, las Bases pueden establecer que los servicios de consultoría se extienden durante la fase de Ejecución Contractual a fin de asesorar y coadyuvar en las labores de administración del Contrato a cargo de la entidad pública titular del proyecto.

Artículo 34. Cronogramas para el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas

34.1 El cronograma para el desarrollo del IE es de aplicación a los proyectos de APP de iniciativa estatal y de IP y se rige por los párrafos 13.2 del artículo 13, 14.3 del artículo 14, 15.4 del artículo 15 y 79.6 del artículo 79, según corresponda. Asimismo, el cronograma para el Proceso de Promoción es aplicable a los proyectos de APP de iniciativa estatal y de IP, y se rige por el inciso 9 del párrafo 44.2 del artículo 44.

34.2 Los cronogramas mencionados en el párrafo precedente tienen el siguiente contenido mínimo:

1. Ruta crítica en la que se identifiquen las actividades necesarias para el desarrollo de la fase de Formulación o el Proceso de Promoción, según corresponda.
2. Plazos para el cumplimiento de las actividades que conforman la ruta crítica.
3. Entidad pública responsable de las actividades que conforman la ruta crítica.

34.3 Las modificaciones a los cronogramas deben ser aprobadas conforme a lo siguiente:

1. En caso de que Proinversión sea el OPIP, las modificaciones son aprobadas por el Director Ejecutivo de Proinversión, contando con el debido sustento por parte del Comité Especial de Inversiones quien previamente coordina con la entidad pública titular del proyecto. Una vez aprobadas, las modificaciones son puestas en conocimiento del Consejo Directivo de Proinversión.
2. En caso de que el CPIIP sea el OPIP, las modificaciones son aprobadas por el órgano máximo del OPIP, previa coordinación con la entidad pública titular del proyecto.

Artículo 35. Contenido del modelo económico financiero

35.1 Como parte de la estructuración económica financiera que sustenta la DI y las versiones de Contrato establecidas de los artículos 39 y 40 de la Ley, se requiere que el modelo económico financiero tenga como mínimo las siguientes características:

1. Construcción del Flujo de Caja del proyecto:

- a. Estimación de costos y gastos de inversión diferenciando gastos generales y utilidad del constructor, así como el margen de variabilidad asociado al grado de desarrollo del diseño de ingeniería y otros gastos asociados a la inversión.

- b. Estimación de costos y gastos de operación y mantenimiento.

- c. Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.

- d. Estimación del cofinanciamiento, en caso de que se requiera.

- e. Supuestos financieros y estructura de financiamiento.

2. Construcción de los estados financieros, incluyendo el Estado de Resultados y el Estado de Situación Financiera proyectados por el plazo del proyecto.

3. Construcción del Flujo de Caja del Estado proyectado incluyendo el flujo de Compromisos Firmes y Compromisos Contingentes, costos por interferencias, adquisiciones, expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos, ingresos a percibir, entre otros.

4. Análisis de sensibilidad.

35.2 El modelo económico financiero del proyecto debe ser presentado en hoja de cálculo, detallado y con fórmulas, e incluir un manual de uso.

35.3 Tratándose del modelo económico financiero que presente el proponente o el Adjudicatario conforme a los artículos 77 y 58, se excluye la presentación de la información contenida en el inciso 3 del presente artículo referido a los costos de interferencias y adquisiciones, reubicación o reasentamiento, cuando estos no sean asumidos por el concesionario.

Artículo 36. Reserva de la información

36.1 En tanto no es convocada la Licitación Pública Especial, Concurso de Proyectos Integrales u otro mecanismo competitivo, los funcionarios y servidores públicos, los Directores de Proyectos, los Directores Especiales de Proyectos, los miembros de los Comités Especiales de Inversiones, y los consultores están obligados, bajo responsabilidad, a guardar reserva de la información a la que tengan acceso sobre el contenido de las Bases y la VIC de APP; o, luego de la respectiva convocatoria sobre el contenido de las propuestas presentadas por los inversionistas privados.

36.2 Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente y considerando el principio de Competencia, en proyectos de iniciativa estatal, el OPIP puede comunicarse, directa o indirectamente, con potenciales participantes y financistas y exponer la información necesaria a efectos de analizar su interés sobre el proyecto y evaluación del proyecto, promoviendo la competencia y el mayor valor por dinero.

36.3 La información que se produzca durante el diseño y estructuración, que no haya sido expuesta a los postores, vinculada a las evaluaciones económico financieras que sirvan para determinar las variables de competencia, goza del tratamiento de reserva establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley.

36.4 El postor Adjudicatario y el proponente pueden solicitar al OPIP, la reserva de la información prevista en el párrafo 58.4 del artículo 58 y el inciso 6 del párrafo 77.1 del artículo 77, conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

36.5 La obligación de reserva de información dispuesta en el presente artículo no es de aplicación a la solicitud de información que efectúe la Contraloría General de la República y los órganos del Sistema Nacional de Control, en virtud de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Artículo 37. Restablecimiento del equilibrio económico financiero

37.1 Los Contratos pueden incluir disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en las que se

precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el Inversionista.

37.2 Una afectación se entiende como significativa cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes que para tales efectos debe establecer el respectivo Contrato de APP. En estos supuestos, se restablece el equilibrio económico financiero al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables.

Artículo 38. Plazo de vigencia de los Contratos

38.1 El plazo de vigencia de los Contratos de APP se cuenta a partir de la fecha de su suscripción, y no debe superar los sesenta (60) años.

38.2 Para efectos del otorgamiento de ampliaciones o renovaciones del plazo, siempre dentro del plazo máximo total de sesenta (60) años, la entidad pública titular del proyecto debe considerar cualquier cambio en las condiciones materiales, tecnológicas y económicas, bajo las cuales se lleva a cabo la prestación de los servicios, a fin de determinar si es pertinente el otorgamiento del plazo adicional, o en su caso la convocatoria a un nuevo concurso, considerando los principios de Valor por dinero y Competencia, así como otras condiciones previstas en los Contratos respectivos o normas sectoriales que resulten aplicables. La ampliación debe formalizarse mediante una modificación contractual.

38.3 Cuando el incumplimiento de los plazos obedeciera a acción u omisión del Estado o eventos de fuerza mayor, la ampliación del plazo del Contrato de APP se determina de acuerdo con las condiciones, requisitos, formalidades y mecanismos pactados en el respectivo Contrato, no siendo aplicable lo dispuesto en el párrafo precedente.

Artículo 39. Cláusula Anticorrupción

39.1 Los Contratos de APP a ser suscritos por el Estado peruano deben incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad.

39.2 En caso de caducidad del Contrato por aplicación de la Cláusula anticorrupción, es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 58.1 del artículo 58 de la Ley.

TÍTULO IV INICIATIVAS ESTATALES

CAPÍTULO I FASE DE PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN

Artículo 40. Planeamiento y Programación

40.1 Corresponde a la entidad pública titular del proyecto la priorización y desarrollo de los proyectos de APP y PA.

40.2 El IMIAPP es el instrumento de gestión elaborado por cada entidad pública titular del proyecto, que tiene como finalidad identificar los potenciales proyectos de APP y PA, a fin de ser incorporados al Proceso de Promoción en los siguientes tres (03) años a su elaboración. Dicho informe tiene una vigencia de tres (03) años contados a partir de su aprobación.

40.3 La propuesta del IMIAPP es realizada por el órgano encargado de planeamiento de la entidad pública titular del proyecto, considerando entre otros aspectos, las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones elaborada en el marco de las normas que regulan el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, y los lineamientos para el desarrollo del IMIAPP que emite el MEF.

40.4 El CPIP es responsable de que el órgano encargado del planeamiento elabore el IMIAPP, para lo cual da conformidad a la propuesta presentada por dicho órgano. Para su elaboración, el CPIP puede solicitar

comentarios o sugerencias a la ciudadanía o al sector privado.

40.5 El IMIAPP y sus modificaciones y actualizaciones, son aprobadas mediante Resolución Ministerial del sector, Acuerdo de Consejo Regional, Acuerdo de Concejo Municipal o resolución del titular de la entidad pública titular habilitada mediante ley expresa, según corresponda. El referido informe debe contener como mínimo lo siguiente:

1. Estrategia de la entidad pública titular del proyecto para el desarrollo de proyectos mediante las modalidades de APP o PA.

2. Potenciales necesidades de intervención identificadas para ser desarrolladas bajo la modalidad de APP, y su consistencia con las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones, así como su articulación con los planes nacionales, sectoriales y de desarrollo regional y local, según corresponda.

3. El monto referencial de la inversión.

4. Para el caso de APP, el análisis de valor por dinero mediante la aplicación preliminar de los criterios de elegibilidad.

5. Los Compromisos Firmes y Compromisos Contingentes cuantificables derivados de los Contratos de APP suscritos, incluyendo sus modificaciones contractuales. Asimismo, una proyección de los flujos por Compromisos Firmes, y de ser posible, los Compromisos Contingentes cuantificables derivados de proyectos de APP incorporados o por incorporarse al Proceso de Promoción.

6. Los PA a ser desarrollados.

40.6 Para la aplicación de lo dispuesto en el inciso 5 del párrafo precedente, los Compromisos Firmes son presentados teniendo en cuenta los flujos anuales proyectados según la fecha esperada de realización.

40.7 Dentro de los tres (03) años de su vigencia, la entidad pública titular del proyecto puede modificar el IMIAPP a efectos de incluir o excluir proyectos. Asimismo, la entidad pública titular del proyecto puede actualizar la información de los proyectos ya incluidos en el IMIAPP. En ambos casos, debe seguir el procedimiento establecido en el presente artículo, en lo que corresponda.

40.8 En un plazo de cinco (05) días hábiles posteriores a la aprobación del IMIAPP, la entidad pública titular del proyecto debe publicar el mismo en su portal institucional y remitirlo a la DGPPIP del MEF.

40.9 Previamente a la incorporación de un proyecto de APP al Proceso de Promoción, el OPIP verifica la inclusión del proyecto en el IMIAPP de la entidad pública titular del proyecto.

Artículo 41. Opinión al Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas

41.1 De manera previa a la aprobación del IMIAPP el CPIP solicita la opinión favorable del MEF, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley.

41.2 El MEF debe emitir su opinión al IMIAPP dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de solicitada. Dentro de los cinco (05) primeros días hábiles de presentado el IMIAPP, puede solicitar información adicional, en cuyo caso el plazo queda suspendido hasta la presentación de la información solicitada. Transcurrido el plazo sin emitir opinión, ésta se entiende como favorable.

41.3 En caso el MEF solicite información adicional, el CPIP tiene diez (10) días hábiles para remitir la información o aclaración. En caso de que la entidad pública titular del proyecto no cumpla con realizar el envío, subsanación o aclaración correspondiente, la propuesta del referido informe es considerada como no presentada, pudiendo volver a solicitarse.

41.4 El MEF emite opinión sobre la modalidad de APP, y sobre la programación presupuestal multianual, referida al análisis de Capacidad Presupuestal para asumir los proyectos contenidos en el IMIAPP.

41.5 Para la elaboración del IMIAPP, las entidades públicas titulares de proyectos pueden solicitar Asistencia Técnica a Proinversión o al MEF.

CAPÍTULO II FASE DE FORMULACIÓN

Artículo 42. Formulación

42.1 La fase de Formulación comprende la elaboración del IE a cargo del OPIP, el cual se desarrolla sobre la base de los Estudios Técnicos a los que se refiere el artículo 43 y el párrafo 44.3 del artículo 44.

42.2 Cuando Proinversión participa como OPIP competente es responsable de la elaboración del IE. En este caso, la entidad pública titular del proyecto es responsable de elaborar los Estudios Técnicos a los que se refiere el artículo 43 y el párrafo 44.3 del artículo 44, que forman parte del IE; pudiendo encargar su elaboración y/o contratación a Proinversión.

42.3 Cuando la entidad pública titular del proyecto participa como OPIP, es responsable de elaborar el IE, así como los Estudios Técnicos a los que se refiere el artículo 43 y el párrafo 44.3 del artículo 44. En este caso, la entidad pública titular del proyecto evalúa la conveniencia de encargar la elaboración y/o contratación de los Estudios Técnicos y/o el IE a Proinversión.

42.4 Los encargos señalados en los párrafos 42.2 y 42.3 del artículo 42 se materializan mediante la suscripción del convenio al que se refiere el artículo 15.

Artículo 43. Elaboración de Estudios Técnicos

43.1 Tratándose de proyectos de APP cofinanciados que contengan uno o más proyectos de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, la elaboración de los Estudios Técnicos del proyecto está sujeta a la normativa de dicho Sistema.

43.2 Tratándose de proyectos de APP autofinanciados, la elaboración de los Estudios Técnicos se desarrolla en el IE correspondiente, sujeta a la normativa del SNIPI.

43.3 Para efectos de lo dispuesto en el párrafo 32.3 del artículo 32 de la Ley, los Estudios Técnicos deben contener la evaluación de la pertinencia de optar por la modalidad de APP para los componentes de los proyectos de inversión que aún no hayan iniciado ejecución. Como parte de la evaluación se debe analizar la situación de los proyectos de inversión.

43.4 El contenido de los Estudios Técnicos se encuentra regulado en el párrafo 44.3 del artículo 44.

Artículo 44. Informe de Evaluación

44.1 El IE es el documento que elabora el OPIP, sobre la base de los Estudios Técnicos referidos en el artículo anterior, y contiene la información necesaria para: i) definir si es técnica, económica y legalmente conveniente desarrollar el proyecto como APP, ii) estructurar el proyecto y detectar contingencias significativas que pudieran retrasar el Proceso de Promoción, vinculadas principalmente a aspectos legales, financieros y técnicos, iii) delimitar competencias de gestión de la entidad pública. Su contenido debe profundizarse y actualizarse en base a la evolución de los estudios técnicos, legales y económicos adicionales que se desarrollen durante las fases de Estructuración y Transacción, los cuales se reflejan en el IEI que sustenta las respectivas versiones de Contrato.

44.2 El IE debe contener como mínimo la siguiente información:

1. Resumen Ejecutivo.
2. Descripción del proyecto:

a. Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo:

- i. Nombre del proyecto.
- ii. Entidad competente.
- iii. Antecedentes.
- iv. Área de influencia.
- v. Objetivos del proyecto.
- vi. Clasificación del proyecto.

b. Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda, definidas en los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertados regionales y locales. Para el caso de APP cofinanciadas se consideran las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones del sector, Gobierno Regional o Gobierno Local.

c. Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.

3. Evaluación técnica del proyecto:

a. Análisis técnico del proyecto.
b. Evaluación de alternativas.
c. Análisis preliminar para la definición de los Niveles de Servicio esperados.

d. Tratándose de proyectos cofinanciados, debe incluirse la declaración de viabilidad de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

4. Análisis de la brecha de recursos que sustenta la clasificación del proyecto:

a. Análisis de la demanda por el servicio que brinda el proyecto.

b. Proyección anual de ingresos.
c. Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados durante el ciclo de vida del proyecto.

d. Estimación de costos de supervisión.
e. Mecanismo de recuperación de las inversiones propuesto, vía tarifas, peajes, precios cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, cofinanciamiento o combinación de éstos y evaluación sobre la viabilidad legal de ejercer dichos cobros.

f. Evaluación económica financiera preliminar del proyecto como APP.

g. Tratándose de proyectos cofinanciados, debe incluirse una proyección anual de cofinanciamiento.

5. Análisis de Riesgos preliminar del proyecto:

- a. Identificación preliminar de riesgos.
- b. Estimación preliminar de los riesgos.
- c. Asignación preliminar.
- d. Mecanismos de mitigación.

6. Análisis preliminar de bancabilidad.

7. Análisis de la Capacidad Presupuestal para dar cumplimiento con los Compromisos Firmes del proyecto a ser asumidos por la entidad pública respectiva, incluyendo:

a. Gastos estimados de adquisición y/o expropiación de terrenos y reubicaciones o reasentamientos.

b. Gastos estimados para la liberación de interferencias.

c. Gastos por supervisión.
d. Fuentes de financiamiento para asumir los compromisos y gastos.

8. Análisis de valor por dinero, a través de la aplicación de los criterios de elegibilidad.

9. Cronograma para el desarrollo del Proceso de Promoción, el cual no excede los dieciocho (18) meses, salvo que el OPIP sustente la necesidad de un plazo distinto.

10. Plan de implementación del proyecto:

a. Identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, identificando su naturaleza pública o privada, así como de las interferencias y una estimación de su valorización, según corresponda.

b. Cronograma preliminar para la liberación de interferencias y/o saneamiento de los predios suscrito por el área responsable de la entidad pública.

c. Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto.

d. Identificación de eventuales problemas que pueden retrasar el proyecto, de ser el caso.

e. Meta de liberación de predios y áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado.

44.3 Los Estudios Técnicos contienen la información establecida en el inciso 2; el inciso 3, los literales a), b), c), d) y g) del inciso 4, los literales a), b), c) y d) del inciso 7, y los literales a), b), c) y d) del inciso 10 del párrafo 44.2 del artículo 44.

44.4 Respecto al literal e) del inciso 10 del párrafo 44.2 del artículo 44, el OPIP define la meta de liberación de predios y áreas en base a la información que le remite la entidad pública titular del proyecto, elaborada por el área responsable de la adquisición de predios. Dicha meta debe ser cumplida por la entidad pública titular del proyecto en la forma y plazos indicados en el IE, pudiéndose optimizar la forma y plazos sin modificar la meta, en el IEI sobre la base de la información que se genere en la fase de Estructuración. La presente disposición es vinculante y su cumplimiento es requisito previo para la adjudicación del proyecto. Periódicamente, la entidad pública titular del proyecto informa al OPIP el avance en la ejecución del cronograma.

44.5 La entidad pública titular del proyecto está facultada para realizar los procesos de reubicación o reasentamiento que permitan la liberación y saneamiento de predios para la implementación del proyecto en los plazos previstos, conforme a la normativa de la materia y demás disposiciones que emita la entidad pública titular del proyecto en el marco de sus competencias. Estas labores pueden ser encargadas al Inversionista, conforme a lo que disponga el respectivo Contrato.

44.6 Cuando la elaboración del IE es encargada o es competencia de Proinversión, puede solicitar información adicional a la entidad pública titular del proyecto para elaborar el IE, o informar sobre la existencia de contingencias técnicas significativas a efectos que la entidad pública titular del proyecto proceda a subsanarlas. La información completa o modificada a solicitud de Proinversión debe ser remitida en el plazo máximo de sesenta (60) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud de información; de lo contrario, el IE y la solicitud de incorporación al Proceso de Promoción son considerados como no presentados.

44.7 La participación de Proinversión no limita la responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto de las deficiencias o insuficiencias de la información que dicha entidad genere.

44.8 El MEF aprueba los lineamientos para la aplicación de los criterios de elegibilidad de los proyectos de APP, con el objeto de evaluar y determinar los beneficios de desarrollar un proyecto como APP frente al régimen general de contratación pública, considerando, entre otros, los siguientes criterios:

1. Nivel de transferencia de riesgos.
2. Capacidad de medición o verificación de la disponibilidad y calidad del servicio.
3. Ventajas y limitaciones de la obra pública tradicional.
4. Tamaño del proyecto que justifique los costos del Proceso de Promoción de APP.
5. Competencia por el mercado.
6. Factores relacionados al éxito del proyecto.
7. Financiamiento por usuarios.

Artículo 45. Opinión previa al Informe de Evaluación

45.1 Cuando la elaboración del IE es encargada o es competencia de Proinversión, debe enviarlo a la entidad pública titular del proyecto para su conformidad. Si en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, la entidad no se pronuncia, se entiende otorgada la conformidad por ésta.

45.2 El IE elaborado por la entidad pública titular del proyecto o por Proinversión, es remitido para opinión del MEF, que cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de su recepción. Dentro

de los cinco (05) primeros días hábiles de presentado el IE, el MEF puede solicitar información adicional por única vez, en cuyo caso el plazo queda suspendido hasta la presentación de la información solicitada. Transcurrido el plazo sin emitir opinión, ésta se entiende como favorable.

45.3 La opinión del MEF sobre el IE comprende únicamente:

1. La verificación de la clasificación del proyecto como APP;
2. La capacidad de pago del Estado, de corresponder;
3. El análisis del valor por dinero a través de la aplicación de los criterios de elegibilidad, y
4. El impacto del proyecto en el mecanismo de competencia y desempeño de los mercados.

Artículo 46. Incorporación al Proceso de Promoción

46.1 Con la opinión favorable del MEF al IE, el OPIP aprueba el IE e incorpora el proyecto al Proceso de Promoción.

46.2 En el caso de que Proinversión sea el OPIP, la incorporación del proyecto al Proceso de Promoción se realiza mediante acuerdo de su Consejo Directivo, que debe ser publicado en su portal institucional. En caso de que el OPIP esté a cargo de la entidad pública titular del proyecto, la referida incorporación se realiza mediante Resolución Viceministerial, Acuerdo de Consejo Regional, Acuerdo de Concejo Municipal, o su equivalente en caso de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa.

46.3 En los proyectos a cargo de Proinversión, en caso de que el proyecto tenga un CTI mayor a seiscientos mil (600,000) UIT, se requiere ratificación a la incorporación al Proceso de Promoción mediante Resolución Suprema referendada por el Ministro de Economía y Finanzas y el Titular del sector al que corresponda el proyecto, salvo lo dispuesto en el párrafo 38.3 del artículo 38 de la Ley.

46.4 La exclusión de proyectos del Proceso de Promoción por parte de Proinversión requiere únicamente acuerdo de su Consejo Directivo, que debe ser publicado en su portal institucional. En caso de que el OPIP esté a cargo de la entidad pública titular del proyecto, la referida exclusión se realiza mediante Resolución Viceministerial, Acuerdo de Consejo Regional, Acuerdo de Concejo Municipal, o su equivalente en caso de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa.

Artículo 47. Plan de Promoción

47.1 De manera simultánea a la incorporación del proyecto al Proceso de Promoción, el OPIP aprueba el Plan de Promoción, el que debe contener como mínimo la información siguiente:

1. El esquema general de la APP incluyendo su clasificación.
2. El mecanismo del proceso de selección indicando si es Licitación Pública Especial, Concurso de Proyectos Integrales u otro mecanismo competitivo.
3. El cronograma del Proceso de Promoción establecido en el IE.

47.2 El Plan de Promoción y sus modificatorias son aprobados por el Director Ejecutivo de Proinversión, el Viceministro del sector, el Consejo Regional, el Concejo Municipal, o el titular de la entidad pública habilitada mediante ley expresa, según corresponda y publicados en sus respectivos portales institucionales. Las entidades públicas titulares de proyectos deben enviar los referidos documentos a Proinversión, para publicación en su portal institucional.

CAPÍTULO III FASE DE ESTRUCTURACIÓN

Artículo 48. Fase de Estructuración

48.1 Corresponde exclusivamente al OPIP la Estructuración del proyecto, así como el desarrollo del

Proceso de Promoción y el diseño del Contrato de APP, sin perjuicio de las opiniones e informe previos regulados en el artículo 41 de la Ley.

48.2 Durante la fase de Estructuración, el OPIP convoca a la entidad pública titular del proyecto, organismo regulador de corresponder, y al MEF a reuniones de coordinación para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del Contrato y su correcta ejecución, para lo cual, administra y gestiona las solicitudes de información sobre los temas de competencia de cada una de las entidades.

48.3 El OPIP procura que los mecanismos de pagos estén vinculados a la prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura, para lo cual realiza previamente una evaluación de alternativas de mecanismos de pago.

48.4 En esta fase, el OPIP, directa o indirectamente, analiza el interés de potenciales participantes y financistas en el proyecto.

48.5 De manera adicional a las actividades de coordinación, el OPIP puede solicitar por escrito comentarios preliminares y recomendaciones de la entidad pública titular del proyecto, del organismo regulador de corresponder, y del MEF, las cuales deben ser absueltas en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. Los comentarios, recomendaciones, apreciaciones generales y absoluciones a cualquier solicitud o pedido formulados por las entidades públicas, no limitan, vinculan, ni se consideran como las opiniones previas a las versiones de Contrato a que se refieren los artículos 39 y 40 de la Ley.

Artículo 49. Informe de Evaluación Integrado

49.1 El IEI es el instrumento metodológico para la toma de decisiones que determina que el proyecto es técnica, económica y comercialmente viable. Constituye un requisito para la solicitud de opiniones de la VIC.

49.2 El IEI debe tener como mínimo la siguiente información:

1. La profundización y actualización, según corresponda, de la información a la que se refiere el párrafo 44.2 del artículo 44, incluyendo el sustento de la adecuada asignación de riesgos, conforme a los lineamientos que regulen el SNPIP.
2. Sustento de la valuación de contingencias.
3. La proyección de los Compromisos Firmes y Compromisos Contingentes netos de ingresos.
4. El análisis de los límites previstos en el párrafo 30.3 del artículo 30, de corresponder.

49.3 Adicionalmente a lo dispuesto en el párrafo precedente, el IEI que sustente la VFC debe incorporar la identificación y análisis de las condiciones de competencia, el cual abarca:

1. Las variables que conforman el Factor de Competencia.
2. Las variables que el OPIP determine que tienen impacto directo significativo sobre las variables que conforman el Factor de Competencia.

Artículo 50. Requisitos para la solicitud de opiniones a la Versión Inicial del Contrato

En la fase de Estructuración, el OPIP, elabora la VIC y solicita las opiniones señaladas en el artículo 51. Para ello, el OPIP remite, conjuntamente con la VIC, la siguiente información:

1. El IEI.
2. El modelo económico financiero que sustente el esquema de financiamiento y pagos del proyecto.

Artículo 51. Opinión previa a la Versión Inicial del Contrato

51.1 La opinión previa a la VIC se rige por lo dispuesto en el artículo 55, a excepción de lo dispuesto en el inciso 4 del párrafo 55.1 del artículo 55.

51.2 Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 39.3 del artículo 39 de la Ley, el límite de las APP

autofinanciadas es cuarenta mil (40,000) UIT del CTI o CTP cuando no contenga componente de inversión.

Artículo 52. Elaboración de Bases

52.1 El OPIP tiene competencia exclusiva para la elaboración de las Bases, las cuales deben fomentar la competencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4 de la Ley, debiendo contener como mínimo:

1. Los componentes del Factor de Competencia del proceso de selección.
2. Los plazos para la presentación de consultas y comentarios a la VIC.
3. Los criterios de selección.
4. Los requisitos técnicos, legales y financieros solicitados a los postores.
5. El procedimiento de impugnación a la adjudicación.
6. La garantía de impugnación que debe ascender a 0.5% del CTI, en caso éste sea superior a trescientos mil (300,000) UIT; y 1% del CTI, en caso éste sea menor o igual a trescientos mil (300,000) UIT. Tratándose de proyectos que no contengan componente de inversión, la garantía es calculada utilizando el CTP.
7. La garantía de seriedad de propuestas.

52.2 El OPIP puede incluir en las Bases, mecanismos de precalificación considerando la capacidad legal, financiera y experiencia del postor en el desarrollo de proyectos, como requisitos habilitantes para la participación que no otorgan puntaje.

52.3 Corresponde al OPIP elaborar Bases que cumplan con el objetivo de mitigar la presentación de ofertas temerarias y fomentar la competencia, transparencia, integridad y eviten actos de corrupción.

CAPÍTULO IV FASE DE TRANSACCIÓN

Artículo 53. Fase de Transacción

En la fase de Transacción, el OPIP, elabora la VFC y solicita las opiniones e informe señaladas en el artículo 55. Para ello, el OPIP remite, conjuntamente con la VFC la actualización de la información a la que se refiere el artículo 50.

Artículo 54. Interacción con el sector privado

54.1 Con las Bases y la VIC que cuenta con las opiniones previas establecidas en el artículo 51, el OPIP realiza la convocatoria, la cual debe ser publicada en su portal institucional, así como en el diario oficial El Peruano, por dos (02) días calendario consecutivos, indicando el enlace para acceder a las Bases y a la VIC. En la convocatoria debe indicarse el monto y forma de pago del derecho de participación y los criterios de selección aplicables al proceso de selección.

54.2 Para la elaboración de la VFC, el OPIP recaba de los postores las consultas a las Bases, así como los comentarios y sugerencias a la VIC, conforme a las reglas y oportunidad previstas en las Bases.

54.3 Asimismo, los postores pueden solicitar reuniones y acceder a la documentación pública disponible relacionada con el proyecto.

54.4 El OPIP tiene la obligación de evaluar las consultas a las Bases y publicar sus respectivas respuestas, así como publicar las sugerencias recibidas al Contrato.

Artículo 55. Opiniones e informe previos en la fase de Transacción

55.1 El OPIP, sin excepción y bajo responsabilidad, recaba las siguientes opiniones e informe sobre la VFC de APP:

1. La opinión favorable de la entidad pública titular del proyecto en el marco de sus competencias, incluyendo la verificación del cumplimiento de las normas del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones según corresponda,

2. La opinión no vinculante del organismo regulador, de corresponder,

3. La opinión previa favorable del MEF, y

4. El informe previo no vinculante de la Contraloría General de la República, el cual se solicita en la oportunidad y sobre las materias reguladas en el párrafo 55.6 del artículo 55.

55.2 Las opiniones a las que se refiere el párrafo precedente son emitidas sobre las materias establecidas en la Ley y el presente Reglamento, y sobre la base de la información y estudios referidos en el artículo 50, elaborados por el OPIP, quien es responsable del desarrollo del Proceso de Promoción, así como del diseño y sustentos del Contrato de APP.

55.3 El plazo para la emisión de las opiniones e informe a la VFC de APP es de quince (15) días hábiles, pudiéndose solicitar información adicional por única vez dentro de los primeros cinco (05) días hábiles; con excepción de la Contraloría General de la República, que puede solicitar información adicional dentro de los primeros diez (10) días hábiles. En estos supuestos el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, reanudándose a partir del día hábil siguiente de recibida la información requerida.

55.4 Habiéndose solicitado las opiniones previas y de no emitirse éstas dentro de los plazos previstos, son consideradas como favorables, no pudiendo las entidades emitir las con posterioridad.

55.5 Para la solicitud de la opinión del MEF y del organismo regulador en los proyectos bajo su competencia, el OPIP remite la información señalada en el artículo 50. Adicionalmente, la solicitud de opinión al MEF, debe contener la opinión de la entidad pública titular del proyecto, así como la del organismo regulador, cuando corresponda.

55.6 El informe previo de la Contraloría General de la República únicamente puede referirse a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado relacionados al cofinanciamiento o garantías del proyecto, de conformidad con el literal I) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior. No se requiere informe previo de la Contraloría General de la República a la VIC, con excepción de las IP.

55.7 Las modificaciones a la VFC de APP que se incorporen con posterioridad a la opinión del MEF regulada en el párrafo 55.1 del artículo 55, siempre que involucren temas de su competencia sin contar con la opinión previa favorable de dicha entidad, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

55.8 Las opiniones e informe a los que se refiere el presente artículo son formulados una sola vez por cada entidad, salvo que el OPIP solicite informes y opiniones adicionales. Las opiniones emitidas por las entidades no pueden ser modificadas por éstas, salvo en los casos en que la solicitud de informes y opiniones adicionales incorpore nueva información relevante conforme el párrafo 135.2 del artículo 135 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

55.9 Las opiniones que se emitan conforme a lo dispuesto en el presente artículo sólo pueden referirse a aquellos aspectos sobre los cuales se emitió observación y a los aspectos distintos o adicionales respecto de la VIC.

55.10 Recabadas las opiniones e informe previo mencionados en el presente artículo, el OPIP procede a aprobar la VFC.

Artículo 56. Presentación de propuestas

Las propuestas son presentadas en sobre cerrado por la persona autorizada por el postor. La recepción de las propuestas técnicas y/o económicas, así como el otorgamiento de la Buena Pro, son realizadas en acto público con la participación de Notario Público, quien certifica la documentación presentada y da fe de dicho acto.

Artículo 57. Selección de propuestas

57.1 El OPIP selecciona la propuesta más favorable para el Estado sobre la base de los criterios de selección definidos en las Bases.

57.2 De manera enunciativa, los criterios de selección de la propuesta más favorable para el Estado conforme a los parámetros establecidos en las Bases pueden ser:

1. Menor cofinanciamiento.
2. Mayor retribución al Estado.
3. Niveles de servicio.
4. Nivel tarifario y su estructura.
5. Solución técnica propuesta.
6. Inversiones o servicios adicionales.
7. Menor valor presente de los ingresos.
8. Otros que defina el OPIP.

57.3 Las Bases pueden facultar que se solicite a los postores correcciones, precisiones y/o aclaraciones sobre aspectos específicos de la propuesta técnica, con conocimiento de todos los postores, siempre que no implique una variación de la propuesta presentada.

57.4 En caso de terminación anticipada del Contrato conforme a lo establecido en el párrafo 112.1 del artículo 112, durante el primer año contado desde la suscripción del Contrato o antes del cierre financiero, lo que ocurra primero, la entidad pública titular del proyecto puede otorgar la Buena Pro del proyecto, a aquel postor que obtuvo la segunda mejor propuesta o ulteriores propuestas, según los criterios de selección establecidos en las Bases. Para ello, la entidad pública titular del proyecto cursa comunicación al postor correspondiente para que exprese su conformidad o rechazo.

Artículo 58. Buena Pro

58.1 El Comité Especial de Inversiones respectivo, otorga la Buena Pro a la mejor oferta presentada, de acuerdo a los criterios de selección preestablecidos.

58.2 Por razones de interés público el Comité Especial de Inversiones respectivo, puede cancelar el proceso de selección y/o desestimar todas las propuestas presentadas, hasta antes de la suscripción del Contrato, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores.

58.3 Tratándose de proyectos de competencia de las entidades públicas titulares de proyectos, los actos referidos son realizados por el CPIP.

58.4 El Adjudicatario, de manera previa a la suscripción del Contrato de APP, debe presentar el modelo económico financiero del proyecto conforme a los requisitos establecidos en las Bases del Proceso de Promoción. Las propuestas y el modelo económico financiero vinculan al postor, quien es responsable por el íntegro de su contenido.

58.5 Es responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto y del organismo regulador velar por el cumplimiento de las propuestas técnicas y/o económicas presentadas, conforme lo establecido en el artículo 28 de la Ley, las cuales deben cumplir con las especificaciones técnicas establecidas durante el Proceso de Promoción y los Niveles de Servicio del respectivo Contrato. Esta disposición no limita o restringe las modificaciones que puedan realizarse conforme a lo dispuesto en el respectivo Contrato, ni a los supuestos de modificación contractual.

CAPÍTULO V FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Artículo 59. Reglas aplicables durante la fase de Ejecución Contractual

Las reglas aplicables durante la fase de Ejecución Contractual se regulan en el Título VI.

CAPÍTULO VI PROCESOS ESPECIALES

SUBCAPÍTULO I PROCESO SIMPLIFICADO

Artículo 60. Reglas especiales aplicables al proceso simplificado

60.1 Las reglas establecidas en el presente artículo se aplican a las APP de iniciativa estatal reguladas en el Título IV, cuyo CTP sea inferior a quince mil (15,000) UIT.

60.2 Tratándose de proyectos establecidos en el artículo 43 de la Ley, cuyo CTI, o CTP en caso no contengan componente de inversión, sea superior a cincuenta mil (50,000) UIT, se tramitan conforme lo dispuesto en el Título IV, excluyendo lo dispuesto en el presente Capítulo.

Artículo 61. Procedimiento del proceso simplificado

61.1 El proceso simplificado se tramita bajo el procedimiento establecido para APP de iniciativa estatal y se sujeta a las siguientes reglas especiales:

1. La opinión a la que se refiere el párrafo 45.2 del artículo 45, únicamente se limita a la capacidad de pago del Estado y a la verificación de la clasificación del proyecto.
2. La incorporación al Proceso de Promoción requiere la publicación en el diario oficial El Peruano por dos (02) días calendarios consecutivos.
3. La opinión del MEF, a la que se refiere el artículo 51, únicamente se limita a la evaluación de la capacidad de pago de la entidad pública titular del proyecto para asumir las obligaciones, los compromisos, garantías y contingentes significativos.
4. La opinión del MEF, a la que se refiere el artículo 55, únicamente se limita a la evaluación de la capacidad de pago de la entidad pública titular del proyecto para asumir las obligaciones, los compromisos, garantías y contingentes significativos.
5. La opinión del MEF, a la que se refiere el artículo 138, únicamente se limita a la evaluación de capacidad de pago de la entidad pública titular del proyecto para asumir las obligaciones, los compromisos, garantías y contingentes significativos.

**SUBCAPÍTULO II
DIÁLOGO COMPETITIVO**

Artículo 62. Mecanismo de Diálogo Competitivo

62.1 El Diálogo Competitivo es un mecanismo de adjudicación a cargo de Proinversión para el desarrollo de APP que, por su complejidad, requieren la participación del sector privado desde la fase de Formulación, con la finalidad de incorporar sus experiencias vinculadas a los aspectos técnicos del proyecto.

62.2 Para acceder al mecanismo de Diálogo Competitivo, la entidad pública titular del proyecto remite una solicitud a Proinversión con la siguiente información:

1. La descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: nombre, entidad competente, antecedentes, área de influencia del proyecto y objetivos.
2. El diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.
3. Los Niveles de Servicio o niveles de desempeño esperados.
4. El monto estimado del CTI y costos estimados de operación y mantenimiento.
5. Las fuentes de ingresos, como peajes, precios, tarifas u otros esquemas incluyendo el cofinanciamiento total o parcial por parte del Estado.
6. La identificación preliminar de predios e interferencias.

62.3 Recibida la solicitud de la entidad pública titular del proyecto, Proinversión cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles para evaluar la complejidad del proyecto de APP y determinar su procedencia.

Artículo 63. Contratación del consultor por parte de Proinversión

63.1 Determinada la procedencia para acceder al mecanismo del Diálogo Competitivo, Proinversión tiene a su cargo las siguientes actividades:

1. Determinar los requisitos de precalificación de los postores.
2. Elaborar los contenidos mínimos de los entregables del consultor contratado por los postores precalificados para la elaboración de los Estudios Técnicos, IE e IEI.
3. Revisar y dar conformidad a los entregables del consultor contratado por los postores precalificados de las fases de Formulación y Estructuración.
4. En caso de proyectos cofinanciados, remitir a la UF de la entidad pública titular del proyecto los estudios necesarios para obtener la viabilidad del proyecto de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.
5. Elaborar los Estudios Técnicos, IE, IEI, sobre la base de los entregables desarrollados por el consultor contratado por los postores precalificados, sin perjuicio de la necesidad de realizar los estudios técnicos, legales y económicos que sustenten los referidos documentos.
6. Elaborar las Bases y la VFC.

63.2 Proinversión puede contratar los servicios de consultoría para la realización de las actividades descritas en el párrafo precedente. Los términos de referencia del proceso de selección del consultor de Proinversión establecen las actividades y entregables que debe cumplir.

Artículo 64. Criterios para acceder al mecanismo de Diálogo Competitivo

Para acceder al mecanismo de Diálogo Competitivo, el proyecto debe estar incluido en el IMIAPP de la entidad pública titular del proyecto y debe cumplir de manera conjunta las siguientes condiciones:

1. Que se trate de proyectos de competencia nacional.
2. Que sean proyectos sobre los que existe experiencia escasa o nula en el país, en materia de diseño, construcción, financiamiento, operación o mantenimiento en proyectos similares.
3. Que sean proyectos con un CTI superior a doscientos mil (200,000) UIT, dicho monto puede ser modificado mediante Resolución Ministerial del MEF.

Artículo 65. Fases del mecanismo de Diálogo Competitivo

El Diálogo Competitivo comprende las fases de Formulación, Estructuración y Transacción, conforme a lo dispuesto en el presente Subcapítulo.

Artículo 66. Fase de Formulación en el mecanismo de Diálogo Competitivo

La fase de Formulación en el Diálogo Competitivo comprende: i) la precalificación de postores, ii) el diálogo con postores precalificados, iii) la elaboración del IE, iv) la opinión del MEF al IE y v) la Incorporación al Proceso de Promoción.

Artículo 67. Precalificación de postores

67.1 Realizada la contratación del consultor por parte de Proinversión, este realiza la convocatoria a los postores interesados, la cual debe ser publicada en su portal institucional, así como en el diario oficial El Peruano por dos (02) días calendario consecutivos, indicando el enlace para acceder a las Bases del mecanismo de Diálogo Competitivo y a la información señalada en el párrafo 62.2 del artículo 62.

67.2 Las Bases del mecanismo de Diálogo Competitivo contienen como mínimo:

1. Los plazos para la presentación de consultas y comentarios a las Bases.
2. Los requisitos técnicos, legales y financieros solicitados a los postores.
3. Los criterios de selección de los postores con los que se desarrolla el mecanismo de Diálogo Competitivo.
4. Los mecanismos que fomenten la competencia, transparencia, integridad y eviten actos de corrupción.

67.3 Concluida la evaluación de postores, Proinversión elabora una lista acotada con un mínimo de dos (02) y un

máximo de cinco (05) postores precalificados, quienes son los únicos habilitados para continuar en el proceso de Diálogo Competitivo.

67.4 En cualquier fase del mecanismo de Diálogo Competitivo los postores precalificados pueden decidir no continuar con el proceso, aplicándose lo dispuesto en el artículo 75. En el caso de contar con un solo postor precalificado, Proinversión da por concluido el mecanismo de Diálogo Competitivo y evalúa la conveniencia de continuar con el proyecto como iniciativa estatal.

67.5 Asimismo, los postores precalificados pueden realizar modificaciones a su conformación, siempre que mantengan o mejoren su capacidad técnica o financiera. No pueden formar parte de los postores precalificados aquellos que hayan optado por no continuar con el proceso.

67.6 La modificación del postor precalificado puede ser efectuada hasta antes de la solicitud de opiniones regulada en el párrafo 74.2 del artículo 74. En estos casos, el postor precalificado formula su solicitud de modificación ante Proinversión, acompañando los documentos que la sustentan. Proinversión responde dicha solicitud en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida.

Artículo 68. Contratación del consultor por parte de los postores precalificados

68.1 Los postores precalificados concurren en partes iguales al financiamiento de la contratación del consultor o consultores que les brinden asistencia durante el procedimiento del Diálogo Competitivo. Dicho financiamiento puede ser reembolsado en los supuestos establecidos en el artículo 75. Los postores precalificados presentan una declaración jurada adjunta a la propuesta de estudios realizados, indicando los gastos en que hubieran incurrido para su elaboración, los cuales son reconocidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 75.

68.2 En caso se requiera obtener la viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, la contratación del consultor o consultores debe considerar que la declaratoria de viabilidad o rechazo, corresponde a la UF de la entidad pública titular del proyecto.

Artículo 69. Diálogo con postores precalificados durante la fase de Formulación

69.1 Una vez contratados los consultores a los que se refieren los artículos 63 y 68, Proinversión, en coordinación con la entidad pública titular del proyecto, programa reuniones con los postores precalificados y su consultor a fin de dialogar sobre las distintas soluciones técnicas, legales y económicas del proyecto. Dichas reuniones se llevan a cabo de manera individual o conjunta, respetando los principios de Transparencia y Competencia. Proinversión define la duración máxima del periodo de reuniones, dependiendo de las características de cada proyecto.

69.2 Considerando la información referida en el párrafo 62.2 del artículo 62, los postores precalificados brindan a Proinversión y al consultor contratado por los postores, información debidamente documentada respecto a la alternativa que consideren técnicamente idónea para el desarrollo del proyecto, incluyendo experiencias en proyectos similares, variables críticas para la adecuada implementación del proyecto, principales contingencias vinculadas al tipo de proyecto, y cualquier información que consideren relevante para la elaboración de los Estudios Técnicos y el IE.

Artículo 70. Informe de Evaluación

70.1 Proinversión elabora el IE, conforme a lo establecido en el artículo 44.

70.2 Proinversión, la entidad pública titular del proyecto y los consultores no pueden revelar a los postores precalificados la información que haya sido calificada expresamente como confidencial por alguno de los postores precalificados, sin su previo consentimiento. Proinversión aprueba las directivas para la calificación y tratamiento de la información confidencial.

70.3 En caso de proyectos cofinanciados, la UF de la entidad pública titular del proyecto formula el proyecto de inversión y declara la viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, sobre la base de la información proporcionada por el consultor de Proinversión.

70.4 Proinversión, sin excepción y bajo responsabilidad, debe solicitar y contar con la opinión previa al IE conforme a lo establecido en el artículo 45.

Artículo 71. Incorporación al Proceso de Promoción en el mecanismo de Diálogo Competitivo

Una vez aprobado el IE, Proinversión incorpora el proyecto al Proceso de Promoción mediante acuerdo de su Consejo Directivo. Dicho acuerdo es ratificado mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas y el Titular del sector al que corresponda el proyecto.

Artículo 72. Fase de Estructuración en el mecanismo de Diálogo Competitivo

La fase de Estructuración en el mecanismo de Diálogo Competitivo comprende: i) el diálogo con postores; ii) la elaboración del IEI, VFC y Bases y iii) la solicitud de opiniones de las entidades públicas correspondientes.

Artículo 73. Diálogo con los Postores Precalificados durante la fase de Estructuración

73.1 Incorporado el proyecto al Proceso de Promoción, Proinversión programa reuniones con los postores precalificados a fin de dialogar sobre los aspectos técnicos, legales y económicos de la alternativa seleccionada, así como de las Bases, IEI y VFC. Dichas reuniones se llevan a cabo de manera individual o conjunta, respetando los principios de Transparencia y Competencia. Proinversión define la duración máxima del periodo de reuniones, dependiendo de las características de cada proyecto.

73.2 Durante esta fase, los postores precalificados emiten comentarios y sugerencias a las Bases y la VFC, en la oportunidad indicada por Proinversión.

73.3 Con la VFC, Proinversión solicita las opiniones e informe previo conforme a lo señalado en el artículo 55.

Artículo 74. Transacción en el mecanismo de Diálogo Competitivo

74.1 La fase de Transacción en el mecanismo de Diálogo Competitivo comprende la adjudicación de la Buena Pro y la suscripción del Contrato.

74.2 Recibidas las opiniones e informe previo señalados en el artículo 55, Proinversión convoca a la presentación de ofertas según lo que establezcan las Bases del concurso.

74.3 Como mínimo deben presentarse ofertas técnicas y económicas válidas de dos (02) postores precalificados. De no ser así, Proinversión realiza la apertura al mercado de acuerdo a lo establecido en el Capítulo IV del Título IV, en lo que corresponda.

Artículo 75. Reembolso de gastos a favor de postores

75.1 En caso de adjudicación del proyecto, el Adjudicatario debe pagar a los postores precalificados los gastos incurridos para la elaboración de estudios a partir de la fase de Formulación y los gastos del proceso. Con la VFC se determina el costo de los estudios desarrollados por cada uno de los postores precalificados.

75.2 Procede el reembolso de gastos a favor de los postores precalificados, cuando éstos presenten una propuesta económica declarada válida, siempre que no resulten favorecidos con la adjudicación de la Buena Pro.

75.3 El reembolso de gastos comprende aquellos efectivamente realizados y directamente vinculados al desarrollo de las fases de Formulación, Estructuración y Transacción del proyecto, así como los mayores gastos originados por la preparación de la información adicional solicitada por Proinversión y la entidad pública titular del proyecto, que se encuentren debidamente sustentados.

75.4 No procede el reembolso de gastos; y, asimismo, la titularidad de los estudios realizados en el marco del

mecanismo de Diálogo Competitivo es asumida por Proinversión, en caso de que el postor precalificado se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en cualquier momento del Diálogo Competitivo decide no continuar con el proceso.
2. Cuando no presente una propuesta económica declarada válida.

TÍTULO V INICIATIVAS PRIVADAS

CAPÍTULO I DISPOSICIONES COMUNES

SUBCAPÍTULO I FASE DE PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN

Artículo 76. Fase de Planeamiento y Programación

La fase de Planeamiento y Programación de una IP culmina con la opinión de relevancia de las entidades públicas competentes identificadas por el OPIP en la admisión a trámite.

Artículo 77. Contenido mínimo de las iniciativas privadas

77.1 Las IP son presentadas ante el OPIP correspondiente, cumpliendo los siguientes requisitos:

1. El nombre o razón social del solicitante, con indicación de sus generales de ley, acompañando los correspondientes poderes del representante legal.
2. Estados financieros auditados de los últimos dos (02) años que demuestren la capacidad financiera del proponente de la IP.
3. Certificados o constancias emitidas por terceros distintos a la persona jurídica acreditada, que sustenten la capacidad técnica y la experiencia del proponente para el desarrollo de proyectos de similar envergadura.
4. La declaración jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la IP presentada.
5. La propuesta de cláusulas principales del Contrato.
6. El modelo económico financiero del proyecto propuesto.
7. La información solicitada en el inciso 2, los literales b) y c) del inciso 3, los literales b), c) y e) del inciso 4, los literales a), c) y d) del inciso 5 y el literal d) del inciso 10 del párrafo 44.2 del artículo 44.

77.2 Para el caso de las IPA se requiere, adicionalmente a lo establecido en el párrafo precedente, La información solicitada en el literal a) del inciso 3, los literales a), d), y f) del inciso 4, el literal b) del inciso 5, y el literal e) del inciso 10 del párrafo 44.2 del artículo 44.

77.3 Para el caso de las IPC se requiere, adicionalmente a lo establecido en el párrafo 77.1 del artículo 77, lo siguiente:

1. Los beneficios sociales del proyecto.
2. La información solicitada en el literal g) del inciso 4 del párrafo 44.2 del artículo 44.

Artículo 78. Identificación de entidades competentes

78.1 Es responsabilidad del OPIP identificar a todas las entidades competentes en el proyecto de IP durante la admisión a trámite de la misma.

78.2 Sin embargo, si durante cualquier etapa de la tramitación de una IP se identifican entidades que tienen competencia respecto a la misma, se puede incluir a dichas entidades en la etapa en la que se encuentre, teniendo que requerir su respectiva opinión de relevancia, la cual es vinculante para el proyecto. Para este caso resultan aplicables las reglas establecidas en el artículo 80.

Artículo 79. Opinión de relevancia que involucra a una entidad pública titular del proyecto

79.1 Admitida a trámite la IP, el OPIP tiene un plazo de diez (10) días hábiles para solicitar la opinión de relevancia a la entidad pública titular del proyecto a cuyo

ámbito corresponde el proyecto. La opinión de relevancia se emite conforme el artículo 81.

79.2 La opinión de relevancia de la IP es emitida por el Titular del Ministerio, por Acuerdo del Consejo Regional, Acuerdo del Concejo Municipal o por el titular de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa. En dicho acto se delega al Presidente del CPIP la emisión de opiniones y aprobaciones que correspondan a la entidad pública titular del proyecto, con excepción de la VFC. El plazo, contado a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud con la información sobre la IP, para la emisión de la opinión de relevancia es el siguiente:

1. Para el caso de IPA, noventa (90) días hábiles.
2. Para el caso de IPC, sesenta (60) días hábiles.
3. Los plazos indicados en los incisos precedentes pueden ser prorrogados por treinta (30) días hábiles.

79.3 En el caso de IPC, la entidad pública titular del proyecto, es responsable de evaluar y sustentar que dichas IPC no coincidan total o parcialmente con proyectos de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones en ejecución física o que la coexistencia de éstos con la IPC resulta técnica y legalmente viable.

79.4 Las entidades señaladas en el párrafo 79.2 del artículo 79, pueden requerir información adicional por única vez, convocar a exposiciones o realizar consultas sobre la IP al proponente, quien debe entregar dicha información o absolver las consultas dentro de un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles, sujetando la reanudación del cómputo del plazo al cumplimiento de los requerimientos; sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 83.

79.5 La entidad pública remite en el plazo señalado en el párrafo 79.2 del artículo 79, al OPIP la opinión de relevancia, como condición previa para el inicio de la Formulación.

79.6 Recibida la opinión de relevancia, el órgano máximo del OPIP elabora y aprueba, previa coordinación con la entidad pública titular del proyecto, el cronograma para el desarrollo del IE. En caso de que Proinversión sea el OPIP, dicha aprobación la realiza el Comité Especial de Inversiones previa coordinación con la entidad pública titular del proyecto.

79.7 Vencido el plazo sin que las entidades señaladas en el párrafo 79.2 del artículo 79, emitan su opinión de relevancia sobre la IP, el OPIP comunica de esta situación al proponente y da por rechazada la IP. La opinión de relevancia de la IP que emitan las entidades señaladas en el párrafo 79.2 del artículo 79, tiene carácter vinculante para el OPIP respecto a la continuación de su trámite.

79.8 Si durante el plazo de presentación de IPC, se presentara más de un proyecto orientado a satisfacer el mismo objetivo, en la opinión de relevancia la entidad pública titular del proyecto, opta por aquel que genere mayor valor por dinero conforme al párrafo 3.3 del artículo 3, u otros parámetros objetivos que establezca cada entidad durante su evaluación, siendo rechazado el proyecto por el que no optase la entidad pública titular del proyecto.

Artículo 80. Opinión de relevancia que involucra más de una entidad pública titular del proyecto

80.1 Si el proyecto corresponde al ámbito de más de una entidad, el OPIP solicita la opinión a cada una de ellas dentro de los diez (10) días hábiles de admitida a trámite, conforme a lo siguiente:

1. Dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la solicitud de opinión de relevancia, las entidades competentes deben informar al OPIP, su intención de continuar con el trámite de la IP.
2. Si por el contrario, alguna de las entidades competentes comunica su intención de no continuar con el proyecto u omite pronunciarse dentro del plazo previsto en el inciso anterior, el OPIP solicita al proponente que le confirme su interés y pertinencia de continuar con la tramitación de la IP, sin incluir el componente sobre el cual no se informó la intención de continuar.

3. En caso afirmativo, el proponente remite la IP modificada para la opinión de relevancia de las entidades que resulten competentes, dentro del plazo que le comunique el OPIP. Durante este periodo se suspende el plazo para la opinión de relevancia.

4. Recibida la IP modificada, el OPIP solicita la opinión de relevancia a la entidad o entidades que resulten competentes, la cual es emitida en el plazo remanente. Asimismo, en este plazo se suscriben los acuerdos a que se refiere el inciso 2 del artículo 21, de corresponder.

80.2 Vencido el plazo al que se refiere el párrafo 79.2 del artículo 79, sin que se cuente con la opinión de relevancia y la suscripción de acuerdos regulada en el inciso 2 del artículo 21 de corresponder, se entiende que la IP ha sido rechazada.

80.3 Para la solicitud de información adicional, exposiciones, consultas o modificaciones a la IP, se aplica lo señalado en el párrafo 79.4 del artículo 79.

80.4 Tratándose de IP que involucren competencia de Gobiernos Locales, en caso las municipalidades provinciales no emitan opinión favorable de relevancia a proyectos de competencia distrital, sustentan su respectiva decisión.

Artículo 81. Contenido de la opinión de relevancia

La opinión de relevancia contiene los siguientes aspectos:

1. Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: nombre, entidad competente, antecedentes, área de influencia del proyecto, objetivos y clasificación del proyecto.

2. Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda, y su congruencia con los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertados regionales y locales.

3. Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.

4. Evaluación técnica preliminar del proyecto, así como los Niveles de Servicio o niveles de desempeño esperados y las fuentes de ingreso del proyecto.

5. Estimación de costos de supervisión.

6. Cronograma de adquisición y/o expropiación de terrenos, reubicaciones o reasentamientos, servidumbres y liberación de interferencias, la proyección de gastos derivados de éstos y gastos por supervisión.

7. Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto, identificando de ser el caso los eventuales problemas que pueden retrasarlo.

8. Solicitud para dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada que se hubiera aprobado, en caso corresponda.

9. Indicar, en los casos en que la propuesta de la IP asuma que el Estado cuenta con la titularidad del bien necesario para la ejecución de la infraestructura o la prestación del servicio, si cuenta con la titularidad de los mismos y si éstos no están afectos a necesidades de saneamiento físico legal, de corresponder.

Artículo 82. Inclusión al Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas

82.1 Emitida la opinión de relevancia de la IP, el OPIP incluye de manera informativa el proyecto en el IMIAPP, indicando la información referida en el inciso 2 y el literal c) del inciso 3 del párrafo 44.2 del artículo 44, así como el CTP referencial o el CTI referencial presentado por el proponente, sin requerir la opinión a la que se refiere el artículo 41. Para el caso de las IPC, adicionalmente se debe incluir la información referida en el inciso 2 del párrafo 77.3 del artículo 77.

82.2 Con la publicación de la DI, se incluye de manera completa la IP al IMIAPP.

82.3 La inclusión en el IMIAPP no limita la elaboración del IE, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 40.9 del artículo 40.

Artículo 83. Ampliaciones y/o modificaciones a las iniciativas privadas

83.1 El OPIP, en cualquier fase, está facultado para proponer a pedido de la entidad pública titular del proyecto o, por iniciativa propia contando previamente con opinión técnica de la entidad pública titular del proyecto, la introducción de ampliaciones y/o modificaciones que considere convenientes y/o necesarias en el contenido y diseño de la IP. La opinión técnica de la entidad pública titular del proyecto debe ser emitida en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles de solicitud, bajo responsabilidad.

83.2 El proponente de la IP cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde la recepción de la comunicación del OPIP, para expresar su conformidad o disconformidad con las ampliaciones y/o modificaciones propuestas. En caso de conformidad, la IP continúa su trámite. Una vez aceptadas las ampliaciones y/o modificaciones por el proponente, el OPIP le otorga un plazo prudencial, según sea el caso, para incorporarlas al proyecto.

83.3 En caso que el proponente manifieste su disconformidad a la solicitud de modificación, la IP es rechazada.

83.4 Durante la evaluación de la IP en sus distintas fases, el proponente no puede realizar unilateralmente modificaciones o ampliaciones a la IP presentada.

SUBCAPÍTULO II FASE DE FORMULACIÓN

Artículo 84. Iniciativas privadas sobre proyectos de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones

84.1 Si durante las distintas fases de las IP admitidas a trámite se identifica la existencia de proyectos de inversión declarados viables y en ejecución en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, el OPIP en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles, remite a la entidad pública titular del proyecto la información sobre las referidas IP.

84.2 La entidad pública titular del proyecto en el plazo máximo de veinte (20) días hábiles remite al OPIP lo siguiente:

1. Identificación de otros proyectos de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones o sus componentes contenidos o vinculados con la IP remitida,

2. Situación actual de los proyectos de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones o sus componentes identificados y,

3. Decisión sobre la continuidad de la IP y su vinculación o no con los proyectos de inversión en ejecución.

84.3 La decisión adoptada por la entidad pública titular del proyecto en mérito a lo dispuesto en el párrafo precedente, es vinculante respecto al contenido de la IP o al rechazo. Vencido el plazo sin el pronunciamiento de la entidad pública titular del proyecto la IP se entiende como rechazada.

84.4 Con el pronunciamiento de la entidad pública titular del proyecto o vencido dicho plazo sin que esta se haya pronunciado, el OPIP comunica al proponente la decisión adoptada por la entidad pública titular del proyecto.

84.5 De corresponder, el proponente cuenta con un plazo de diez (10) días hábiles para expresar su conformidad o disconformidad con la modificación de la IP. Una vez aceptada la modificación por el proponente, el OPIP le otorga un plazo prudencial, de acuerdo al caso, para incorporarlas al proyecto. En caso de disconformidad del proponente o si éste no se pronuncia dentro del plazo antes indicado, el OPIP rechaza la IP mediante pronunciamiento expreso.

Artículo 85. Elaboración de Estudios Técnicos e incorporación al Proceso de Promoción y Publicación

85.1 Los Estudios Técnicos a los que se refiere el artículo 43 y el párrafo 44.3 del artículo 44. son elaborados

y presentados por el proponente, sin perjuicio de que el OPIP realice o contrate estudios adicionales a los del proponente, o requiera mayor información a la entidad pública titular del proyecto para la elaboración del IE.

85.2 Con la opinión favorable del MEF al IE, la máxima autoridad del OPIP incorpora el proyecto al Proceso de Promoción y publica en su portal institucional la información contenida en la declaratoria de viabilidad para el caso de proyectos cofinanciados y, para proyectos autofinanciados, los Estudios Técnicos del proyecto contenida en el IE.

SUBCAPÍTULO III FASE DE ESTRUCTURACIÓN

Artículo 86. Fase de Estructuración

86.1 La fase de Estructuración comprende el diseño del proyecto como APP, incluida su estructuración económica financiera, el mecanismo de retribución en caso corresponda, Análisis de Riesgos del proyecto y el diseño de la VIC exclusivamente a cargo del OPIP, sin perjuicio de las opiniones e informe previos señaladas en el artículo 55, y procurando que los mecanismos de pagos estén vinculados a la prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura, para lo cual el OPIP realiza previamente una evaluación de alternativas de mecanismos de pago.

86.2 Para la solicitud de opiniones e informe previo referidos en el párrafo anterior, el OPIP remite conjuntamente con la VIC la información a la que se refiere el artículo 50.

86.3 Durante la fase de Estructuración el OPIP elabora el Contrato de acuerdo con lo señalado en el artículo 48. La presente disposición no limita o restringe las evaluaciones y/o coordinaciones que puedan realizarse durante esta fase con la participación del proponente.

Artículo 87. Declaratoria de Interés

87.1 Luego de incorporado el proyecto contemplado en la IP al Proceso de Promoción y dentro de la fase de Estructuración, el OPIP aprueba la DI, la cual debe contener como mínimo la siguiente información:

1. Un resumen del proyecto contenido en la IP que contemple:

- El objeto y alcance del proyecto de inversión.
- Los bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrolla el proyecto.
- La modalidad contractual y plazo del Contrato.
- El monto referencial de la inversión.
- El cronograma tentativo del proyecto.
- La forma de retribución propuesta, con indicación de si el proyecto requiere incremento de tarifa, de corresponder.
- Los costos incurridos por el proponente en la elaboración de la IP hasta la DI, incluyendo los generados por las ampliaciones y/o modificaciones según lo regulado en el artículo 83.

2. Los requisitos de precalificación del proceso de selección que se convoque.

3. El Factor de Competencia del proceso de selección que se convoque.

4. El modelo de carta de expresión de interés y modelo de carta fianza a ser presentada por los terceros interesados en la ejecución del proyecto, la cual es solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y de realización automática, cuyo monto no puede exceder el cinco por ciento (5%) del CTP o CTI.

5. La VIC de APP, la cual debe contar con las opiniones previas e informe previo conforme a lo señalado en el artículo 55.

6. Información técnica del proyecto que consolide la propuesta formulada en la IP y sus modificaciones.

87.2 El OPIP solicita al proponente su conformidad sobre la DI, cubrir los costos de la publicación y entregar la carta fianza respectiva a fin de asegurar la suscripción

del Contrato correspondiente en caso que el proyecto sea adjudicado directamente, lo cual debe ser realizado por el proponente en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles de recibida la solicitud.

87.3 La DI es publicada en el portal institucional del OPIP y en el diario oficial El Peruano por dos (02) días calendario consecutivos, indicando el enlace para acceder a la VIC en formato electrónico. Debe indicarse además el mecanismo aplicable al proceso de selección, que puede ser la Licitación Pública Especial, Concurso de Proyectos Integrales u otros mecanismos competitivos. Dicha publicación es realizada dentro de un plazo no mayor de diez (10) días calendario de recibida la conformidad del proponente sobre la DI y cubiertos los costos de la publicación y entregar la carta fianza respectiva.

87.4 Una vez aprobada la DI, el OPIP está facultado a realizar las actividades de promoción que estime convenientes y fomenten la concurrencia de terceros interesados.

87.5 En caso el proponente no manifieste conformidad a la DI o no presente a satisfacción del OPIP tanto la carta fianza como el pago por concepto de publicación a que se refiere el párrafo 87.2 del artículo 87, el Estado asume la titularidad del proyecto y el proponente pierde cualquier derecho asociado a ésta. En este supuesto, el OPIP deja sin efecto la DI, pudiendo optar entre la cancelación del proceso o su continuación como iniciativa estatal aplicando lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV.

87.6 Cuando los supuestos regulados en el párrafo precedente se deban a cambios propuestos por las entidades públicas al alcance y/o aspectos técnicos, económicos y financieros del proyecto sin la conformidad del proponente, habiéndose solicitado ésta, corresponde reembolsar al proponente el costo de los estudios conforme a los requisitos previstos en el artículo 93, siempre que se opte por continuar con el proyecto como iniciativa estatal u otra modalidad de contratación pública.

SUBCAPÍTULO IV FASE DE TRANSACCIÓN

Artículo 88. Apertura al mercado

88.1 Publicada la DI, los terceros interesados cuentan con un plazo máximo de noventa (90) días calendario para presentar sus expresiones de interés para la ejecución del mismo proyecto, debiendo acompañar su solicitud de expresión de interés con la carta fianza correspondiente y la documentación adicional exigida por el OPIP.

88.2 En la fase de Transacción se pueden presentar nuevos postores, siempre que se hubiera presentado por lo menos un tercero interesado durante el plazo al que se refiere el párrafo precedente. Estos postores deben cumplir con los mismos requisitos acreditados por el tercero interesado, incluida la presentación de la garantía de seriedad.

Artículo 89. Adjudicación directa

89.1 Transcurrido el plazo de noventa (90) días calendario a partir del día siguiente de la publicación de la DI, sin que ningún tercero manifieste su interés en la ejecución del proyecto, se procede a la adjudicación directa a favor del proponente de la IP. La adjudicación directa es aprobada mediante acuerdo del órgano máximo del OPIP.

89.2 Previo a la suscripción del Contrato, el proponente debe pagar al OPIP los costos directos e indirectos en los que haya incurrido dicho OPIP durante la tramitación, evaluación y DI de la IP y presentar el modelo económico financiero del proyecto.

89.3 El Contrato debe suscribirse dentro de los noventa (90) días calendarios de producida la respectiva adjudicación, salvo ampliación de plazo efectuado por el OPIP.

Artículo 90. Proceso de selección en iniciativas privadas

90.1 Si dentro del plazo previsto en el artículo 88 concurren uno o más terceros interesados en la

ejecución del mismo proyecto objeto de la IP, el OPIP, al término del plazo, debe cursar una comunicación escrita al proponente, poniendo en su conocimiento la existencia de terceros interesados en el proyecto e iniciar el correspondiente proceso de selección, para lo cual procede a elaborar las Bases.

90.2 El proceso de selección es realizado de acuerdo a lo establecido en las Bases, las cuales incluyen la información publicada en la DI, incorporando los Niveles de Servicio, las especificaciones técnicas mínimas, y en caso lo determine el OPIP, la posibilidad de presentación de propuestas técnicas que empleen tecnologías o soluciones técnicas diferentes, que garantice la competencia, devolviendo la carta fianza entregada por el proponente de la IP.

90.3 En caso el proponente no participe en el proceso de selección que se convoque, pierde el derecho a solicitar el reembolso de los gastos en los que hubiese incurrido en la preparación de la propuesta.

90.4 En caso que la Buena Pro para la ejecución del proyecto fuera otorgada al titular de una propuesta distinta a la del proponente de la IP, se reintegran al proponente los gastos en los que hubiera incurrido conforme a lo señalado en el artículo 93 del presente Reglamento y el artículo 48 de la Ley.

Artículo 91. Consultas a las Bases

91.1 Los postores pueden realizar consultas a las Bases y comentarios y sugerencias a la VIC, conforme a las reglas y oportunidad previstas en las Bases. Asimismo, pueden solicitar reuniones y acceder a la documentación pública disponible relacionada con el proyecto; así como a la IP y sus modificaciones. El OPIP tiene la obligación de evaluar las consultas a las Bases y publicar sus respectivas respuestas, así como publicar las sugerencias recibidas al Contrato.

91.2 El proponente también puede realizar consultas a las Bases y comentarios y sugerencias a la VIC, conforme a las reglas y oportunidad previstas en las Bases. El OPIP tiene la obligación de evaluar y responder por escrito a cada una de las consultas a las Bases.

91.3 El OPIP elabora la VFC y solicita las opiniones e informe previo establecidos en el artículo 55, remitiendo conjuntamente con la VFC la información a la que se refiere el artículo 50.

91.4 En los casos que el proponente participe en el proceso de selección que se convoque y cumpla con presentar la documentación requerida en las Bases a efectos de ser considerado un postor precalificado, así como una oferta técnica y económica válidas, según lo previsto en dichas Bases, tiene derecho a igualar la oferta que hubiera quedado en primer lugar. De ejercer este derecho, se procede a un desempate definitivo entre el proponente y el postor que hubiere quedado en primer lugar, presentando cada uno una mejor oferta en función del Factor de Competencia. Este desempate debe realizarse en el mismo acto de apertura de las ofertas económicas y la adjudicación de la Buena Pro.

Artículo 92. Modificación de los integrantes del proponente

92.1 El proponente de la IP puede realizar modificaciones a su conformación, siempre que mantenga o mejore su capacidad técnica o financiera.

92.2 La modificación del proponente puede ser efectuada hasta antes de la suscripción del Contrato. En estos casos, el proponente formula su solicitud de modificación ante el OPIP, acompañando los documentos que la sustentan. El OPIP responde dicha solicitud en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida.

92.3 Además de lo dispuesto en el presente artículo, en caso se presenten terceros interesados, la modificación del proponente se realiza conforme lo establezcan las Bases.

Artículo 93. Reembolso de gastos a favor del proponente

93.1 Con la DI, o excepcionalmente, al momento de adquirir los estudios realizados por el proponente conforme

al párrafo 48.4 del artículo 48 de la Ley, el OPIP determina el costo de los estudios desarrollados por el proponente, incluyendo aquellos efectuados para la incorporación de ampliaciones o modificaciones solicitadas por el OPIP, los mismos que son pagados conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley.

93.2 En ningún caso, el monto total de los gastos a reintegrar puede exceder el dos por ciento (2%) del CTI o del CTP en aquellos proyectos que no contengan componente de inversión.

Artículo 94. Aplicación supletoria

Las disposiciones referidas a la fase de Estructuración y Transacción de las APP de iniciativa estatal se aplican supletoriamente al procedimiento de IP.

SUBCAPÍTULO V FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Artículo 95. Reglas aplicables durante la fase de Ejecución Contractual de Iniciativas Privadas

Las reglas aplicables durante la fase de Ejecución Contractual se regulan en el Título VI.

CAPÍTULO II INICIATIVAS PRIVADAS AUTOFINANCIADAS

Artículo 96. Iniciativas privadas autofinanciadas

Conforme a lo establecido en el párrafo 45.5 del artículo 45 de la Ley, las IPA tienen la naturaleza de peticiones de gracia y cumplen con las condiciones establecidas en el párrafo 30.3 del artículo 30.

Artículo 97. Presentación de iniciativas privadas autofinanciadas

97.1 Las IPA son propuestas que el sector privado puede presentar en cualquier momento al Estado para el desarrollo de proyectos de APP en infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada e/o innovación tecnológica, de acuerdo a los requisitos establecidos en el artículo 77.

97.2 La presentación de IPA no se limita al contenido del IMIAPP.

Artículo 98. Admisión a trámite

98.1 Presentada la IPA por el proponente, el OPIP evalúa el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 77 y la capacidad técnica y financiera del proponente.

98.2 El procedimiento para la admisión a trámite es el siguiente:

1. Dentro de un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el OPIP debe informar al proponente si la IP ha sido admitida a trámite o requiere subsanación o aclaración.

2. En caso de solicitarse subsanación o aclaración, el proponente dispone de diez (10) días hábiles para realizar la subsanación o aclaración, salvo plazo mayor, que no debe exceder los veinte (20) días hábiles, otorgado por el OPIP, dependiendo de la naturaleza del requerimiento.

3. En caso el proponente no realice la subsanación o aclaración, la IP es considerada como no presentada, procediendo a la devolución de toda la documentación.

4. Realizada la subsanación o aclaración, el OPIP dispone de diez (10) días hábiles para admitir a trámite la IP y cinco (05) días hábiles adicionales para notificar la decisión adoptada.

5. Transcurrido el plazo sin la notificación del OPIP, se entiende que la IP ha sido admitida a trámite.

98.3 Dentro del plazo para la admisión a trámite, el OPIP verifica si la IP recae sobre proyectos que coincidan total o parcialmente con proyectos en los que se haya aprobado el respectivo Plan de Promoción e incorporado al Proceso de Promoción.

98.4 En caso se hubiera aprobado el Plan de Promoción e incorporado al Proceso de Promoción a los

que se refiere el párrafo precedente y hubiese transcurrido un plazo de ciento veinte (120) días hábiles sin que se haya convocado el proceso de selección respectivo, se procede conforme a lo siguiente:

1. El OPIP puede admitir a trámite y evaluar la IP presentada.

2. De ser admitida a trámite la IP, el OPIP debe coordinar con la entidad competente a fin de que esta última realice las acciones para dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada que se hubiera aprobado y excluir el proyecto del Proceso de Promoción.

3. La entidad competente debe optar por continuar con la IP o el Proceso de Promoción, situación que es establecida en la opinión de relevancia.

Artículo 99. Reglas especiales para la Formulación

El OPIP elabora y aprueba el IE en el cual incluye como mínimo los requisitos establecidos en el párrafo 44.2 del artículo 44 en lo que resulte aplicable, para lo cual está facultado a requerir información o estudios adicionales a la entidad pública titular del proyecto y al proponente, requiriéndose además la opinión previa favorable de la entidad pública titular del proyecto, así como del MEF conforme a lo establecido en el artículo 45. Con la aprobación del IE, se incorpora el proyecto al Proceso de Promoción.

Artículo 100. Proyectos alternativos

100.1 En el caso de las IPA se considera proyectos alternativos a aquellos que, pretendiendo el uso de los mismos recursos, no se encuentren destinados al mismo objetivo. Los proyectos alternativos pueden ser presentados hasta antes de la fecha de publicación de la DI.

100.2 Cuando el OPIP verifique que se ha admitido a trámite una o más IP referidas a un proyecto de inversión que dicho OPIP considere alternativo al de la IP en evaluación, se solicita la opinión previa de la entidad competente, para que determine la IP de su preferencia, previa evaluación del valor por dinero y la innovación tecnológica propuesta y demás parámetros objetivos que establezca cada entidad. Dicha opinión es emitida por el CPIP y es ratificada por el órgano máximo del OPIP.

100.3 La declaración de preferencia suspende la tramitación y/o evaluación de la IP no preferida. Si el proyecto de inversión contenido en la IP declarada preferente es convocado a proceso de selección o se suscribe el Contrato correspondiente en caso de adjudicación directa, la IP suspendida es rechazada.

Artículo 101. Proyectos sustitutos

101.1 Se considera proyectos sustitutos a aquellos que se encuentren orientados al mismo objetivo, siendo considerados como el mismo proyecto, aun cuando empleen tecnologías diferentes.

101.2 En este caso, si el OPIP verifica que se ha admitido a trámite una o más IPA referidas a proyectos sustitutos, el OPIP continúa con la tramitación de la primera IP admitida a trámite.

101.3 La evaluación de la segunda IP admitida a trámite queda suspendida hasta que se resuelva la DI o el rechazo de la primera IP admitida a trámite. En caso la primera IP no fuera declarada de interés, se procede a evaluar la siguiente IP presentada y así sucesivamente.

CAPÍTULO III

INICIATIVAS PRIVADAS COFINANCIADAS

Artículo 102. Iniciativas privadas cofinanciadas

102.1 Las IPC son propuestas que el sector privado puede presentar ante Proinversión para el desarrollo de proyectos de APP señalados en el artículo 46 de la Ley, de acuerdo a las necesidades de intervención y compromisos máximos a ser asumidos por la entidad pública titular del proyecto.

102.2 Conforme a lo establecido en el párrafo 45.5 del artículo 45 de la Ley, las IPC tienen naturaleza de

peticiones de gracia y cumplen lo establecido en el párrafo 30.4 del artículo 30.

102.3 Las IPC deben tener plazos contractuales iguales o mayores a diez (10) años y un CTI, o un CTP en caso no contengan componente de inversión, superior a quince mil (15,000) UIT.

Artículo 103. Presentación de iniciativas privadas cofinanciadas de competencia del Gobierno Nacional

103.1 La presentación de proyectos a ser financiados total o parcialmente por el Gobierno Nacional se realiza en el momento, durante el plazo y las materias determinadas mediante Decreto Supremo refrendado por los Titulares de los ministerios solicitantes y el Ministro de Economía y Finanzas.

103.2 Para la emisión del Decreto Supremo, cada Ministerio debe presentar al MEF su programación presupuestal multianual para los próximos diez (10) años y los montos que estén dispuestos a comprometer, los cuales deben ser consistentes con el IMIAPP al que se refiere el artículo 40 y la Programación Multianual de Inversiones. Como resultado de la evaluación de dicha información, el MEF comunica al Ministerio solicitante su Capacidad Presupuestal máxima.

103.3 Los sectores incluidos en el Decreto Supremo deben publicar, a través de Proinversión, las necesidades de intervención en infraestructura pública y servicios públicos, o servicios vinculados a infraestructura pública o servicios públicos que requiera brindar el Estado; así como la Capacidad Presupuestal máxima con la que cuentan para asumir dichos compromisos, esto incluye los montos que están dispuestos a comprometer, los cuales han sido previamente informados por el MEF.

103.4 El Decreto Supremo al que hace referencia el presente artículo, dispone el plazo de presentación de las IPC en atención al alcance y complejidad de las necesidades de intervención, el cual no puede ser menor a tres (03) meses desde su publicación. La presentación de IPC se realiza durante treinta (30) días hábiles de transcurrido el plazo fijado en el Decreto Supremo.

Artículo 104. Presentación de iniciativas privadas cofinanciadas del Gobierno Regional y/o Gobierno Local

104.1 Las necesidades de intervención en proyectos en infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública o servicios públicos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica de competencia de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, a ser desarrolladas mediante el mecanismo de IPC, así como la Capacidad Presupuestal máxima con la que cuentan para asumir dichos compromisos, deben ser incluidos en el IMIAPP al que se refiere el artículo 40.

104.2 Corresponde a los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, de manera previa a lo señalado en el párrafo precedente, presentar para la evaluación del MEF los montos que estén dispuestos a comprometer y el sustento de Capacidad Presupuestal para desarrollar IPC.

104.3 Se pueden presentar IPC de competencia de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales durante los primeros noventa (90) días calendario de cada año.

Artículo 105. Presentación de iniciativas privadas cofinanciadas de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa

105.1 Para el caso de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa que pertenezcan o se encuentren adscritas al Gobierno Nacional, deben seguir lo dispuesto en el artículo 103. El Decreto Supremo correspondiente es refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas a solicitud de dicha entidad.

105.2 Para el caso de otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa que pertenezcan a algún Gobierno Regional o Gobierno Local, deben seguir lo dispuesto en el artículo 104 e incluir sus necesidades de intervención y Capacidad Presupuestal en el IMIAPP de la entidad correspondiente.

Artículo 106. Admisión a trámite

106.1 Presentada la IPC por el proponente, Proinversión evalúa el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 77 y verifica si la IPC recae sobre proyectos que coincidan total o parcialmente con aquellos respecto de los cuales se hubiera aprobado el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada o se encuentren en formulación. Asimismo, evalúa y aprueba la capacidad técnica y financiera del proponente de acuerdo a los lineamientos que apruebe para tal fin.

106.2 El procedimiento de admisión se rige por lo dispuesto para las IPA en el artículo 98, en lo que corresponda. Culminada la etapa de admisión a trámite de las IPC, Proinversión remite a la entidad pública titular del proyecto el conjunto de las IPC que recaigan en proyectos de su competencia.

Artículo 107. Contratación del consultor

107.1 En caso la entidad pública titular del proyecto encargue a Proinversión la contratación de la consultoría para la formulación y declaratoria de viabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 46.5 de la Ley, los términos de referencia de dicho proceso establecen que los entregables del consultor hasta la declaratoria de viabilidad o su rechazo en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, son aprobados por la UF competente.

107.2 En el supuesto regulado en el párrafo anterior, recibida la opinión de relevancia y de corresponder la documentación señalada en el artículo 80, en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles, Proinversión realiza el proceso de selección para la contratación del consultor.

107.3 Asimismo, los términos de referencia establecen que la función del consultor no se limita a la evaluación de la IPC sino a la generación de información necesaria para la toma de decisiones de la entidad pública respectiva, incluyendo el análisis de alternativas, de corresponder.

Artículo 108. Reglas especiales para la Formulación

108.1 Tratándose de proyectos cofinanciados que contengan uno o más proyectos de inversión del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, es competencia de la UF correspondiente la formulación conforme a la normativa de dicho Sistema.

108.2 La UF elabora, aprueba y remite al proponente los contenidos mínimos de los estudios de preinversión del proyecto de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

108.3 El proponente debe presentar una declaración jurada adjunta a la propuesta de estudio de preinversión, indicando los gastos en que hubiere incurrido para su elaboración, los cuales son reconocidos de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento. En caso el proyecto no obtenga la declaratoria de viabilidad, la IPC es rechazada.

108.4 Los estudios de preinversión deben cumplir con los lineamientos para la formulación de las APP cofinanciadas que emita el MEF, así como con la normativa del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

108.5 Tratándose de proyectos cofinanciados que no contengan proyectos de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, corresponde a la entidad pública respectiva realizar la formulación, la cual incluye la evaluación económica y financiera del proyecto a ser ejecutado bajo la modalidad de APP, considerando el valor estimado del mismo, demanda estimada, costos estimados, evaluación preliminar del impacto social, entre otros, a fin de determinar si es económica y socialmente rentable.

108.6 Culminada la formulación referida en los párrafos precedentes, Proinversión revisa y procede a elaborar el IE el cual requiere opinión previa favorable de la entidad pública titular del proyecto, así como del MEF conforme a lo establecido en el artículo 45. Con la aprobación del IE, se puede incorporar el proyecto al Proceso de Promoción.

TÍTULO VI EJECUCIÓN CONTRACTUAL

CAPÍTULO I DESARROLLO DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Artículo 109. Cesión de posición contractual

Las disposiciones sobre cesión de posición contractual que se incorporen en los Contratos de APP preservan la suficiencia técnica, legal y financiera requerida para garantizar una adecuada operación del proyecto, teniendo en cuenta la fase de Ejecución Contractual en que se produzca la cesión. Cada Contrato establece el procedimiento, requisitos y condiciones para que proceda la cesión de posición contractual.

Artículo 110. Aspectos técnicos del proyecto

110.1 Los Contratos pueden introducir la posibilidad de establecer optimizaciones en búsqueda de eficiencias y mejoras, ahorro de costos al Estado, reducción de necesidad de expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos, mejoras en el método constructivo, entre otros, siempre que ello no conlleve la disminución de los Niveles de Servicio ni la calidad de la obra.

110.2 Los cambios en el alcance y en el diseño a solicitud del Estado que generen sobrecostos, requieren previa opinión de Capacidad Presupuestal del órgano encargado de presupuesto de la entidad pública.

110.3 La aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en el respectivo Contrato de APP.

Artículo 111. Suspensión del Contrato

111.1 El Contrato de APP se suspende por las siguientes causales:

1. En caso de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor que impidan la ejecución del Contrato o prestación de servicios.

2. Cuando se produzca una destrucción parcial de la infraestructura pública o de sus elementos, de modo que resulte imposible su utilización por un determinado período, en los términos señalados en el Contrato correspondiente.

3. Por cualquier otra causal convenida en el Contrato.

111.2 La suspensión extiende el plazo del Contrato de APP por un período equivalente al de la causa que la originó, salvo disposición contraria en el Contrato.

111.3 Durante el período de suspensión del Contrato de APP se interrumpe el cómputo del plazo de vigencia del Contrato. El Contrato debe incluir los mecanismos para establecer la continuidad del proyecto.

Artículo 112. Terminación

112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato.

112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

1. Cumplimiento de plazo del Contrato.

2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.

3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.

4. Acuerdo de las partes.

5. Resolución por parte del Estado por razones de interés público.

6. Destrucción total de la infraestructura pública.

7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.

112.3 Cuando el Contrato termine por causa imputable al Inversionista, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo Contrato, el Contrato debe establecer que no procede indemnización a favor del Inversionista, por concepto de daños y perjuicios.

Artículo 113. Derechos de intervención a favor de los acreedores permitidos

113.1 El Contrato de APP puede establecer derechos a favor de los acreedores permitidos del Inversionista, quienes rigen su actuación por el derecho privado. Los acreedores permitidos no forman parte de la relación contractual entre el Estado y el Inversionista para el desarrollo de la APP, sin perjuicio de los derechos establecidos en el Contrato de APP a favor de éstos.

113.2 Los derechos de cobro del Inversionista derivados de los Contratos de APP son libremente transferibles sin necesidad de autorización previa del Estado, salvo que el Contrato establezca algo distinto.

Artículo 114. Revisión de los documentos del Endeudamiento Garantizado Permitido

114.1 Cuando el Contrato de APP a cargo de Proinversión establece la revisión de los documentos que sustenten el Endeudamiento Garantizado Permitido o Cierre Financiero o análogos, corresponde a Proinversión revisar y emitir la conformidad sobre éstos conforme a los alcances que establezca cada Contrato.

114.2 En caso que el Factor de Competencia del proceso esté vinculado al Endeudamiento Garantizado Permitido o este último pueda generar un impacto tarifario, se requiere la opinión previa de la entidad pública titular del proyecto o del organismo regulador, respectivamente.

114.3 La participación de las entidades públicas a la que se refiere el presente artículo y el procedimiento a seguir, deben estar definidos en el Contrato.

Artículo 115. Incumplimientos por desempeño

115.1 El Inversionista es el único responsable por el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones establecidas en el Contrato, incluso de aquellas que son realizadas por terceros a nombre suyo. El incumplimiento de una o más obligaciones contractuales, por acción u omisión por parte del Inversionista, conlleva la aplicación de las penalidades y otras medidas similares previstas en el respectivo Contrato.

115.2 La aplicación de penalidades, deducciones y sanciones no exime al Inversionista del cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales y/o de la normativa vigente.

Artículo 116. Procedimiento para la constitución de Fideicomiso

116.1 Cuando la entidad pública titular del proyecto requiera constituir, o modificar, fideicomisos para la administración de los pagos e ingresos derivados de los Contratos de APP cofinanciados, deben solicitar opinión favorable al MEF.

116.2 En estos casos, el MEF puede solicitar información que sustente la constitución o modificación del fideicomiso o información adicional dentro de un plazo de cinco (05) días hábiles de solicitada la opinión.

116.3 El MEF tiene un plazo de quince (15) días hábiles de recibida la solicitud con la información completa para emitir opinión. Vencido dicho plazo sin haberse emitido opinión, se considera favorable.

Artículo 117. Garantías

117.1 Con la suscripción del Contrato, el concesionario debe presentar la garantía suficiente que asegure la correcta ejecución del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a su naturaleza, calidad y características. Su naturaleza y cuantía son determinadas en las Bases.

117.2 Los concesionarios que efectúen inversiones en obras de infraestructura o en servicios públicos pueden acceder al régimen de estabilidad jurídica a las inversiones, establecido en el Decreto Legislativo N° 662, que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías; y el Decreto Legislativo N° 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada; normas

modificatorias, reglamentarias y complementarias, siempre que cumplan con los requisitos en ellas establecidas. Lo dispuesto en el presente párrafo es aplicable a las APP establecidas en el párrafo 29.1 del artículo 29 y la normativa vigente.

117.3 El Estado puede otorgar mediante Contrato a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen proyectos de APP, seguridades y garantías que mediante decreto supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus inversiones, de acuerdo con la legislación vigente.

Artículo 118. Supervisión

118.1 Conforme a lo establecido en el artículo 57 de la Ley, tratándose de proyectos en sectores regulados, la supervisión se sujeta a lo dispuesto en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normativa vigente.

118.2 En los casos no previstos en el párrafo precedente, los Contratos de APP incorporan expresamente la entidad pública competente para el ejercicio de la función supervisora. Tratándose de la supervisión de las obras principales y estudios definitivos establecidos en el respectivo Contrato, ésta es realizada por una persona jurídica o consorcio de éstas, seleccionada de conformidad a la normativa vigente por parte de la entidad contratante. Los Contratos de APP deben establecer las obligaciones del Inversionista que permitan el ejercicio de las actividades de supervisión, así como las obligaciones del supervisor privado vinculadas prioritariamente a la supervisión de los Niveles de Servicio.

118.3 Las Bases del proceso de selección establecen la restricción de la participación de los consultores que hubieran participado en la evaluación del proyecto de APP durante la fase de Estructuración del proyecto objeto de supervisión, extendiéndose la restricción por un plazo de tres (03) años anteriores a la fecha de convocatoria del proceso de selección del supervisor.

118.4 La actuación del supervisor está sujeta al principio de Enfoque de resultados establecido en el artículo 4 de la Ley y el artículo 3, así como a las disposiciones que regulan los aspectos técnicos del proyecto y sus optimizaciones previstas en el artículo 110 y a lo establecido en el párrafo 58.5 del artículo 58.

**CAPÍTULO II
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS****SUBCAPÍTULO I
AMIGABLE COMPONEDOR****Artículo 119. Amigable Componedor**

119.1 En cualquier momento de la etapa de Trato Directo o etapa similar prevista en el Contrato de APP, las partes pueden acordar la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor.

119.2 El Amigable Componedor propone una fórmula de solución de controversias que de ser aceptada por las partes, de manera parcial o total, tiene los efectos legales de una transacción y, en consecuencia, la calidad de cosa juzgada y exigible.

Artículo 120. Procedimiento aplicable en caso de Amigable Componedor

120.1 Cuando el Trato Directo se hubiera iniciado respecto de varias controversias, el Amigable Componedor se pronuncia respecto de cada una de ellas, salvo pacto expreso distinto de las partes.

120.2 Si el Trato Directo se hubiera iniciado respecto de controversias de naturaleza técnica y no técnica, de considerarlo necesario, las partes pueden acumular aquellas de naturaleza técnica y someterlas a un Amigable Componedor y, asimismo, acumular aquellas de naturaleza no técnica y someterlas a un Amigable Componedor distinto.

120.3 Solo pueden someterse al procedimiento de Amigable Componedor aquellas controversias que pueden someterse a arbitraje, de conformidad con lo

dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, o norma que lo sustituya.

Artículo 121. Designación del Amigable Componedor

121.1 Una vez acordada la intervención del Amigable Componedor, las partes tienen un plazo de cinco (05) días hábiles para, de común acuerdo y mediante acta suscrita por sus representantes, designar al Amigable Componedor o delegar su designación a un centro o institución que administre mecanismos alternativos de solución de controversias. En tal caso, el centro o institución tiene un plazo de cinco (05) días hábiles para designar al Amigable Componedor.

121.2 Las partes o el centro o institución, según corresponda, comunican de inmediato al Amigable Componedor su designación y éste tiene un plazo de cinco (05) días hábiles contados desde la recepción de la comunicación para aceptar o rechazar el encargo. Dicha comunicación debe señalar la o las controversias que las partes someten al procedimiento de Amigable Componedor, así como los datos de contacto que utilizan las partes durante dicho procedimiento.

121.3 En caso de aceptar el encargo, el Amigable Componedor comunica de inmediato a las partes su propuesta de honorarios y sus datos de contacto y forma de pago.

121.4 Las partes asumen los honorarios del Amigable Componedor en partes iguales y tienen un plazo de diez (10) días hábiles para realizar el pago correspondiente.

121.5 Si el Amigable Componedor no acepta el encargo o las partes no aceptan la propuesta de honorarios, se reinicia la etapa de designación establecida en el presente artículo.

Artículo 122. Posiciones de las partes y audiencia de exposición

122.1 Una vez recibida la aceptación del encargo del Amigable Componedor, cada parte tiene un plazo de quince (15) días hábiles para notificar al Amigable Componedor y a la otra parte su posición respecto de la o las controversias sometidas al procedimiento de Amigable Componedor.

122.2 Una vez recibidas las posiciones de las partes, el Amigable Componedor las cita a una audiencia que debe realizarse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, en la cual las partes pueden exponer y contestar oralmente sus respectivas posiciones.

Artículo 123. Informe y audiencia de exposición

123.1 Una vez realizada la audiencia, el Amigable Componedor tiene un plazo de veinte (20) días hábiles para elaborar un informe que contenga su propuesta de solución debidamente sustentada. Asimismo, cuando existan varias controversias, el informe del Amigable Componedor contiene, por separado, una propuesta de solución respecto de cada una de ellas. A pedido del Amigable Componedor, las partes pueden prorrogar el plazo de elaboración de este informe.

123.2 Una vez elaborado el informe, el Amigable Componedor cita a las partes a una audiencia que debe realizarse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, en la cual entrega y expone oralmente su informe a las partes. A pedido de las partes, el Amigable Componedor puede citarlas a una audiencia complementaria que debe realizarse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes. En esta audiencia el Amigable Componedor concluye la exposición de su informe a las partes.

Artículo 124. Acuerdo sobre la propuesta de solución

124.1 Una vez recibido el informe del Amigable Componedor, las partes tienen un plazo de diez (10) días hábiles para aceptar de común acuerdo la propuesta de solución mediante acta suscrita por sus representantes. En tal caso, la propuesta de solución forma parte integrante del acuerdo.

124.2 Cuando existan varias controversias, las partes pueden aceptar la propuesta de solución de una, varias o todas las controversias. En tal caso, solo la o las propuestas de solución aceptadas expresamente por las partes forman parte integrante del acuerdo.

124.3 El acuerdo de las partes es puesto en conocimiento de todas las entidades vinculadas a su ejecución y es publicado en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto en un plazo de cinco (05) días hábiles de adoptado. Cuando el acuerdo contemple o requiera una modificación contractual, las partes deben seguir el procedimiento regulado en el Capítulo III del Título VI.

Artículo 125. Obligación de emitir Informe

El órgano de la entidad pública titular del proyecto, encargado de la administración del Contrato, emite un informe, sustentando su decisión de aceptar o rechazar la o las propuestas de solución del Amigable Componedor, bajo responsabilidad. Este informe debe contener una evaluación de los costos y los beneficios de la decisión tomada.

Artículo 126. Representación del Estado

126.1 Durante el procedimiento, el Estado es representado por el órgano competente para administrar el Contrato de APP.

126.2 El acuerdo aceptando la o las propuestas de solución del Amigable Componedor debe ser suscrito por dicho órgano.

Artículo 127. Plazos, comunicaciones, documentos y declaraciones

127.1 Al vencer cualquiera de los plazos establecidos en el presente Título, se entiende concluida la etapa de Trato Directo y las partes pueden recurrir a la vía arbitral, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de APP correspondiente.

127.2 Sin perjuicio de lo anterior, todos los plazos establecidos en el presente Título pueden ser prorrogados por acuerdo de las partes. Las comunicaciones necesarias para que las partes acuerden y notifiquen al Amigable Componedor la prórroga de un plazo puede realizarse vía correo electrónico. Todas las demás comunicaciones que se realicen durante el procedimiento deben notificarse en la dirección física y en la dirección electrónica de cada una de las partes y del Amigable Componedor.

127.3 Ninguna de las partes puede presentar como medio probatorio en un proceso administrativo, arbitral o judicial ningún documento presentado o declaración realizada por las partes o por el Amigable Componedor durante el procedimiento, salvo que dicho documento o declaración pueda ser obtenido de forma independiente por la parte que esté interesada en presentarlo.

Artículo 128. Requisitos del Amigable Componedor

128.1 El Amigable Componedor como tercero neutral realiza sus actividades de manera imparcial e independiente, y puede ser de una nacionalidad distinta a la de las partes.

128.2 Son requisitos para ser designado o aceptar el encargo de Amigable Componedor:

1. Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio.
2. Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acredita demostrando cinco (05) años de experiencia profesional o docente en materias relacionadas con las controversias sometidas al procedimiento de Amigable Componedor.
3. Acreditar cuando menos estudios completos a nivel de maestría en una universidad peruana o extranjera.

128.3 Cuando las partes sometan la o las controversias al procedimiento de Amigable Componedor, no pueden pactar en contra del cumplimiento de los requisitos del Amigable Componedor.

Artículo 129. Impedimentos del Amigable Componedor

129.1 Son impedimentos para ser designado o aceptar el encargo de Amigable Componedor:

1. Ser pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con los representantes de las partes, con los administradores de sus empresas, o con quienes les presten servicios.

2. Tener, personalmente o a través del cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el asunto de que se trate o en otro semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquél.

3. Tener amistad íntima, enemistad manifiesta o conflicto de intereses objetivo con cualquiera de las partes, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes.

4. Tener o haber tenido en los últimos dos (02) años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de las partes o terceros directamente interesados en el asunto, o tener en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente.

129.2 La persona que se encuentre en cualquiera de estos supuestos debe rechazar el encargo de Amigable Componedor.

129.3 Cuando las partes hayan sometido la o las controversias al procedimiento de Amigable Componedor, no pueden pactar en contra de estos impedimentos.

129.4 Al aceptar el encargo, el Amigable Componedor asume la obligación de mantener en reserva todos los documentos presentados y las declaraciones realizadas durante el procedimiento por las partes y por él mismo.

SUBCAPÍTULO II JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Artículo 130. Junta de Resolución de Disputas

130.1 En los Contratos de APP con un CTI mayor a ochenta mil (80,000) UIT puede establecerse que las controversias sean sometidas a una Junta de Resolución de Disputas.

130.2 En la etapa de Trato Directo, a solicitud de cualquiera de las partes, pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, que emite una decisión de carácter vinculante y ejecutable, sin perjuicio de la facultad de recurrir al arbitraje, salvo pacto distinto entre las partes. En caso se recurra al arbitraje, la decisión adoptada es considerada como un antecedente en la vía arbitral.

130.3 Este procedimiento no es de aplicación cuando se trate de controversias a las que sean aplicables los mecanismos y procedimientos de solución de controversias a que se refieren la Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, o aquellos previstos en los tratados internacionales que obligan al Estado peruano.

130.4 Conforme lo establezca el Contrato, la Junta de Resolución de Disputas puede constituirse desde el inicio de la Ejecución Contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del Contrato.

Artículo 131. Conformación de la Junta de Resolución de Disputas

131.1 La Junta de Resolución de Disputas está conformada por uno (01) o tres (03) expertos que son designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

131.2 Los miembros de la Junta de Resolución de Disputas realizan sus actividades de manera imparcial e independiente, y pueden ser de nacionalidad distinta a la de las partes.

SUBCAPÍTULO III ARBITRAJES

Artículo 132. Cláusulas arbitrales

132.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:

1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

2. Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

3. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente.

132.2 Las entidades, para efectos de conformar el Tribunal Arbitral para las controversias de los Contratos de APP, eligen preferentemente a profesionales con experiencia mínima de cinco (05) años en la materia controvertida o a abogados con el mismo tiempo de experiencia en materia de regulación o Concesiones, según la naturaleza de la controversia.

132.3 De acuerdo al artículo 56 de la Ley, las disposiciones sobre el Amigable Componedor, la Junta de Resolución de Disputas, Arbitraje y sus procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones que sean establecidos en el presente Reglamento, no son de aplicación cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a la Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

132.4 Conforme con lo establecido en el párrafo 56.1 del artículo 56 de la Ley, los laudos arbitrales son publicados en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto, dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la notificación correspondiente, sin perjuicio de las acciones legales que las partes puedan adoptar conforme con la normativa vigente.

Artículo 133. Intervención del organismo regulador

133.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

133.2 Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el párrafo precedente, y para efectos de lo dispuesto en el párrafo 56.3 del artículo 56 de la Ley, la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador. En estos casos, el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus leyes de creación.

CAPÍTULO III MODIFICACIONES CONTRACTUALES

Artículo 134. Modificaciones contractuales

134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

134.2 En los procesos de modificación de Contratos de APP, la entidad pública titular del proyecto es responsable de sustentar el valor por dinero a favor del Estado, conforme lo establece el presente Reglamento, incluyendo la evaluación de las condiciones de competencia.

134.3 La evaluación de las condiciones de competencia se realiza sobre la base de la siguiente información:

1. Las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificadas en el IEI que sustentó la VFC.

2. Las disposiciones establecidas en el Contrato.

3. Los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro.

4. Las condiciones no imputables al Inversionista que afecten el desenvolvimiento del proyecto.

134.4 Durante el proceso de evaluación de modificaciones contractuales, es obligación de la entidad pública titular del proyecto, publicar en su portal institucional, las propuestas de modificaciones contractuales que se presenten durante su evaluación.

Artículo 135. Límite temporal para la suscripción de modificaciones contractuales

Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato, no pueden suscribirse modificaciones contractuales a los Contratos de APP, salvo que se trate:

1. La corrección de errores materiales.

2. Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto.

3. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del Contrato.

4. El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37.

Artículo 136. Evaluación conjunta

136.1 Las modificaciones contractuales a solicitud del Inversionista deben estar sustentadas y adjuntar los términos de la modificación propuesta. Esta propuesta de modificación contractual es publicada por la entidad pública titular del proyecto en su portal institucional, dentro del plazo de cinco (05) días calendario de recibida.

136.2 Recibida la propuesta, la entidad pública titular del proyecto en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la modificación contractual propuesta, para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el Inversionista. De manera previa a la primera reunión, dichas entidades públicas designan mediante comunicación escrita o electrónica a los representantes titulares y alternos que participan de la evaluación conjunta. Si el representante o alterno, no están presentes en la reunión, no se reconoce la participación de esa entidad.

136.3 De acuerdo a las fechas programadas por la entidad pública titular del proyecto, las entidades públicas convocadas tienen la obligación de asistir a las sesiones del proceso de evaluación conjunta. Asimismo, en esta etapa puede requerirse que Proinversión informe sobre la estructuración económica financiera originaria del proyecto y la asignación original de riesgos del proyecto.

136.4 Las entidades públicas convocadas emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la modificación contractual, pudiendo solicitar la información adicional que resulte necesaria para complementar su evaluación. Corresponde únicamente a la entidad pública titular del proyecto determinar la concurrencia del Inversionista y sus financistas, de ser necesario.

136.5 Para efectos de lo establecido en el párrafo precedente, el Inversionista puede convocar, a través de la entidad pública titular del proyecto, a las entidades públicas que participan en el proceso de evaluación conjunta, a efectos de exponer su propuesta de modificación contractual y presentar información complementaria.

136.6 Las entidades públicas pueden suscribir actas y realizar reuniones presenciales o virtuales que resulten necesarias, considerando para ello el principio de Enfoque de resultados. En caso de que el Inversionista o la entidad pública titular del proyecto presenten cambios a la propuesta de modificación contractual, éstas se

incorporan a la evaluación sin que ello implique retrotraer el análisis.

136.7 El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando la entidad pública titular del proyecto así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al Inversionista.

136.8 Las disposiciones indicadas en el presente artículo son aplicables en lo que corresponda cuando la modificación contractual es solicitada por la entidad pública titular del proyecto.

Artículo 137. Reglas aplicables para la evaluación de modificaciones contractuales

137.1 Los Contratos de APP que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto, deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el presente Reglamento.

137.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del CTP, la entidad pública titular del proyecto evalúa la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al Contrato de APP en el marco de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley.

Artículo 138. Opiniones previas

138.1 En base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto determina y sustenta las modificaciones contractuales.

138.2 En los proyectos en los que Proinversión haya sido el OPIP, la entidad pública titular del proyecto solicita la opinión no vinculante de Proinversión, sobre la propuesta de modificación contractual, para lo cual Proinversión evalúa la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificados en el IEI que sustentó la VFC y la estructuración económica financiera del proyecto. En los proyectos suscritos antes de la vigencia de la presente norma, que no cuenten con IEI, la solicitud de opinión a Proinversión es facultativa.

138.3 Posteriormente, la entidad pública titular del proyecto, solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.

138.4 Contando con la opinión de Proinversión, conforme a lo establecido en el presente Reglamento, y del organismo regulador, respecto a cada una de las modificaciones contractuales propuestas y a los sustentos remitidos por la entidad pública titular del proyecto, esta última solicita la opinión previa favorable del MEF, en caso que las modificaciones contractuales generen o involucren cambios en:

1. Cofinanciamiento,
2. Garantías,
3. Parámetros económicos y financieros del Contrato,
4. Equilibrio económico financiero del Contrato o,
5. Contingencias fiscales al Estado.

138.5 Los acuerdos, indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al Contrato de APP, que regulen aspectos de competencia del MEF y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

138.6 La opinión de las entidades públicas competentes se emite en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que estas entidades hubiesen emitido su opinión, se entiende que es favorable.

138.7 En caso dichas entidades requieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información se efectúa por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspende y sólo se reinicia una vez recibida la información requerida.

138.8 Emitida la opinión de las entidades públicas señaladas en los párrafos precedentes, la entidad pública titular del proyecto solicita el informe previo de la Contraloría General de la República en caso las modificaciones incorporen o alteren el cofinanciamiento o las garantías del Contrato de APP conforme a lo señalado en el artículo 22 de la Ley.

138.9 El informe previo únicamente puede referirse a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio de control posterior.

138.10 El plazo para la emisión del informe previo es de diez (10) días hábiles. La Contraloría General de la República cuenta con tres (03) días hábiles de recibida la información para requerir por única vez mayor información. En este caso, el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, reanudándose a partir del día hábil siguiente de recibida la información requerida.

CAPÍTULO IV REGISTROS

Artículo 139. Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas

139.1 En el marco del Registro Nacional de Contratos de APP, las entidades públicas comprendidas en el artículo 2 de la Ley, los OPIP, los organismos reguladores y el CPIP, tanto para los proyectos de APP como los PA, remiten a la DGPPIP del MEF, la siguiente información:

1. El Contrato suscrito y sus modificaciones contractuales.
2. Las opiniones e informe previo de las entidades competentes, referidas a la VIC y VFC, así como los informes emitidos por los consultores durante el Proceso de Promoción.
3. Las opiniones e informe previo de las entidades competentes, referidas a modificaciones contractuales así como los informes emitidos por consultores durante la modificación contractual, de corresponder.
4. Las Bases del Proceso de Promoción.
5. Modelo económico financiero de la APP del OPIP e informe técnico que lo sustente.
6. El modelo económico financiero presentado por el Adjudicatario.
7. El informe de identificación y asignación de riesgos.
8. El acta de apertura de sobres y adjudicación de la Buena Pro del concurso.
9. La DI, en el caso de IP.
10. La Resolución Suprema, Resolución Viceministerial, Acuerdo de Consejo Directivo, Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Concejo Municipal que disponga la incorporación del proyecto al Proceso de Promoción.
11. La designación de los miembros del CPIP, de acuerdo con el párrafo 7.3 del artículo 7 de la Ley.
12. Laudos arbitrales.
13. Documentos que sustentan el cierre financiero del proyecto de inversión e informes de sustento, incluyendo los contratos de fideicomiso.

139.2 Para los casos señalados en los incisos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del párrafo 139.1 del artículo 139, el OPIP cuenta con el plazo de treinta (30) días hábiles de suscrito el Contrato para remitir dicha documentación.

139.3 Para los casos señalados en los incisos 3, 10, 11, 12 y 13 del párrafo 139.1 del artículo 139, la entidad pública titular del proyecto u organismo regulador, de corresponder, cuenta con el plazo de quince (15) días hábiles de emitido el acto correspondiente, para remitir dicha documentación, con excepción al inciso 11 que se sujeta a lo establecido en el párrafo 59.4 del artículo 59 de la Ley.

139.4 La información del Registro Nacional de Contratos de APP es de carácter público, con excepción de la información de las evaluaciones económico

financieras, de acuerdo a lo señalado en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley.

Artículo 140. Registro de Compromisos

140.1 En el marco de lo establecido en el párrafo 27.3 del artículo 27 de la Ley, mediante resolución ministerial del MEF se establecen los parámetros para el apropiado registro y actualización de la información respecto de los Compromisos Firmes y Compromisos Contingentes cuantificables a los que se refiere la Ley.

140.2 El MEF realiza el seguimiento de la información ingresada al Registro de Compromisos por las entidades públicas titulares de proyectos, a fin de evaluar el límite al que se refiere el artículo 27 de la Ley.

Artículo 141. Registro contable

141.1 Para efectos de lo establecido en el artículo 61 de la Ley, los funcionarios de las entidades públicas y privadas, remiten a Proinversión la información requerida en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la fecha de recepción del requerimiento.

141.2 A solicitud de las entidades requeridas, el plazo para remitir la información puede ser ampliado, por única vez, hasta por tres (03) días hábiles adicionales contados a partir del vencimiento del plazo establecido en el párrafo precedente. La solicitud de ampliación, debidamente fundamentada, se presenta antes del vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente, entendiéndose aceptada a la fecha de su recepción, salvo denegatoria expresa.

TÍTULO VII PROYECTOS EN ACTIVOS

CAPÍTULO I INICIATIVAS ESTATALES DE PROYECTOS EN ACTIVOS

Artículo 142. Fases de Proyectos en Activos

Los proyectos ejecutados bajo la modalidad de PA, independientemente de su origen, se desarrollan en las siguientes fases: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual sujetándose exclusivamente a las reglas del presente Capítulo.

Artículo 143. Planeamiento y Programación de Proyectos en Activos

143.1 La entidad pública titular del proyecto incluye el PA en el IMIAPP, según lo señalado en el artículo 40.

143.2 Sin perjuicio del control posterior a cargo de la Contraloría General de la República, la entidad pública titular del proyecto es la única responsable de sustentar y validar que un proyecto puede ser desarrollado bajo la modalidad de PA, sobre la base de la normativa específica, lo que incluye la facultad de disponer de sus activos y, en caso de contar con ley expresa, la posibilidad de comprometer recursos públicos o trasladar riesgos al Estado.

Artículo 144. Formulación de Proyectos en Activos

144.1 De manera previa a la incorporación del PA al Proceso de Promoción, la entidad pública titular del proyecto presenta al OPIP el IE del PA, que como mínimo contiene:

1. Antecedentes.
2. Descripción de los bienes y/o servicios, materia del proyecto.
3. Descripción general del esquema de retribución al Estado, de corresponder.
4. Compromisos de inversión, de corresponder.
5. Informe preliminar de valorización del activo y el costo de oportunidad del activo, de corresponder.
6. Modalidad contractual a celebrar con el Estado.
7. Declaración jurada expresando que el PA no compromete recursos públicos ni traslada riesgos propios

de una APP a la entidad pública, salvo disposición legal expresa.

8. Acreditación de la Capacidad Presupuestal de la entidad pública titular del proyecto, de corresponder, emitida por la oficina de presupuesto o la que haga sus veces en el pliego respectivo.

9. Análisis del marco normativo aplicable.

144.2 El OPIP puede solicitar información adicional para realizar la revisión del IE del PA. La información completa solicitada por el OPIP, debe ser enviada en el plazo máximo de noventa (90) días hábiles de solicitada; de lo contrario, el IE del PA y la incorporación al Proceso de Promoción son consideradas como no presentadas.

144.3 Para incorporar al Proceso de Promoción se requiere únicamente la conformidad del OPIP al IE del PA.

Artículo 145. Estructuración y Transacción de Proyectos en Activos

145.1 Las Bases contienen la información mínima exigida en el artículo 52, en lo que resulte aplicable.

145.2 La VFC requiere opinión previa favorable de la entidad pública titular del proyecto, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de solicitada. De no emitirse opinión en el plazo indicado, ésta se considera favorable. En el marco de lo dispuesto en el párrafo 49.3 del artículo 49 de la Ley, el diseño de estos Contratos no puede incluir riesgos propios de un Contrato de APP, salvo disposición legal expresa.

145.3 El OPIP, con la opinión favorable de la entidad pública titular del proyecto, es responsable, en los proyectos que lo requieran, del informe final de valorización del activo, pudiendo encargar su elaboración a un consultor especializado.

145.4 El proceso de adjudicación es realizado a través de la modalidad de subasta o aquella prevista en las Bases, a fin de adjudicar la Buena Pro a la oferta más conveniente, la misma que obliga a su titular al cumplimiento de los estudios técnicos y de ser el caso, a la propuesta técnica presentada.

Artículo 146. Ejecución Contractual de Proyectos en Activos

146.1 La administración del Contrato y sus modificatorias es responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto, asimismo comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales, de corresponder.

146.2 La supervisión es realizada directamente por la entidad titular del proyecto o a través de un tercero, de acuerdo a lo señalado en el respectivo Contrato.

CAPÍTULO II INICIATIVAS PRIVADAS DE PROYECTOS EN ACTIVOS

Artículo 147. Iniciativas privadas de Proyectos en Activos y proyectos desarrollados bajo el Decreto Legislativo N° 674

147.1 La presentación de las IP en PA y proyectos desarrollados bajo el Decreto Legislativo N° 674, Ley de promoción de la inversión privada de las empresas del Estado, es realizada en cualquier momento ante el OPIP.

147.2 El trámite y la evaluación corresponden al OPIP competente, resultando de aplicación las disposiciones procedimentales y requisitos establecidos para las IPA, conforme a lo siguiente:

1. No es necesaria la evaluación de la clasificación de IP.

2. De manera general en la admisión a trámite no se exige la presentación del requisito establecido en el literal d) del inciso 3, y los incisos 5 y 8 del párrafo 44.2 del artículo 44, así como aquellos que por la naturaleza del proyecto no correspondan su presentación en esta etapa.

3. Para los PA que se encuentren habilitados mediante ley expresa para utilizar recursos públicos, debe incluirse en la admisión a trámite la presentación del requisito establecido en el inciso 7 del párrafo 44.2 del artículo 44.

147.3 Para el caso de proyectos desarrollados bajo el Decreto Legislativo N° 674, Ley de promoción de la inversión privada de las empresas del Estado, por empresas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE, la VFC debe tener opinión previa favorable de éste.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Disposiciones aplicables al Seguro Social de Salud - ESSALUD

En el marco de la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley y para la ejecución de los proyectos establecidos en el presente Reglamento, dispóngase que para los proyectos bajo su competencia, el Seguro Social de Salud del Perú -ESSALUD ejerce las funciones y los deberes como OPIP y aquellos previstos en el artículo 6 de la Ley, y que para efectos de la incorporación de los proyectos de competencia de ESSALUD al Proceso de Promoción, la Resolución Suprema correspondiente es refrendada por el MEF. Los miembros del CPIP se designan únicamente mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva de ESSALUD.

Asimismo, dispóngase que a efectos de lo dispuesto en el párrafo 46.1 del artículo 46 de la Ley, para las IPC de competencia de ESSALUD, el Decreto Supremo correspondiente es refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas a solicitud de dicha entidad conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento. Para el trámite de IPC, el OPIP es Proinversión conforme a lo dispuesto en el párrafo 45.3 del artículo 45 de la Ley.

SEGUNDA. Emisión de directivas, metodologías y lineamientos

Los lineamientos del SNPIP mantienen su vigencia hasta que éstos sean modificados o sustituidos por norma posterior, emitida por el MEF.

TERCERA. Idioma de las publicaciones

Proinversión debe publicar en idioma español y en idioma inglés las Bases y la VIC, de proyectos con CTI o CTP mayor a cien mil (100,000) UIT, según corresponda; y, en los casos que el Comité Especial de Inversiones lo estime conveniente. La publicación es realizada en el portal institucional de Proinversión. En caso de discrepancia en los idiomas, la versión que predomina es la publicada en idioma español.

CUARTA. Funciones de la máxima autoridad de los Organismos Promotores de la Inversión Privada

Lo dispuesto en el párrafo 17.8 del artículo 17, es aplicable al Consejo Directivo de ESSALUD. Asimismo, las funciones de conducción del proceso recaen en el CPIP de la entidad pública titular del proyecto.

QUINTA. Contratación de seguros por responsabilidad

Para la contratación del seguro por responsabilidad civil, penal o administrativa al que se refiere el artículo 17 de la Ley, se deben contemplar mecanismos para que el funcionario declarado judicialmente responsable de delito doloso o negligencia grave, en sentencia consentida o con calidad de cosa juzgada, reembolse los gastos incurridos por el Estado.

SEXTA. Opiniones para proyectos bajo el ámbito de FONAFE

Para los proyectos regulados en la Ley y el Decreto Legislativo N° 674, Ley de promoción de la inversión privada de las empresas del Estado, para empresas del Sector Público No Financiero bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE, se deben solicitar las opiniones requeridas en dichas normas a la empresa pública correspondiente, y al Ministerio, a cuya materia sectorial corresponde el proyecto.

FONAFE establece las disposiciones de índole económico financiero y exposición de riesgos que deben aplicar las empresas públicas del Sector Público No financiero bajo su ámbito para la evaluación de



los proyectos regulados en la presente norma. Las disposiciones que emita FONAFE en materia de gestión de riesgos fiscales deben ser coordinadas previamente con el MEF.

SÉTIMA. Plan Nacional de Infraestructura

El Plan Nacional de Infraestructura es el instrumento que organiza, prioriza, consolida y articula la planificación de las distintas entidades públicas en materia de inversiones, contiene los objetivos estratégicos, acciones estratégicas, la ruta estratégica y las prioridades que deben seguir los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales para cerrar la brecha prioritaria de infraestructura existente acorde con una visión nacional de desarrollo.

El MEF, a través de la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones y la DGPPIP, cada tres (03) años propone para la aprobación del Consejo de Ministros el Plan Nacional de Infraestructura, sobre la base de los Programas Multianuales de Inversiones elaborados por los sectores del Gobierno Nacional, en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y los IMIAPP elaborados por los Ministerios, en el marco del SNPIP.

Adicionalmente, para su elaboración se toma en cuenta los documentos de Prospectiva Sectorial, el Plan Estratégico Sectorial de cada Ministerio, los Planes Específicos y el Presupuesto Multianual de cada sector.

Progresivamente, se pueden incorporar al Plan Nacional de Infraestructura la información del Programa Multianual de Inversiones y del IMIAPP de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, según corresponda.

Para la elaboración del Plan Nacional de Infraestructura, el MEF puede solicitar información adicional a las entidades públicas, la cual debe ser remitida como máximo a los veinte (20) días hábiles de solicitada.

OCTAVA. Priorización de proyectos de Asociaciones Público Privadas a cargo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Priorízase la atención de los proyectos de APP del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Para ello Proinversión, en el plazo máximo de sesenta (60) días calendario, previa coordinación con dichos Ministerios, aprueba cronogramas que optimicen los plazos de los proyectos a su cargo durante los años 2018, 2019 y 2020, sobre la base de la información remitida por dichos Ministerios.

Asimismo, dentro del mismo plazo Proinversión aprueba los documentos estandarizados que considere necesarios para la implementación de la presente disposición, sin contravenir los plazos establecidos en la Ley y el presente Reglamento, para lo cual previamente puede solicitar información adicional a los referidos Ministerios.

NOVENA. Reglas aplicables para la selección del soporte especializado

Mediante Decreto Supremo, el MEF establece las reglas complementarias aplicables a lo dispuesto en el párrafo 11.3 del artículo 11.

DÉCIMA. Aplicación del Decreto Legislativo N° 1445

La delegación a la que se refiere el literal i) del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1445, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 29029, Ley de la Mancomunidad Municipal, se sujeta a lo dispuesto en los párrafos 6.4 del artículo 6 y 47.4 del artículo 47 de la Ley y a las disposiciones aplicables contenidas en el presente Reglamento.

DÉCIMO PRIMERA. Ordenamiento y sinceramiento de la cartera de proyectos a cargo de Proinversión

Dentro de los noventa (90) días calendario de la entrada en vigencia del presente Reglamento, Proinversión efectúa la revisión de los proyectos en cartera al amparo

de lo dispuesto en el párrafo 27.1 del artículo 27 y comunica esta situación a las entidades públicas titulares de proyectos, las cuales en un plazo máximo de treinta (30) días calendario adoptan las medidas correctivas pertinentes. En caso contrario, Proinversión procede a excluir de la cartera a dichos proyectos.

De manera complementaria, para los proyectos de IP, las entidades públicas titulares de proyectos que no adopten las medidas correctivas pertinentes, informan a Proinversión dentro del plazo señalado en el párrafo precedente si promueven la ejecución del proyecto a través de iniciativa estatal, a efectos de la aplicación del párrafo 48.4 del artículo 48 de la Ley.

DÉCIMO SEGUNDA. Iniciativas estatales y privadas en trámite

La aplicación de la Primera y Segunda Disposiciones Complementarias Transitorias de la Ley, no implican retrotraer los procedimientos en trámite, ni exigen realizar nuevamente los actos ya ejecutados en el respectivo Proceso de Promoción.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA. Iniciativas privadas cofinanciadas en trámite

Las IPC bajo la modalidad de APP cofinanciadas que se sujeten al procedimiento aplicable al momento de su admisión a trámite, en el marco de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley, y que no hayan optado por el cambio de UF, de acuerdo al procedimiento y plazo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 068-2017-EF, mantienen a Proinversión como UF hasta la correspondiente declaratoria de viabilidad.

SEGUNDA. Publicación de información de iniciativas privadas

El OPIP publica la información a la que se refiere el párrafo 85.2 del artículo 85 para las IP bajo la modalidad de APP en trámite, que se encuentren en elaboración de la VIC.

TERCERA. Designación de miembros del Consejo Directivo de Proinversión

Los miembros del Consejo Directivo de Proinversión se mantienen en el ejercicio de sus funciones hasta la designación del nuevo Consejo Directivo conforme a lo dispuesto en la presente disposición.

Dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del presente Reglamento, se emite la Resolución Suprema para la designación de los miembros del Consejo Directivo de Proinversión. Para ello, dentro de los diez (10) días calendario de la entrada en vigencia del presente Reglamento, el Director Ejecutivo de Proinversión informa al MEF sobre los cuatro Ministerios cuya cartera de proyectos incorporados al Proceso de Promoción presenten mayor valor en función al CTP.

1707407-1

Decreto Supremo que establece disposiciones excepcionales para el pago de cuotas del Régimen de Reprogramación de pago de aportes previsionales al fondo de pensiones (REPRO-AFP) correspondientes al Ejercicio Fiscal 2018

**DECRETO SUPREMO
N° 241-2018-EF**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, en el Subcapítulo II del Capítulo IV del Decreto Legislativo N° 1275, que aprueba el "Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal de los Gobiernos

Regionales y Gobiernos Locales”, se ha establecido el Régimen de Reprogramación de pago de Aportes Previsionales al Fondo de Pensiones (REPRO-AFP), los cuales no fueron cancelados en su oportunidad por los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales al 31 de diciembre de 2015;

Que, mediante Decreto Supremo N° 168-2017-EF, se establecieron las disposiciones que reglamentan la implementación y funcionamiento del Régimen de Reprogramación de Pago de Aportes Previsionales al Fondo de Pensiones (REPRO-AFP), aprobado por el Decreto Legislativo N° 1275;

Que, a fin de garantizar que se cumpla el objeto del Régimen de Reprogramación de Pago de Aportes Previsionales al Fondo de Pensiones (REPRO-AFP) y para su mejor funcionamiento en beneficio de las entidades que se han acogido al mismo, resulta necesario dictar medidas relacionadas al cumplimiento de pago de cuotas mensuales vencidas durante el año fiscal 2018;

De conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Artículo 118 de la Constitución Política del Perú; el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1275; y, el numeral 3 del artículo 11 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1. Sobre el pago de las cuotas del REPRO-AFP correspondientes al ejercicio fiscal 2018

De manera excepcional, los Gobiernos Regionales a través de sus Unidades Ejecutoras y los Gobiernos Locales que se acogieron al Régimen de Reprogramación de pago de aportes previsionales al fondo de pensiones (REPRO-AFP) de conformidad con lo regulado en el Decreto Supremo N°168-2017-EF, y que tengan cuotas vencidas de pago del ejercicio fiscal 2018, pueden regularizar el pago de dichas cuotas ante las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones sin perder los beneficios del REPRO-AFP hasta el 31 de diciembre de 2018. Los pagos que regularicen los Gobiernos Regionales, a través de sus Unidades Ejecutoras y los Gobiernos Locales deben realizarse en base a su presupuesto institucional, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Artículo 2. Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CARLOS OLIVA NEYRA
Ministro de Economía y Finanzas

1707407-2

Aprueban Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones

**DECRETO SUPREMO
N° 242-2018-EF**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, se creó el referido Sistema Nacional con la finalidad de orientar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión para la efectiva

prestación de servicios y la provisión de la infraestructura necesaria para el desarrollo del país;

Que, el Decreto Legislativo N° 1432, Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1252, modifica, incorpora y deroga diversos artículos y disposiciones del Decreto Legislativo N° 1252;

Que, la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432 dispone que en un plazo de sesenta (60) días calendario contados desde la entrada en vigencia del referido Decreto Legislativo, se aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1252 mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas;

De conformidad con el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú y la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432;

DECRETA:

Artículo 1. Aprobación del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones

Apruébase el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, el cual consta de dos (02) Capítulos, once (11) Artículos, doce (12) Disposiciones Complementarias Finales, tres (03) Disposiciones Complementarias Transitorias y dos (02) Disposiciones Complementarias Derogatorias.

Artículo 2. Publicación

Dispóngase la publicación del presente decreto supremo y del Texto Único Ordenado aprobado en el artículo precedente en el Portal del Estado Peruano (www.peru.gov.pe) y en el Portal institucional del Ministerio de Economía y Finanzas (www.mef.gov.pe), el mismo día de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 3. Refrendo

El presente decreto supremo es refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CARLOS OLIVA NEYRA
Ministro de Economía y Finanzas

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1252, DECRETO LEGISLATIVO QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE PROGRAMACIÓN MULTIANUAL Y GESTIÓN DE INVERSIONES

CAPITULO I

DEL SISTEMA NACIONAL DE PROGRAMACIÓN MULTIANUAL Y GESTIÓN DE INVERSIONES

Artículo 1. Objeto

Créase el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones como sistema administrativo del Estado, con la finalidad de orientar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión para la efectiva prestación de servicios y la provisión de la infraestructura necesaria para el desarrollo del país y derógase la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública.

(Texto según el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1252)

Artículo 2. Ámbito de aplicación

El Decreto Legislativo N° 1252 y sus normas reglamentarias y complementarias son de aplicación obligatoria a las entidades del Sector Público No Financiero

a que se refiere el Decreto Legislativo N° 1276, Decreto Legislativo que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público No Financiero. Dichas entidades son agrupadas por sectores solo para efectos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y en el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales se agrupan según su nivel de gobierno respectivo, conforme lo establezca el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1252.

(Texto según el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1252)

Artículo 3. Principios rectores

El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones se rige por los principios rectores siguientes:

a) La programación multianual de la inversión debe ser realizada considerando como principal objetivo el cierre de brechas de infraestructura o de acceso a servicios públicos para la población.

b) La programación multianual de la inversión vincula los objetivos nacionales, regionales y locales establecidos en el planeamiento estratégico en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, con la priorización y asignación multianual de fondos públicos a realizarse en el proceso presupuestario, y debe realizarse en concordancia con las proyecciones del Marco Macroeconómico Multianual.

c) Los fondos públicos destinados a la inversión deben relacionarse con la efectiva prestación de servicios y la provisión de la infraestructura necesaria para el desarrollo del país, con un enfoque territorial.

d) Los recursos destinados a la inversión deben procurar el mayor impacto en la sociedad.

e) La inversión debe programarse teniendo en cuenta la previsión de recursos para su ejecución y su adecuada operación y mantenimiento, mediante la aplicación del Ciclo de Inversión.

f) La gestión de la inversión debe realizarse aplicando mecanismos que promuevan la mayor transparencia y calidad a través de la competencia.

(Texto modificado según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1432)

Artículo 4. Fases del Ciclo de Inversión

4.1 El Ciclo de Inversión tiene las fases siguientes:

a) Programación Multianual de Inversiones: Consiste en un proceso de coordinación y articulación interinstitucional e intergubernamental, de proyección tri-anual, como mínimo, tomando en cuenta los fondos públicos destinados a la inversión proyectados en el Marco Macroeconómico Multianual, el cual está a cargo de los Sectores, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

Dicha programación se elabora en función de los objetivos nacionales, regionales y locales establecidos en el planeamiento estratégico en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, estableciendo metas para el logro de dichos objetivos que permitan evaluar el avance respecto al cierre de brechas de infraestructura o de acceso a servicios y la rendición de cuentas. Constituye el marco de referencia orientador de la formulación presupuestaria anual de las inversiones. Incluye el financiamiento estimado para las inversiones a ser ejecutadas mediante el mecanismo de obras por impuestos así como el cofinanciamiento estimado para los proyectos de inversión a ser ejecutados mediante asociaciones público privadas cofinanciadas.

b) Formulación y Evaluación: Comprende la formulación del proyecto, de aquellas propuestas de inversión necesarias para alcanzar las metas establecidas en la programación multianual de inversiones, y la evaluación respectiva sobre la pertinencia de su ejecución, debiendo considerarse los recursos estimados para la operación y mantenimiento del proyecto y las formas de financiamiento. La formulación se realiza a través de una

ficha técnica y solo en caso de proyectos que tengan alta complejidad se requiere el nivel de estudio que sustente la concepción técnica, económica y el dimensionamiento del proyecto. En esta fase, las entidades registran y aprueban las inversiones en el Banco de Inversiones.

En el caso de los Sectores, realizan, periódicamente, el seguimiento y evaluación de la calidad de las decisiones de inversiones de los tres niveles de gobierno, que se enmarquen en su ámbito de responsabilidad funcional.

c) Ejecución: Comprende la elaboración del expediente técnico o documento equivalente y la ejecución física y financiera respectiva. El seguimiento de la inversión se realiza a través del Sistema de Seguimiento de Inversiones, herramienta que vincula la información del Banco de Inversiones con la del Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF-RP), el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y demás aplicativos informáticos que permitan el seguimiento de la inversión.

d) Funcionamiento: Comprende la operación y mantenimiento de los activos generados con la ejecución de la inversión pública y la provisión de los servicios implementados con dicha inversión. En esta etapa, las inversiones pueden ser objeto de evaluaciones ex post, con el fin de obtener lecciones aprendidas que permitan mejoras en futuras inversiones.

4.2 Las inversiones de optimización, de ampliación marginal, de reposición y de rehabilitación no constituyen un proyecto de inversión, por lo que no les resulta aplicable la fase prevista en los literales a) y b) del numeral 4.1 del Decreto Legislativo N° 1252. Para dichas inversiones, la forma de registro se define en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1252.

4.3 Únicamente pueden asignarse fondos públicos e iniciarse la fase de Ejecución de las inversiones que están registradas en el Banco de Inversiones y que cuenten con declaración de viabilidad, cuando corresponda.

4.4 Las decisiones de inversión no basadas en lo dispuesto en la presente norma, deben ser autorizadas mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Sector correspondiente y el Ministro de Economía y Finanzas.

(Texto modificado según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1432)

Artículo 5. Órganos y funciones del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones

5.1 Son órganos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones: la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, así como los Órganos Resolutivos, las Oficinas de Programación Multianual de Inversiones, las Unidades Formuladoras y las Unidades Ejecutoras de Inversiones del Sector, Gobierno Regional o Gobierno Local.

5.2 El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones, es el ente rector del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y en su calidad de más alta autoridad técnico normativa administra el Banco de Inversiones; dicta los procedimientos y los lineamientos para la programación multianual de inversiones y el Ciclo de Inversión, supervisando su calidad; elabora el Programa Multianual de Inversiones del Estado; aprueba las metodologías generales teniendo en cuenta el nivel de complejidad de los proyectos; brinda capacitación y asistencia técnica a las entidades sujetas al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y emite opinión vinculante exclusiva y excluyente sobre la aplicación del Ciclo de Inversión y sus disposiciones, en relación a los temas de su competencia. Los Sectores elaboran y aprueban las metodologías específicas de acuerdo a sus competencias.

Para el caso de las inversiones a ser financiadas con recursos provenientes de operaciones de endeudamiento público mayores a un (01) año, que cuenten con aval o garantía del Estado, el Ministerio de Economía y Finanzas da la conformidad respectiva para su consideración en el Programa Multianual de Inversiones que corresponda.

5.3 El Ministro o la más alta autoridad ejecutiva del Sector, Gobierno Regional o Gobierno Local, en su calidad de Órgano Resolutivo, presenta al Ministerio de Economía y Finanzas el Programa Multianual de Inversiones Sectorial, Regional o Local según corresponda, conforme a lo establecido en la Directiva correspondiente a la Programación Multianual, y lo aprueba conforme a los procedimientos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, establecido en el Reglamento y sus normas complementarias. Las modificaciones a los objetivos priorizados, metas e indicadores contenidos en el Programa Multianual de Inversiones Sectorial, Regional o Local se realizan siguiendo el mismo procedimiento establecido para su aprobación; en los demás casos las modificaciones se efectúan de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento.

El Órgano Resolutivo del Sector del Gobierno Nacional aprueba los indicadores de brechas y los criterios para la priorización de las inversiones relacionadas con funciones de su competencia a ser aplicados en la fase de Programación Multianual de Inversiones para los tres niveles de gobierno, de acuerdo a las medidas sectoriales definidas por los rectores de las políticas nacionales.

5.4 Las Oficinas de Programación Multianual de Inversiones del Sector, Gobierno Regional o Gobierno Local tienen a su cargo la fase de Programación Multianual de Inversiones del Ciclo de Inversiones; verifican que la inversión se enmarque en el Programa Multianual de Inversiones; realizan el seguimiento de las metas e indicadores previstos en el Programa Multianual de Inversiones y monitorean el avance de la ejecución de los proyectos de inversión.

5.5 Las Unidades Formuladoras acreditadas del Sector, Gobierno Regional o Gobierno Local para la fase de Formulación y Evaluación son responsables de aplicar los contenidos, las metodologías y los parámetros de formulación; elaborar las fichas técnicas y los estudios de preinversión requeridos teniendo en cuenta los objetivos, metas e indicadores previstos en la fase de Programación Multianual de Inversiones y de su aprobación o viabilidad, cuando corresponda.

5.6 El Responsable de la Oficina de Programación Multianual de Inversiones y de la Unidad Formuladora, debe tener el perfil profesional establecido por la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones.

5.7 Las Unidades Ejecutoras de Inversiones son los órganos responsables de la ejecución de las inversiones y se sujetan al diseño de las inversiones aprobado en el Banco de Inversiones. En el caso de los proyectos a ser ejecutados mediante asociaciones público privadas cofinanciadas, el planteamiento técnico contenido en los estudios de preinversión es referencial y se sujetan a lo establecido en la normatividad del Sistema Nacional de Promoción de Inversión Privada.

5.8 El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1252 puede establecer funciones complementarias a las antes indicadas, sujetándose a lo dispuesto en la presente norma.

(Texto modificado según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1432)

Artículo 6. Del presupuesto participativo

La información contenida en la programación multianual de inversiones orienta la fase de concertación en el proceso del presupuesto participativo de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

(Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1432)

CAPÍTULO II

DE LA INTEGRACIÓN INTERSISTÉMICA

Artículo 7. De las relaciones con otros Sistemas Administrativos

7.1 El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, a través de su ente rector,

mantiene coordinación e interrelación con los Sistemas Administrativos, para el cumplimiento de su finalidad y asegurar la adecuada coherencia normativa y administrativa.

7.2 El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones interactúa con los sistemas conformantes de la Administración Financiera del Sector Público, a través de los procesos en los que participa.

7.3 Los aplicativos informáticos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones integran toda la información registrada en las fases del Ciclo de Inversión y a su vez interactúan con el Sistema Integrado de Administración Financiera de los Recursos Públicos (SIAR-RP) y el Sistema Integrado de Gestión Administrativa.

(Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1432)

Artículo 8. Integración intersistémica

Como parte de la Administración Financiera del Sector Público, el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, a través de su ente rector, realiza lo siguiente:

1. Programación Multianual de la Inversión Pública.
2. Gestión de la Inversión Pública.
3. Seguimiento y Evaluación de las inversiones.

(Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1432)

Artículo 9. La Programación Multianual de la Inversión Pública

9.1 La Programación Multianual de la Inversión Pública, como parte del proceso de Programación de Recursos Públicos de la Administración Financiera del Sector Público, tiene por objeto la programación multianual de inversiones de acuerdo a lo previsto en el literal a) del párrafo 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1252.

9.2 Para efectos de la Programación Multianual de la Inversión Pública se requiere:

1. De la Dirección General de Presupuesto Público, la programación presupuestaria anual para elaborar la consistencia del Programa Multianual de Inversiones.
2. De los órganos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, el Programa Multianual de Inversiones.
3. De la Dirección General de Política Macroeconómica y Descentralización Fiscal, la proyección publicada del Marco Macroeconómico Multianual.
4. De la Dirección General del Tesoro Público, la programación multianual de concertaciones de operaciones de endeudamiento del Gobierno Nacional.

(Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1432)

Artículo 10. La Gestión de la Inversión Pública

10.1 La Gestión de la Inversión Pública, como parte del proceso de Gestión de Recursos Públicos de la Administración Financiera del Sector Público, tiene por objeto que las inversiones que se ejecuten contribuyan efectivamente al cierre de brechas.

10.2 Para efectos de la Gestión de la Inversión Pública se requiere:

1. De la Dirección General de Presupuesto Público, la información sobre la ejecución presupuestaria de las inversiones.
2. De la Dirección General del Tesoro Público, la programación multianual de concertaciones y el plan anual de desembolsos de las operaciones de endeudamiento público del Gobierno Nacional.
3. De la Dirección General de Abastecimiento Público, la información del gasto corriente ligado a la operación y mantenimiento de los activos creados con inversión pública y del Sistema Integrado de Gestión Administrativa.

4. De los órganos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, el registro oportuno en el Banco de Inversiones, la evaluación de la calidad de las inversiones realizadas por los Sectores y la información sobre la ejecución de las inversiones que no se encuentre comprendida en el numeral 1) precedente.

(Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1432)

Artículo 11. El Seguimiento y Evaluación de las inversiones

11.1 El Seguimiento y Evaluación de las inversiones, como parte del proceso de Evaluación de la Gestión de Recursos Públicos de la Administración Financiera del Sector Público, tiene por objeto el seguimiento y evaluación del avance y cumplimiento del cierre de brechas de infraestructura y acceso a servicios de la cartera de inversiones, a la ejecución y entrega de servicios a la población, la retroalimentación para la mejora continua de la aplicación del Ciclo de inversión y a la rendición de cuentas de los recursos públicos de inversión.

11.2 Para efectos del Seguimiento y Evaluación de las inversiones se requiere:

1. De la Dirección General de Presupuesto Público, la información sobre la ejecución presupuestaria de las inversiones, así como de los resultados de las evaluaciones en el marco del proceso presupuestario.

2. De la Dirección General del Tesoro Público, la programación multianual de concertaciones y el plan anual de desembolsos de las operaciones de endeudamiento público del Gobierno Nacional.

3. De la Dirección General de Abastecimiento Público, la información del gasto corriente ligado a la operación y mantenimiento de los activos creados con inversión pública y del Sistema Integrado de Gestión Administrativa.

4. De los órganos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, el registro oportuno en el Banco de Inversiones, la evaluación de la calidad de las inversiones realizadas por los Sectores y la información sobre la ejecución de las inversiones que no se encuentre comprendida en el numeral 1) precedente.

(Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1432)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. Vigencia del Decreto Legislativo N° 1252

El Decreto Legislativo N° 1252 entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento.

(Texto según la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1252)

Segunda. Reglamentación

La modificación del reglamento del Decreto Legislativo N° 1252 se aprueba en el plazo de sesenta (60) días calendario, contados desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1432, a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas y con el refrendo del Ministro de Economía y Finanzas.

(Texto según la Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432)

Tercera. Criterios de priorización para el financiamiento con transferencias

Solo pueden recibir transferencias del Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales cuyas inversiones cumplan con los criterios de priorización que aprueben los Sectores.

(Texto modificado según el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1432)

CUARTA. Control

La programación multianual, la formulación y la ejecución de inversiones, así como la implementación

de modificaciones durante la ejecución, son procesos necesarios para la toma de decisiones referentes a la inversión, por lo que se encuentran en el ámbito de la discrecionalidad de los funcionarios respectivos, conforme a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

La información generada por los órganos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones en el marco de este Sistema, incluyendo la información registrada en el Banco de Inversiones, tienen el carácter de Declaración Jurada, y en consecuencia se sujetan a las responsabilidades y consecuencias legales que correspondan.

(Texto según la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1252)

Quinta. Información de los activos generados por la inversión pública

Las entidades del Sector Público a cargo de la operación y mantenimiento de los activos generados por la inversión pública deben contar con un inventario de tales activos, el cual debe ser actualizado periódicamente, de tal forma que facilite el monitoreo de su estado situacional, así como de aquellos que se encuentren pendientes de liquidación. Dicho inventario se compatibiliza con la normativa del Sistema Administrativo de Abastecimiento, en lo que corresponda.

(Texto modificado según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1432)

Sexta. Iniciativas de Apoyo a la Competitividad Productiva

Dispóngase que los procedimientos y metodología para la implementación, ejecución y evaluación de impacto de las Iniciativas de Apoyo a la Competitividad Productiva reguladas por la Ley N° 29337, Ley que establece disposiciones para apoyar la competitividad productiva, son emitidos por el Ministerio de la Producción; debiendo los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales informar a dicho Ministerio sobre las Iniciativas que autoricen a través de las oficinas, órganos o comités que dispongan para tales efectos. El Ministerio de la Producción realiza el seguimiento y las evaluaciones a que se refiere la Segunda Disposición Complementaria de la citada Ley.

(Texto según la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1252)

Séptima. Entidades o empresas excluidas del Decreto Legislativo N° 1252

El Decreto Legislativo N° 1252 no es de aplicación a las entidades o empresas que por Ley expresa hayan sido excluidas del Sistema Nacional de Inversión Pública.

(Texto según la Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1252)

Octava. Modificación de la denominación del Decreto Legislativo N° 1252

Modifícase la denominación del Decreto Legislativo N° 1252 de "Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y deroga la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública" por "Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones."

(Texto según la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432)

Novena. Aplicación a los programas multianuales de inversiones vigentes

Las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1432 son de aplicación, en lo que corresponda, a los

programas multianuales de inversiones correspondientes a los periodos 2018-2020 y 2019-2021.

(Texto según la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432).

Décima. Criterios de priorización sectoriales

Cada Sector del Gobierno Nacional anualmente aprueba y publica en su portal institucional los criterios de priorización para la asignación de recursos a las inversiones que se enmarquen en su responsabilidad funcional, de acuerdo a las medidas sectoriales definidas por los rectores de las políticas nacionales. Dichos criterios son de aplicación obligatoria a las solicitudes de financiamiento que se presenten en el marco de la normatividad vigente y deben sujetarse a la finalidad del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y a los instrumentos de planeamiento estratégico aprobados en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico.

(Texto según la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432)

Décima Primera. Aprobación de los criterios de priorización sectoriales

Dispóngase que en el plazo de sesenta (60) días hábiles contados desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1432, los Ministerios a cargo de los Sectores aprueban los criterios de priorización a que se refiere la Décima Disposición Complementaria Final de la presente norma. Para tal efecto, la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones y el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), dentro de un plazo de quince (15) días hábiles contados desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1432, coordinan y publican el cronograma de reuniones respectivo con los equipos sectoriales. Dichos criterios son de aplicación a las transferencias que se realicen a partir del año fiscal 2019, salvo que las inversiones hayan sido identificadas en la programación realizada para dicho periodo.

(Texto según la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432)

Décima Segunda. Aplicación de la fase de Programación Multianual de Inversiones a las empresas bajo el ámbito del FONAFE incluido ESSALUD

Dispóngase que las empresas del Estado bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE incluido el Seguro Social de Salud (ESSALUD) elaboran y aprueban el Programa Multianual de Inversiones de sus inversiones que no se financien total o parcialmente con transferencias del Gobierno Nacional, de acuerdo a los objetivos nacionales y sectoriales correspondientes, informando del mismo al Sector respectivo para la publicación en su portal institucional. ESSALUD informa al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y al Ministerio de Salud.

Las inversiones de dichas empresas que se financien con transferencias del Gobierno Nacional, se consideran en la programación multianual de inversiones del Sector respectivo.

FONAFE, de acuerdo a sus competencias, realiza el seguimiento de las inversiones de las entidades y empresas del Estado bajo su ámbito.

(Texto según la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1432)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera. Aplicación progresiva

El Decreto Legislativo N° 1252 se aplica de manera progresiva en los Sectores y entidades que se señalen y conforme se establezca en su Reglamento.

(Texto según la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1252)

Segunda. Referencias al Sistema Nacional de Inversión Pública

Establézcase que toda referencia al Sistema Nacional de Inversión Pública debe entenderse hecha al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones creado por el Decreto Legislativo N° 1252. Asimismo, toda referencia normativa que se realice a la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, se entiende realizada al Decreto Legislativo N° 1252.

Las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1252 no interfieren en la continuidad de los proyectos que se encuentren en formulación, evaluación y ejecución a la fecha de entrada en vigencia de la citada norma. El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1252 establece las disposiciones y procesos que resulten necesarios, con criterios de eficiencia y diligencia para la ejecución de la inversión.

(Texto según la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1252)

Tercera. Proyectos de Inversión nuevos

Los Proyectos de Inversión que inicien su formulación luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1252 y que se prevean ejecutar en el año 2017, no aplican la fase de Programación Multianual de Inversiones, debiendo aplicar las demás fases del Ciclo de Inversión reguladas por la citada norma. Las inversiones de optimización, de ampliación marginal, de reposición y de rehabilitación que se prevean ejecutar en el año 2017 pasan directamente a la fase de Ejecución. Los Sectores, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales deben comunicar dichas inversiones a la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones hasta antes del 30 de junio de 2017 y su ejecución debe iniciarse antes del 30 de noviembre de 2017, tomando en cuenta las disposiciones de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

(Texto según la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1252)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

Primera. Disposición derogatoria

Adicionalmente a la derogatoria dispuesta en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1252, a la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo, queda sin efecto la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

(Texto según la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1252)

Segunda. Disposición derogatoria

Derógase la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1252.

(Texto según la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1432)

1707407-3

Autorizan Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018 a favor de Gobiernos Locales en el marco del Programa de Incentivos a la Mejora de la Gestión Municipal

**DECRETO SUPREMO
N° 243-2018-EF**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, la Ley N° 29332, creó el Programa de Incentivos a la Mejora de la Gestión Municipal, el cual tiene por

la Certificación de Crédito Presupuestario Nota N° 5837, en la fuente de financiamiento de Recursos Directamente Recaudados;

Que, mediante Informe N° 414-2018-EGC-ODRH-OGGRH/MINSA, la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos remite información sobre la situación laboral de los profesionales propuestos;

Que, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 047-2002-PCM, que aprueba las normas reglamentarias sobre autorización de viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos, establece que la autorización para los funcionarios y servidores públicos de los ministerios que irroque algún gasto al Tesoro Público, se otorgará por Resolución Ministerial del respectivo sector;

Que, conforme a lo dispuesto en el numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018, los viajes al exterior de los servidores o funcionarios públicos y representantes del Estado con cargo a recursos públicos deben realizarse en categoría económica;

Que, en mérito a las consideraciones expuestas y atendiendo a la temática y el objetivo del evento antes señalado, resulta de interés institucional autorizar el viaje de los citados profesionales;

Con el visado de la Directora General de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos, del Director General de la Oficina General de Asesoría Jurídica, del Secretario General y de la Viceministra de Salud Pública; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley N° 27619, Ley que regula la autorización de viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos; la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018; el Decreto Legislativo N° 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud y el Decreto Supremo N° 047-2002-PCM, que aprueba normas reglamentarias sobre la autorización de viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Autorizar el viaje del médico cirujano Percy Rudy Montes Rueda, Director General de la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria y la médico veterinario Carmen Eudosa Puémape Vallejo, profesional que labora en la citada Dirección General, a la ciudad de Quito, República del Ecuador, del 24 al 27 de octubre de 2018, para los fines expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución Ministerial.

Artículo 2.- Los gastos que irroque el viaje en cumplimiento de la presente Resolución Ministerial, serán cubiertos con cargo a la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados del Pliego 011: Ministerio de Salud conforme al siguiente detalle:

Pasaje aéreo tarifa económica para 2 personas: US\$ 3,177.54
(c/persona US\$ 1,588.77 incluido TUUA)

Viáticos por 3 días para 2 personas : US\$ 2,220.00
(c/persona US\$ 1,110.00 incluidos gastos de instalación)

TOTAL : US\$ 5,397.54

Artículo 3.- Disponer que los citados profesionales, dentro de los quince (15) días calendario posteriores a su retorno, remitan a la Alta Dirección, con copia a la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos, un informe detallado de las acciones realizadas y los resultados obtenidos, en el evento al que acudirán.

Artículo 4.- El cumplimiento de la presente Resolución Ministerial no da derecho a exoneraciones o liberalización de impuestos aduaneros de ninguna clase o denominación.

Artículo 5.- Encargar, a partir del 24 de octubre de 2018, a la ingeniero en industrias alimentarias María Eugenia Nieva Muzurrieta, las funciones de Directora General de la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria, en adición a sus funciones de Directora Ejecutiva de la Dirección de Certificaciones y Autorizaciones de la citada Dirección General y en

tanto dure la ausencia del médico cirujano Percy Rudy Montes Rueda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución Ministerial.

Regístrese, comuníquese y publíquese

SILVIA ESTER PESSAH ELJAY
Ministra de Salud

1704371-3

TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO

Decreto Supremo que determina los alcances del Decreto Supremo N° 011-2017-TR

DECRETO SUPREMO
N° 011-2018-TR

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 30484, se reactivó la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803 para que en un plazo de noventa (90) días hábiles, proceda a revisar las reclamaciones interpuestas contra la Resolución Suprema N° 028-2009-TR, aplicando el criterio de analogía vinculante;

Que, el artículo 7 de la Ley N° 27803 estableció que la implementación, conformación y ejecución del Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios y del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente creado por dicha norma, estará a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, lo que implica que corresponde a dicho Sector emitir la normativa que permita el cumplimiento de los fines encomendados por la Ley N° 27803;

Que, mediante Ley N° 30484, se estableció también que, en un plazo de sesenta (60) días hábiles, debe incorporarse a los beneficiarios que optaron por la reincorporación o reubicación laboral que hasta la fecha no han sido ejecutados;

Que, con el fin de lograr el cumplimiento de lo estipulado en la Ley N° 30484, se expidió el Decreto Supremo N° 011-2017-TR, el cual estableció reglas generales y precisiones para lograr los objetivos de dicha norma;

Que, se hace necesario emitir medidas complementarias que contribuyan a dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 27803 y en la Ley N° 30484, de acuerdo con la facultad que le corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como responsable del Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios y del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente; y,

De conformidad con lo regulado en el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; y, el inciso 3) del artículo 11 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1. Objeto

El presente Decreto Supremo tiene por objeto determinar los alcances del Decreto Supremo N° 011-2017-TR para el caso de los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente por efecto de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, en el marco de lo establecido en la Ley N° 27803 y la Ley N° 30484.

Artículo 2. Plazo para la ejecución del beneficio de reincorporación o reubicación laboral

2.1 El plazo para la ejecución del beneficio de reincorporación o reubicación laboral establecido en el inciso b) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-

TR se computa a partir de la vigencia del presente decreto supremo para el caso de los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente por efecto de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, expedida en virtud del inciso a) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR y el artículo 1 de la Ley N° 30484.

2.2 Al término del plazo establecido en el párrafo 2.1 del presente artículo, las entidades y empresas del Estado obligadas comunican al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, el cumplimiento de la ejecución del beneficio, adjuntando la relación de trabajadores incorporados.

2.3 El MTPE comunica el incumplimiento de las obligaciones señaladas en los párrafos 2.1 y 2.2 del presente artículo a las autoridades competentes, a efectos de hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el artículo 6 de la Ley N° 30484.

Artículo 3. Plazo para el cambio de beneficio

El plazo para el cambio de beneficio establecido en el inciso c) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR se computa a partir de la vigencia del presente decreto supremo para el caso de los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente por efecto de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, expedida en virtud del inciso a) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR y de conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 30484.

Artículo 4. Fecha de cómputo para la jubilación adelantada

La acreditación de la edad para la jubilación adelantada establecida en el inciso c) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR, se computa hasta la vigencia del presente decreto supremo para el caso de los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente por efecto de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, expedida en virtud del inciso a) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR y de conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 30484.

Artículo 5. Compensación económica

El cálculo de la compensación económica para aquellas personas que optaron por este beneficio, se determina teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 de la Ley N° 27803.

Artículo 6. Información complementaria

6.1 En el plazo de treinta (30) días hábiles de publicado el presente decreto supremo, los Jefes de las Oficinas de Recursos Humanos o los que hagan sus veces, de las entidades y empresas del Estado que desde el 1 de abril de 2010 a la fecha han reincorporado o reubicado ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, incluso en el caso de aquellos que han sido reincorporados o reubicados por mandato judicial, remiten al MTPE dicha información para su inscripción en el mencionado Registro.

6.2 La información de los ex trabajadores a ser reincorporados o reubicados, debe ser previamente validada, por las Oficinas de Recursos Humanos o la que hagan sus veces, en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público, a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas.

Artículo 7. Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única. Derogación de artículos del Decreto Supremo N° 011-2017-TR

Deróganse el numeral 4.1 del artículo 4, el artículo 8

y el literal c) del artículo 10 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecinueve días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO
Presidente del Consejo de Ministros

CARLOS OLIVA NEYRA
Ministro de Economía y Finanzas

CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

1704369-1

TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Autorizan a MALONGO S.A.C. como Centro de Inspección Técnica Vehicular para operar en local ubicado en el departamento de Lima

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 4281-2018-MTC/15

Lima, 19 de setiembre de 2018

VISTOS:

La solicitud registrada con la Hoja de Ruta N° E-198317-2018, presentada por la empresa MALONGO S.A.C., así como los demás escritos relacionados con dicha solicitud, y;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Supremo N° 025-2008-MTC se aprueba el Reglamento Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares, en adelante el Reglamento, el mismo que tiene como objeto regular el Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29237 - Ley que crea el Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares, cuya finalidad constituye certificar el buen funcionamiento y mantenimiento de los vehículos que circulan por las vías públicas terrestres a nivel nacional; así como verificar que éstos cumplan con las condiciones y requisitos técnicos establecidos en la normativa nacional, con el propósito de garantizar la seguridad del transporte y el tránsito terrestre y las condiciones ambientales saludables;

Que, mediante solicitud registrada con Hoja de Ruta N° E-198317-2018 del 20 de julio de 2018, la empresa MALONGO S.A.C., en adelante la Empresa, solicita autorización para operar un Centro de Inspección Técnica Vehicular - CITV tipo fijo con una (01) línea de inspección técnica vehicular de tipo menor y con una (01) línea de inspección técnica vehicular de tipo mixta, en el local ubicado en los Lotes Nos. 1, 2 y 3, Mz. "C", Urb. San Antonio de Jicamarca, distrito de San Antonio de Jicamarca, provincia de Huarochirí, departamento de Lima;

Que, con Oficio N° 5648-2018-MTC/15.03 del 26 de julio de 2018, notificado el 01 de agosto de 2018, la Dirección de Circulación y Seguridad Vial formuló las observaciones pertinentes a la solicitud presentada por la Empresa, requiriéndole la subsanación dentro de los diez (10) días hábiles siguientes;

Que, mediante escrito registrado con Hoja de Ruta N° E-222287-2018 del 15 de agosto de 2018, la Empresa da respuesta al oficio mencionado precedentemente, para lo cual adjunta diversa documentación;

Que, en atención a lo señalado en el numeral 135.2 del artículo 135 de Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

EDUCACION

Disponen el registro de diversas instituciones educativas en el “Registro Nacional de Instituciones Educativas que brindan el Servicio de Educación Intercultural Bilingüe”

RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 187-2018-MINEDU

Lima, 26 noviembre 2018

VISTOS, el Expediente N° 0227721-2018, el Informe N° 525-2018-MINEDU/VMGP/DIGEIBIRA-DEIB de la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe, dependiente de la Dirección General de Educación Básica Alternativa, Intercultural Bilingüe y de Servicios Educativos en el Ámbito Rural, el Informe N° 1216-2018-MINEDU/SG-OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica, y;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 79 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, señala que el Ministerio de Educación es el órgano del Gobierno Nacional que tiene por finalidad definir, dirigir y articular la política de educación, cultura, recreación y deporte, en concordancia con la política general del Estado;

Que, mediante el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 646 -2018-MINEDU, se crea el “Registro Nacional de Instituciones Educativas que brindan el Servicio de Educación Intercultural Bilingüe”, en adelante el RNIIEE-EIB; el mismo que está a cargo de la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe (DEIB) y permite, entre otros aspectos, identificar a las Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica y a los Programas No Escolarizados de Educación Inicial que implementan el Modelo de Servicio Educativo Intercultural Bilingüe; así como, a los Centros de Educación Técnico – Productiva, que brindan el servicio educativo intercultural bilingüe para las acciones de diseño, implementación y evaluación de políticas educativas;

Que, asimismo, a través del artículo 3 de la citada Resolución Ministerial, se aprueba la Norma Técnica “Disposiciones para el Registro de Instituciones Educativas que brindan el Servicio de Educación Intercultural Bilingüe”; cuyo subnumeral 8.4 del numeral 8, señala que, excepcionalmente, como base de información del RNIIEE-EIB, la DEIB elabora el documento que contenga las Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica y Programas No Escolarizados de Educación Inicial que implementan el Modelo de Servicio Educativo Intercultural Bilingüe y los Centros de Educación Técnico – Productiva, que brindan el servicio de Educación Intercultural Bilingüe, que se encuentran exceptuadas de los procesos de caracterización a los que hace referencia la citada Norma Técnica;

Que, además el aludido subnumeral señala que dicho documento es remitido a la Dirección General de Educación Básica Alternativa, Intercultural Bilingüe y de Servicios Educativos en el Ámbito Rural para el trámite de la resolución viceministerial del Despacho Viceministerial de Gestión Pedagógica que disponga el registro de las instituciones educativas a las que se hace referencia en el párrafo anterior en el RNIIEE-EIB; cuya incorporación está a cargo de la DEIB;

Que, en el marco de las disposiciones normativas antes señaladas, mediante el Oficio N° 1151-2018-MINEDU/VMGP-DIGEIBIRA, la Dirección General de Educación Básica Alternativa, Intercultural Bilingüe y de Servicios Educativos en el Ámbito Rural remite al Despacho Viceministerial de Gestión Pedagógica, el Informe N° 525-2018-MINEDU/VMGP/DIGEIBIRA-DEIB, a través del cual se sustenta la necesidad de aprobar el proyecto de resolución viceministerial del Despacho Viceministerial de Gestión Pedagógica que disponga

el registro de las Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica y Programas No Escolarizados de Educación Inicial que implementan el Modelo de Servicio Educativo Intercultural Bilingüe y los Centros de Educación Técnico – Productiva, que brindan el servicio de Educación Intercultural Bilingüe en el RNIIEE-EIB;

Que, según el referido Informe, el registro de dichas instituciones educativas en el RNIIEE-EIB permitirá tener información para las acciones de diseño, implementación y evaluación de políticas educativas;

Con el visado de la Dirección General de Educación Básica Alternativa, Intercultural Bilingüe y de Servicios Educativos en el Ámbito Rural y de la Oficina General de Asesoría Jurídica;

De conformidad con el Decreto Ley N° 25762, Ley Orgánica del Ministerio de Educación, modificado por la Ley N° 26510 y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Educación, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2015-MINEDU;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Disponer el registro de las instituciones educativas comprendidas en el anexo que forma parte de la presente resolución en el “Registro Nacional de Instituciones Educativas que brindan el Servicio de Educación Intercultural Bilingüe”, aprobado por el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 646 -2018-MINEDU.

Artículo 2.- Encargar a la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe, la incorporación de las instituciones educativas a las que se refiere el artículo 1 de la presente resolución en el “Registro Nacional de Instituciones Educativas que brindan el Servicio de Educación Intercultural Bilingüe”.

Artículo 3.- Disponer la publicación de la presente resolución y su anexo en el Sistema de Información Jurídica de Educación (SIJE), ubicado en el portal institucional del Ministerio de Educación (www.gob.pe/minedu), el mismo día de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SUSANA HELFER LLERENA
Viceministra de Gestión Pedagógica

1716671-1

ENERGIA Y MINAS

Designan Viceministra de Electricidad

RESOLUCIÓN SUPREMA N° 013-2018-EM

Lima, 26 de noviembre de 2018

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 30705, se aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, donde se determina y regula el ámbito de competencia, las funciones y la estructura básica de este Ministerio;

Que, el artículo 10 de la referida Ley señala que la estructura básica del Ministerio de Energía y Minas está compuesta, entre otros, por el Viceministro de Electricidad, el Viceministro de Hidrocarburos y el Viceministro de Minas;

Que, el Viceministro de Electricidad, por encargo del Ministro, formula, coordina, ejecuta y supervisa la política de desarrollo sostenible en materia de electricidad, de conformidad con la respectiva política nacional;

Que, se encuentra vacante el cargo de Viceministro de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas;

Que, en consecuencia es necesario designar a la persona que desempeñe dicho cargo;

De conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley N° 27594, Ley

que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos; la Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas; y, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por el Decreto Supremo N° 031-2007-EM, y sus modificatorias; y,
Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Designar a la señora Patricia Isabel Elliot Blas, en el cargo de Viceministra de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, cargo considerado de confianza.

Artículo 2.- Dejar sin efecto la encargatura del puesto del Viceministro de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas efectuada mediante Resolución Suprema N° 012-2018-EM.

Artículo 3.- La presente Resolución Suprema es refrendada por el Ministro de Energía y Minas.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

FRANCISCO ISMODES MEZZANO
Ministro de Energía y Minas

1716902-3

INTERIOR

Designan Directora de la Oficina de Relaciones Humanas y Sociales de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 1406-2018-IN

Lima, 26 de noviembre de 2018

CONSIDERANDO:

Que, se encuentra vacante el cargo público de libre designación y remoción de Director de la Oficina de Relaciones Humanas y Sociales de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos del Ministerio del Interior;

Que, por razones de servicio resulta necesario designar al servidor público que asuma el mencionado cargo;

Con la visación de la Oficina General de Asesoría Jurídica;

De conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos; el Decreto Legislativo N° 1266, Ley de Organización y Funciones del Ministerio del Interior; y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Interior, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-IN;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Designar a la señora Delia Inés Rosario Mejía Sandoval en el cargo público de Directora de la Oficina de Relaciones Humanas y Sociales de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos del Ministerio del Interior.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

CARLOS MORAN SOTO
Ministro del Interior

1716596-1

JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Designan Secretario Técnico Ad Hoc del Concurso Público Nacional de Méritos para el ingreso a la Función Notarial

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0500-2018-JUS

Lima, 26 de noviembre de 2018

VISTO: El Oficio N° 2146-2018-JUS/CN del Presidente del Consejo del Notariado; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 29933, Ley que modifica el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, sobre plazas notariales en el territorio de la República, autorizó de manera excepcional y por única vez al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que en un plazo de sesenta (60) días hábiles convoque a concurso público nacional de méritos para el ingreso a la función notarial, disponiendo asimismo la creación de nuevas plazas notariales en función a los indicadores de crecimiento demográfico, el aumento del tráfico comercial e indicadores de carácter objetivo;

Que, el artículo 13 del Decreto Supremo N° 021-2012-JUS, que aprueba el Reglamento del Concurso Público Nacional de Méritos para el Ingreso a la Función Notarial, de conformidad con la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 29933, dispone que el Jurado Calificador Especial del Concurso contará con un Secretario Técnico Ad Hoc que será designado por Resolución Ministerial;

Que, mediante documento de visto, el Presidente del Consejo del Notariado remite la renuncia del abogado Carlos Alexander Ponce Rivera a la designación como Secretario Técnico Ad Hoc del Concurso Público Nacional de Méritos para el Ingreso a la Función Notarial, dispuesta por Resolución Ministerial N° 0213-2018-JUS, por lo que corresponde aceptar la misma y designar al profesional que lo reemplazará;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; la Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos; el Decreto Supremo N° 013-2017-JUS, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y el Decreto Supremo N° 021-2012-JUS, que aprueba el Reglamento del Concurso Público Nacional de Méritos para el Ingreso a la Función Notarial;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aceptar la renuncia formulada por el señor Carlos Alexander Ponce Rivera a la designación como Secretario Técnico Ad Hoc del Concurso Público Nacional de Méritos para el Ingreso a la Función Notarial, dispuesta por Resolución Ministerial N° 0213-2018-JUS, dándosele las gracias por los servicios prestados.

Artículo 2.- Designar al señor Jaime Moisés Puccio Avalo como Secretario Técnico Ad Hoc del Concurso Público Nacional de Méritos para el Ingreso a la Función Notarial.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

1716744-1



DECRETO SUPREMO
N° -2018-EM

**DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE
CONCESIONES ELÉCTRICAS**

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 110 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctrica, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, establece los criterios a considerar para el cálculo de la potencia firme de las unidades generadoras del sistema, los que se orientan a perfeccionar la operación eficiente y económica de los sistemas interconectados;

Que, el Decreto Legislativo N° 1002, Ley de Promoción de la Inversión para la Generación de Electricidad con el uso de Energías Renovables, tiene por objeto promover el aprovechamiento de los Recursos Energéticos Renovables para mejorar la calidad de vida de la población y proteger el medio ambiente;

Que, mediante el Decreto Supremo N° 012-2011-EM se aprobó el Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables, el cual desarrolla las disposiciones sobre incentivos para promover la inversión en generación eléctrica con recursos energéticos renovables;

Que, en virtud de las disposiciones promocionales antes mencionadas, se han convocado subastas de suministro de electricidad con recursos energéticos renovables, las cuales han evidenciado que la generación con fuentes solares y eólicas han resultado tan competitivas como la generación de energía eléctrica proveniente de fuentes convencionales;

Que, a fin de ampliar la matriz energética nacional por medio de recursos energéticos renovables, es pertinente reconocer potencia firme a las generadoras eléctricas con recursos energéticos renovables a fin de reconocer la contribución de dicha generación a la seguridad del sistema y así permitir que puedan participar en el mercado eléctrico en igualdad de condiciones con las tecnologías convencionales;

De conformidad con el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 009-93-EM; Decreto Legislativo N° 1002, Ley de Promoción de la Inversión para la Generación de Electricidad con el uso de Energías Renovables y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 012-2011-EM;



DECRETA:

Artículo 1.- Modificación del artículo 110 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Modifíquese el inciso g) del artículo 110 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, de acuerdo al siguiente texto:

“Artículo 110.- La potencia firme de cada una de las unidades generadoras del sistema se calculará según los siguientes criterios y procedimientos:

(...)

g) La Potencia Firme (remunerada) de las centrales RER, se determina de la siguiente manera:

i. Para las centrales RER hidráulicas se calcula conforme el inciso b) del presente artículo.

ii. Para las centrales RER que utilizan tecnología biomasa o geotérmica se calcula conforme al inciso a) del presente artículo, salvo que se trate de centrales de cogeneración, en cuyo caso la Potencia Firme se determina conforme al Reglamento de Cogeneración, aun cuando no sean “Centrales de Cogeneración Calificadas”.

iii. Para las centrales RER que utilizan tecnología eólica o solar fotovoltaica; con excepción de las unidades de generación adjudicatarias de las subastas de suministro de electricidad con recursos energéticos renovables desarrolladas en el marco del Decreto Legislativo 1002, el Decreto Supremo N° 012-2011-EM y el Decreto Supremo N° 020-2013-EM, la Potencia Firme se determina conforme al procedimiento COES correspondiente, el cual deberá considerar los siguientes criterios:

- Se determina el valor de la potencia inicial de la planta para lo cual se calcula la energía promedio generada para cada mes desde junio a noviembre para cada año del que se tenga información, sin considerar los meses anteriores a la fecha de puesta de operación comercial de la planta. Estos meses corresponden al período de estiaje debido a que es el período de menor generación de las centrales hidráulicas base del sistema eléctrico peruano y por lo tanto es período de mayor estrés para el sistema.*
- Se selecciona los valores más restrictivos de generación obtenidos para cada mes; es decir, se selecciona el junio con menor generación de los años disponibles, después el julio más restrictivo, y así sucesivamente hasta completar con la selección del mes de noviembre.*

$$E_j^* = \text{Min}\{E_{jk}\}$$



Dónde:

E_{jk} en MWh es la energía producida por la central RER NC solar fotovoltaica o eólica evaluada en el mes j donde k representa los años que tiene registros disponibles para el mes j en evaluación. E_j^* es el valor de producción de energía mensual que se utilizará en la evaluación.

$j = 6 \dots 11$ donde 6 corresponde a junio, 7 a julio y así sucesivamente.

$k = 1 \dots n$ donde n es el número de años para el cual se tenga información completa del mes, contados a partir de la fecha de puesta de operación comercial real.

- Posteriormente se calcula la energía generada en los meses seleccionados y se divide por el período de evaluación (4392 horas de junio a noviembre) para obtener la potencia inicial, PI , de la planta evaluada. Para esta evaluación se utilizan la energía de las 24 horas del día.

$$PI = \frac{\sum E_j^*}{4392}$$

- Finalmente, si se desea poner en porcentaje el resultado, se divide por la potencia instalada de las centrales.

$$\% PI = \frac{PI}{P_{inst}} \times 100$$

El valor de PI se debe actualizar anualmente durante la vida útil de la planta y se usará en los cálculos mensuales de FP en año posterior.

- Para el cálculo del Factor de Presencia (FP) de las plantas solares fotovoltaicas y eólicas, se considera lo siguiente:

1. El Factor de Presencia (FP) se calcula en base a la disponibilidad diaria de las centrales solares fotovoltaicas y eólicas.
2. La información para verificar la disponibilidad diaria de las centrales solares fotovoltaicas y eólicas es la proveniente de los registros de energía activa de las Unidades de Generación medidos en bornes de generación, y remitidos por los Generadores Integrantes del COES.
3. Se verifica la disponibilidad diaria (d) de la central solar fotovoltaica o eólica asignándole valores de la siguiente manera:
 - $d=1$ si la central solar fotovoltaica o eólica despachó la potencia media evaluada durante las 24 horas del día y es al menos el 15% de la potencia instalada de la planta.



- $d=0$, si no se cumple la condición anterior.
- 4. Si en un mes calendario, la verificación de disponibilidad diaria no supera 15 días consecutivos con valores asignados como 0, el FP será igual a uno (1,0), caso contrario se determinará conforme al siguiente procedimiento:

$$FP = \frac{1}{n} \sum_{i=1}^n d_i$$

Dónde:

FP: Factor de Presencia mensual;

n : Número de días del mes;

d : Disponibilidad diaria de la central del día "i" (1 o 0).

- Finalmente, el cálculo mensual de la Potencia Firme (PF), se define de la siguiente forma:

$$PF = PI \times FP$$

Donde PI es la potencia inicial correspondiente al cálculo del año anterior y FP corresponde al mes en evaluación.



- La potencia inicial de las centrales RER de tecnología eólica y solar fotovoltaica con menos de un año de operación comercial es calculada en virtud de la información comparada proveniente de unidades de generación de similares características técnicas y ubicadas en zonas geográficas similares. Para el caso de centrales RER solares fotovoltaicas se deberá considerar como similares a las plantas con las mismas características en cuanto a tecnologías y sistemas de seguimiento (fija, un eje, dos ejes). Para el caso de centrales RER eólicas se deben considerar sólo aquellas tecnologías de turbinas comparables. Osinergmin determinará las características técnicas para la comparabilidad de tecnologías, así como las zonas geográficas similares, el radio de acción y la diferencia altitudinal sobre el nivel del mar que definan las características de similitud.
- En caso de no contar con la información mencionada en el punto anterior, el cálculo de la potencia inicial de las centrales RER de tecnología eólica y solar fotovoltaica con menos de un año de operación comercial, se realiza utilizando un modelo de simulación alimentado con datos certificados de estaciones o torres de medición calibrados que cuenten con un mínimo de un año de registros, que cuente con al menos 95% de datos registrados cuyos resultados son reportados en un estudio que debe ser remitido a

Osinerghmin para su evaluación, quien en un plazo no mayor de tres (03) meses debe emitir pronunciamiento.

- *De no disponerse con la información establecida en los dos supuestos anteriores, el cálculo de la potencia inicial para centrales RER de tecnología eólica y solar fotovoltaica con menos de un año de operación comercial, será determinado por la empresa generadora por medio de un estudio que debe ser remitido a Osinerghmin para su evaluación, quien en un plazo no mayor de tres (03) meses debe emitir pronunciamiento.*
- *Después de tener un año completo de registros de generación de las centrales RER, se deberá calcular la Potencia Firme de acuerdo a la metodología establecida en el presente artículo.*

iv. Para las centrales RER que utilizan otro tipo de tecnología renovable no convencional, la Potencia Firme se determina conforme al procedimiento COES correspondiente.

Los procedimientos para estos casos son propuestos por el COES al OSINERGHMIN."

Artículo 2.- Publicación

El presente Decreto Supremo se publica en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del Ministerio de Energía y Minas (www.minem.gob.pe), el mismo día de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 3.- Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Energía y Minas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- En un plazo noventa (90) días calendario, Osinerghmin debe adecuar sus procedimientos correspondientes para el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente Decreto Supremo.

Segunda.- En un plazo noventa (90) días calendario, el COES debe proponer a Osinerghmin la modificación de los procedimientos que correspondan para el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el artículo 1 del presente Decreto Supremo.

Tercera.- En un plazo noventa (90) días calendario, el Ministerio de Energía y Minas deberá adecuar la Norma Técnica para la Coordinación de la Operación en Tiempo Real de los Sistemas Interconectados y otros que resulten necesarios, a los



cambios normativos efectuados mediante el presente Decreto Supremo, estableciendo que las centrales de generación eólicas y solares fotovoltaicas están obligadas a asumir, cuando corresponda, todos los servicios complementarios para garantizar la operación eficiente del Sistema.

Dado en la casa de Gobierno,



PROCESOS CONSTITUCIONALES

Año XIV / Nº 2788

67775

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

PLENO JURISDICCIONAL

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

(Acumulados)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11 de octubre 2018

Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal

Poder Ejecutivo y Congresistas c. Congreso de la República

Asunto

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

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

B-1. DEMANDAS

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

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

B-2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

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

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

C. INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

D. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

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

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Análisis de la presunta inconstitucionalidad por la forma

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

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

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

§ 2. Supuesta vulneración a la libertad de información

2.1. Las dimensiones de la libertad de información

2.2. Publicidad estatal y libertad de información

2.3. Libertad de información y test de proporcionalidad

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

§ 4. Supuesta vulneración al derecho a la participación política

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

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

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

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

§ 9. Efectos de la sentencia

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

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

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

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

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

B. ARGUMENTO DE LA PARTES

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

B-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 formaría parte del bloque de constitucionalidad en lo que respecta a las funciones y competencias del Congreso.

Interpretando dichas normas alegan que:

• Ningún proyecto puede ser debatido por el Pleno sin haber

sido estudiado y dictaminado, previamente, por una comisión especializada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

• *Inconstitucionalidad por el fondo*

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 publicar 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 despido 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 autógrafo 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 autógrafo de la ley no se aprecia que el legislador haya realizado este tipo de análisis.

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

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

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

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

Vulneración de la igualdad para recibir información sobre actividades estatales

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

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

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

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

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

Vulneración del derecho a la libertad de contratar

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

Vulneración del principio de legalidad en materia penal

Señala el Poder Ejecutivo que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera el principio de legalidad en materia penal reconocido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, y en el

artículo 9 de la CADH, al establecer como delito de malversación la contratación de publicidad estatal en medios privados.

Argumenta que el Estado no puede establecer como delito la contratación de la publicidad estatal en medios privados, por cuanto resulta indispensable para garantizar el derecho de las personas a recibir información. En otras palabras, argumenta que constituye una conducta por medio de la cual los funcionarios concretan las obligaciones relacionadas con este derecho.

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

Vulneración del contenido que puede ser regulado por decretos de urgencia

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

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

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

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

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

B-2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

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

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

• *Sobre la inconstitucionalidad por la forma*

El apoderado del demandado sostiene que todos los actos cuestionados han sido desarrollados de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso. La junta de portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones al amparo del artículo 105 de la Constitución y 78 del Reglamento del Congreso.

• *Sobre la inconstitucionalidad por el fondo*

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

Se sostiene en la contestación de la demanda que la 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. Si otorga en cambio una posición de derecho fundamental a no ser objeto de asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial.

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

Indica que la parte demandante ha incurrido en un error al delimitar el derecho a la libertad de información, ya que no existe un derecho intrínseco a recibir la publicidad estatal. La

supresión de dicha publicidad no se encuentra entre los actos de censura indirecta capaces de afectar el derecho invocado, sino su distribución arbitraria y discriminatoria.

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

Sobre la supuesta vulneración del derecho de acceso a la información

Señala que el derecho de acceso a la información es conceptualizado, 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 permisividad, 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. Afirma lo contrario sería negar la eficacia del voto de la mayoría que determinó la derrota de la minoría.

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

• *Sobre la inconstitucionalidad por el fondo*

Respecto a los derechos a la información y al acceso a la información pública, en la contestación de la demanda se plantean

argumentos similares a los presentados en la contestación presentada en el Expediente 0012-2018-PI/TC y que se dan aquí por reproducidos.

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratación

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

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

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

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

Sobre la supuesta vulneración del principio de legalidad penal

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

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

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

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

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

C. INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha emitido una Nota Técnica analizando los alcances de la Ley 30793 a la luz de los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión, la cual ha hecho llegar al Gobierno del Perú con el objeto de que sea comunicada a este Tribunal, por ser el órgano encargado de conocer las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la citada ley. Este informe, de fecha 14 de agosto de 2018, fue presentado por el Poder Ejecutivo en el Expediente 0013-2018-PI/TC el día 15 de agosto de 2018.

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

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

De acuerdo con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH estos mecanismos podrían incluir la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial, con

el objeto de presionar, castigar, premiar o privilegiar a los medios de comunicación en función de su línea informativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

D. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

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

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

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

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

Al respecto, cabe destacar que las entidades públicas están obligadas a difundir información sobre sus gastos en publicidad, entre otros, conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Durante el primer semestre de 2017 solo el 74% de los ministerios cumplió con la difusión de información, así como el 48% de los gobiernos regionales y el 28% de las municipalidades provinciales capitales de departamento.

• Análisis constitucional de la Ley 30793

Incumplimiento del procedimiento establecido en la Constitución

Se señala que el proyecto de ley no tuvo el dictamen correspondiente y que fue exonerado por la Junta de Portavoces e incluido en la agenda del Pleno para su debate, por lo que no fue analizado ni dictaminado en comisión, lo que constituiría un vicio

que afecta la constitucionalidad de la ley, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la materia (Sentencia 0015-2012-PI/TC).

Contravención del carácter deliberativo del Congreso

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

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

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

Vulneración del derecho a la libertad de información

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

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

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

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

La Ley 30793 propicia una censura indirecta

En el *amicus 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.

Lo que se busca es una regulación idónea que contribuya a canalizar racional y adecuadamente los recursos públicos en publicidad oficial a través de medios de comunicación privados,

de modo que tales recursos no sean distribuidos arbitrariamente para premiar o servir de mecanismo de presión contra los medios de comunicación.

La prohibición establecida en la ley cuestionada no solo no contribuye a un mejor manejo de los recursos públicos, sino que, de acuerdo con el contexto en que la norma fue emitida, 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 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 emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).

4. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra político, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

5. Al respecto, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley, tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.

6. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

7. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica" en un doble sentido; por un lado, como "normas sobre la forma de la producción jurídica", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como "normas sobre el contenido de la normación", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

8. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de la misma y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.

9. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que "en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango" (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

10. Este órgano de control de la Constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Poder Constituyente delegó algunos de los siguientes aspectos:

- (i) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.
- (ii) La regulación de un contenido materialmente constitucional.
- (iii) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

11. Lógicamente, estas normas deben a su vez ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta de la Constitución.

12. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad

aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la ley cuestionada.

13. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 101 y 105 de la Constitución, y los artículos del Reglamento del Congreso que regulan el procedimiento legislativo, en atención a la materia y a la naturaleza de ley orgánica de dicha norma legal (Sentencia 0047-2004-AI/TC).

14. En lo que respecta a la inconstitucionalidad por la forma de la ley impugnada, los demandantes cuestionan una serie de irregularidades en el procedimiento legislativo que llevó a su aprobación, a saber:

(i) Debió ser debatida ampliamente en el Pleno del Congreso y no en la Comisión Permanente, en atención a la materia, en tanto implica una limitación a un derecho fundamental.

(ii) Fue exonerada por acuerdo de la Junta de Portavoces del dictamen de la Comisión de Transporte y Comunicaciones, y también del requisito de pre-publicación en el portal oficial del Congreso de la República del dictamen de insistencia, previo al debate en el Pleno, y sin que se hayan expresado las razones para hacerlo.

(iii) Debió ser debatida en la Comisión de Constitución y Reglamento y en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, y las observaciones del Poder Ejecutivo también debieron ser objeto de análisis en dichas comisiones.

15. Se alega no solo la trasgresión de la Constitución y el Reglamento del Congreso, sino también la vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad y democracia deliberativa, elementos fundamentales para la existencia de un Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal, en consecuencia, procederá a analizar los argumentos planteados por las partes.

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

16. La Constitución, en su artículo 101, desarrolla las competencias que posee la Comisión Permanente del Congreso de la República. El inciso 4 de dicho artículo dispone que esta puede ejercer las facultades legislativas que el Congreso le delegue, exceptuando las siguientes materias:

- (i) Reforma constitucional.
- (ii) Aprobación de tratados internacionales.
- (iii) Aprobación de leyes orgánicas.
- (iv) Aprobación de la Ley de Presupuesto.
- (v) Aprobación de la Ley de Cuenta General de la República.

17. En tal sentido, la Comisión Permanente se encuentra habilitada para legislar sobre cualquier materia que le sea delegada previamente, teniendo como único límite las materias indelegables señaladas *supra*.

18. De esta manera, la aprobación de la Ley 30793 podía debatirse en el seno de la Comisión Permanente, en tanto la materia de la misma no se encuentra expresamente señalada por la Constitución como indelegable, ni se deriva de alguno de los supuestos en los que procedería la exclusión de la competencia de dicha comisión.

19. Sin perjuicio de lo dicho, debe destacarse la importancia del debate público en el sistema democrático. En la Sentencia 0001-2018-PI/TC este Tribunal señaló que la democracia no puede ser concebida como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder, o como un espacio donde solamente se negocian distintas clases de intereses. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente aquellas que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que les permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.

20. En efecto, este proceso deliberativo requiere, en su conjunto, un adecuado conocimiento respecto de la problemática abordada, y demanda un previo análisis de los hechos, valores y deberes que se encuentran en juego. Es importante recordar que, en estos espacios, suelen confluir distintas concepciones respecto de lo que debe ser considerado como bien público, lo cual, irremediablemente, conduce al camino de la deliberación como principal conducta para la toma de decisiones políticas.

21. La democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales. Sin embargo, también es cierto que la deliberación debe realizarse en el marco de ciertas condiciones que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuando este se realiza en el seno del Congreso.

22. En el presente caso se advierte que el debate en la Comisión Permanente tuvo la participación de congresistas que representaban a diferentes bancadas, y que finalizó cuando participaron todos los oradores que solicitaron hacer uso de la palabra para expresar sus ideas. Si bien algunos congresistas hicieron referencia a que se requería un debate más amplio,

nadie más solicitó intervenir, en virtud de lo cual se dio por concluido el debate (ver el Diario de los Debates del Congreso de la República, Período 2017-2018, Comisión Permanente, sesión de fecha 28 de febrero de 2018).

23. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la insistencia se debatió en el Pleno durante dos horas con participación de los congresistas que representaban diferentes posiciones respecto del tema en debate. De particular relevancia resulta que el tiempo establecido para el debate, que a primera vista podría parecer exiguo para discutir un asunto de tanta importancia, fue materia de acuerdo unánime en la Junta de Portavoces (ver el Diario de los Debates del Congreso de la República, Segunda Legislatura Ordinaria de 2017, sesión de fecha 14 de junio de 2018, página 45).

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

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

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

1.2. Las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces

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

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

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

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

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

1. La elaboración del Cuadro de Comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso.

2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.

3. La ampliación de la agenda de la sesión y la determinación de prioridades en el debate, todo ello con el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.

4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento.

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

Artículo 53:

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

Artículo 73:

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

- Iniciativa Legislativa;
- Estudio en comisiones;
- Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;
- Debate en el Pleno;
- Aprobación por doble votación; y
- 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 *supra* se advierte que el Reglamento del Congreso admite la posibilidad de que se realicen exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, y esta es una potestad que es, en principio, discrecional, sujeta únicamente a que se efectúe en la oportunidad procedimental adecuada y con el número de votos requerido. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de resaltar la importancia de los acuerdos adoptados por la Junta de Portavoces, ya que este se constituye como el órgano de representación de los Grupos Parlamentarios, por lo que expresa la voluntad de los congresistas que integran dichas agrupaciones (Sentencia 00015-2012-PI, fundamento 17).

32. Ahora bien, aunque existe un impedimento para establecer requisitos adicionales a dichos pactos, como podría ser que los acuerdos sean adoptados luego de un debate entre los miembros de la Junta de Portavoces, o que se adjunte un documento en el que se expongan (aunque sea brevemente) las razones que justificaron la adopción de la respectiva exoneración, de su omisión no se puede advertir, sin más, la existencia de un vicio que acarree como consecuencia la inconstitucionalidad de la ley cuestionada.

33. No obstante lo anterior, este Tribunal no deja de advertir que la aprobación de las diferentes exoneraciones contempladas en el Reglamento del Congreso (de dictamen en comisión, de pre-publicación en el portal oficial, de doble votación, etc.) se han convertido en una práctica frecuente y no en un verdadero procedimiento excepcional, poniendo en entredicho la legitimidad del debate que se desarrolla en el Congreso de la República.

34. Un procedimiento legislativo de excepción no puede ser aplicado de forma masiva. De lo contrario, se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario.

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

36. Ahora bien, el Tribunal considera que, en este caso, no corresponde declarar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en la aprobación de las exoneraciones a las que se recurrió en el procedimiento que llevó a la aprobación

de la ley cuestionada, ya que no se advierte algún déficit deliberativo que sea manifiesto y grave en el proceso interno del Congreso que amerite la declaración de invalidez, lo cual se evidencia en el hecho que muchas de las actuaciones que aquí se impugnan fueron acordadas con altos índices de consenso. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este punto.

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

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

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

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

39. Conforme a lo señalado por este Tribunal en el fundamento 11 de la Sentencia 0015-2012-PI/TC, la Constitución no determina qué comisión debe emitir el dictamen, ni señala si debe ser solo una o varias las que lo lleven a cabo, por lo que basta con que la iniciativa legislativa aprobada haya sido dictaminada de modo favorable por al menos una comisión del Congreso. Esta clase de actividades se encuentran dentro del margen de actuación política que tiene el legislador, por lo que su inobservancia no genera, en principio, un vicio de inconstitucionalidad.

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

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

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

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

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

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

§ 2. Supuesta vulneración a la libertad de información

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

2.1. Las dimensiones de la libertad de información

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

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de la ley.

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

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

50. Mediante la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir. En cambio, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz (ver también las Sentencias 0057-1998-AA/TC, 2262-2004-HC/TC, 0015-2009-PI/T, entre otras).

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

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

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

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

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

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

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

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

La Constitución peruana protege la comunicación sin trabas de la información y de pensamiento. (...). Dicha protección incluye el derecho a la preparación, elaboración, selección y difusión de la noticia. La libertad de expresión y de información representa

un valor básico político, pues es herramienta de control de los gobernantes y previene y detiene las arbitrariedades del poder. Más aún, su constitucionalización corresponde principalmente a tal finalidad. También corresponde a esa finalidad, el 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 OC-8/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas, párr. 70). La conexión entre pluralismo informativo y la libertad de la persona es, así, indisoluble.

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

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

62. Esta doble dimensión de la libertad de información se ha materializado también en el artículo 61 de la Constitución, cuando se expresa que los medios de comunicación social y empresas relacionadas con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad o acaparamiento, ni directa ni indirectamente por parte del Estado ni de particulares.

63. Es evidente que esta cláusula constitucional responde a la experiencia sobre restricciones a las libertades comunicativas ocurridas en el Perú a lo largo de su historia republicana. Ello obedece a la necesidad que la población reciba fuentes variadas de información a fin de poder decidir con la mayor cantidad de datos posible.

64. La información suministrada no debe estructurar los debates de relevancia social orientando o favoreciendo ciertos puntos de vista, al menos en aquellos supuestos en los que no se advierte, por el ejercicio de las libertades comunicativas, la vulneración de algún derecho o principio constitucional. La posibilidad de que las personas se forjen un juicio sobre la comunidad y sus propios proyectos de vida no debe habilitar a la autoridad estatal a que, mediante mecanismos directos o indirectos, haga prevalecer una sola noción de lo correcto o lo justo a la ciudadanía.

65. De este modo, la especial conexión entre la libertad de información y el principio democrático se evidencia a través de la posibilidad de que la opinión pública pueda cuestionar y criticar las actividades realizadas por el Estado. En efecto, la publicidad que realiza el Estado, por poner ejemplo, respecto de la realización de una obra gubernamental en una zona determinada no solo permite que la población conozca respecto de los avances y la responsabilidad de los funcionarios públicos, sino que además permite que el colectivo pueda criticar si es que se ha priorizado erradamente una obra social en desmedro de otra, o simplemente considerar como innecesario el proyecto emprendido por el Estado. Incluso permite conocer si es que ha existido un excesivo gasto en la realización de alguna actividad que, probablemente sin la información brindada, jamás se hubiese conocido. Este elevado nivel de participación se condice con lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, el cual establece que

[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 publica*.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Publicidad estatal y libertad de información

75. Siendo la libertad de información un derecho de la sociedad misma, es importante preguntarse si la publicidad estatal es uno de los mecanismos jurídicos para concretarla. 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/INDECOP, Separata Especial publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 20 de julio de 2001), que la publicidad comercial tiene una triple función:

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

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

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

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

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

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

82. La publicidad estatal institucional, entonces, es diferenciable de la publicidad comercial por la finalidad perseguida. La publicidad comercial tiene una finalidad que, en última instancia está vinculada a la captación de usuarios o consumidores. En contraste, la publicidad estatal institucional tiene por finalidad promover e informar respecto de conductas de relevancia para la sociedad. Permite, en consecuencia, que la ciudadanía se encuentre al tanto de las bondades y deficiencias de las políticas de Estado, ya que la información difundida otorga la posibilidad de fiscalizar tanto las propuestas como las soluciones adoptadas por las altas autoridades.

83. Así, la publicidad institucional se orienta a la realización del bien común. Para ello, tanto la función informativa como la persuasiva son importantes. Y es que la realización del bien común requiere que la información transmitida contenga efectivamente elementos dirigidos a la consecución de tal fin, y la información sea divulgada de manera que busque la mayor persuasión posible.

84. Evidentemente, para este Tribunal la publicidad estatal institucional no debe ser concebida como una posibilidad para que las autoridades que ejercen los principales cargos públicos puedan realizar propaganda política. En efecto, no debe confundirse la idea de informar a la sociedad con la de influenciarla y determinarla a apoyar a la autoridad en el cargo. En ese sentido, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que “[e]l Estado está prohibido, a través de publicaciones oficiales o estaciones de televisión o imprenta, cuando sean de su propiedad, de efectuar propaganda política en favor o difusión de información en contra de cualquier partido, agrupación independiente o alianza, excepto en el caso de referéndum”.

85. A nivel de gobiernos locales, es relevante para este Tribunal lo dispuesto en la Ley 27734, que modifica diversos artículos de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales, la cual introduce una serie de disposiciones complementarias con el propósito de sancionar al alcalde y al regidor que postule a cualquier cargo electivo, sea nacional, regional o local en caso que, en el 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 adhesión 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 *government speech* (Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 1977), el cual consiste en que en muchas oportunidades el Estado no observa la neutralidad en sus propios discursos.

88. Evidentemente, tal noción del rol del Estado no es necesariamente la misma de acuerdo a nuestra tradición constitucional y a la forma en que se han configurado y desarrollado las libertades comunicativas en el Perú. Sin embargo, sí permite poner de relieve a este Tribunal que, en no pocos casos, el Estado plasma, a través de distintos funcionarios electos por sufragio directo, un plan de gobierno con una importante carga ideológica, y que traduce principalmente la voluntad o la concepción del bien o de la justicia de sus electores. Ahora bien, es importante resaltar que, en el momento en que plasma e implementa dichas opciones políticas a través de medidas o políticas, el Estado no debe intentar influenciar a las personas a fin de convencerlas que su programa político es el más correcto o justo.

89. En ese sentido, la conexión excesiva entre el Estado y los medios de comunicación, a través de múltiples y onerosos contratos de publicidad, puede generar consecuencias nada deseables para el sistema democrático. El ingente gasto estatal en cuestiones de publicidad puede suponer un mecanismo que, de no ser fiscalizado o controlado, acarrea distintos problemas. Es por ello que es posible afirmar que los medios de comunicación privados no titularizan un derecho fundamental subjetivo a obtener financiamiento por parte del Estado, pues ello, de ser así, desvirtuaría la legítima preocupación respecto de la forma como estas entidades brindan información a la ciudadanía, ya que, al siempre poder ser financiadas, suscitarían entendedibles 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 demanda la 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 contraste de datos y que pueda participar activamente en el manejo de la *res publica* a través de su función fiscalizadora. El control que ella pueda ejercer no solo se advierte en los mecanismos usuales de participación política, tales como la iniciativa de leyes o la posibilidad de solicitar la vacancia de autoridades, sino que también se efectiviza a través de mecanismos de responsabilidad política, reflejados en el control que hacen a través de la elección de las autoridades por nombramiento popular.

93. De ahí que las campañas que permitan difundir esta clase de datos pueden también cumplir con reducir la asimetría informativa. Aquellas que se realizan sobre los derechos de

los usuarios de telecomunicaciones, de servicios de agua o de electricidad, pueden generar que los ciudadanos estén más informados sobre las obligaciones de empresas prestadoras de tales servicios. Ello es un claro ejemplo de la realización del bien común. Ahora bien, junto a este tipo de publicidad estatal, las campañas de posicionamiento institucional también tienen un fin legítimo, por cuanto coadyuvan a que los ciudadanos conozcan, por ejemplo, las funciones de entidades reguladoras. Ello significaría brindar información a la ciudadanía sobre cómo, dónde y por qué razones pueden presentar sus reclamos.

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

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

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

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

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

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

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

100. De otro lado, el artículo 3 establece la prohibición de "toda publicidad en medios privados". Así, todas las entidades estatales están prohibidas de contratar con medios de comunicación privados con fines relativos a la publicidad estatal. Si bien se plantean excepciones, estas se limitan únicamente a tres temáticas: desastres, emergencias nacionales y campañas de educación electoral. El efecto práctico de las disposiciones legales cuestionadas resulta categórico, más aún si es que los supuestos a los que se refiere la disposición impugnada son de carácter transitorio.

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

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

2.3. Libertad de información y test de proporcionalidad

2.3.1 Delimitación del contenido del derecho fundamental presuntamente afectado e intervención

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

104. También se ha apreciado que la publicidad estatal institucional implica la transmisión de información dirigida a satisfacer el bien común o el bienestar general. Como ya se apreció previamente, este Tribunal considera que existe una intervención en la libertad de información, pues los datos que podrían ser difundidos por el Estado no se encuentran en posibilidad de alcanzar al mismo número de ciudadanos si solo se recurriese a los medios de comunicación estatales. De hecho, en este caso se ha indicado, en múltiples oportunidades, que una de las formas en las que las entidades estatales podrían informar a la población se podría realizar a través del internet. Sin embargo, para este Tribunal dicha solución plantea importantes inconvenientes desde el punto de vista del derecho a la libertad de información por distintos motivos.

105. En este sentido, y de acuerdo con los informes del INEI, solo el 50.1% de la población de 6 y más años de edad del país accede a internet (Informe Técnico, Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, No. 4, diciembre 2017, p. 9). En este documento se aprecian diferencias en el uso de internet entre áreas rurales y urbanas, así como respecto de la población con educación primaria y la que cuenta con educación superior universitaria.

106. El INEI también ha subrayado que, en zonas rurales, solo el 15.2% accedió a internet en los meses de julio, agosto, y setiembre de 2017. Por su parte, el 19.8% de los ciudadanos con educación primaria accede a internet, mientras que el 91.3% de la población con educación superior universitaria lo hace.

107. Debe precisarse que no es solo la falta de utilización o la brecha existente en la implementación de las tecnologías necesarias para poder utilizar los medios digitales y redes sociales la única barrera existente. Aun en contextos en donde existe conectividad suficiente, hay ciertos sectores de la sociedad a los que les resulta muy difícil acceder a estos medios.

108. Ya en la Sentencia 0002-2001-AI/TC este Tribunal se pronunció sobre los factores culturales que limitan el acceso a internet. En dicha ocasión se dijo que:

(...) el acceso a internet exige un mínimo de aprestamiento técnico o capacitación del que carecen aún grandes sectores de la población peruana, teniendo en cuenta a tal efecto el predominante "analfabetismo informático" del que ésta aún padece.

109. Aunque dicha resolución fue emitida hace 17 años, aquel "analfabetismo informático", si bien se ha reducido, aun 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-PI/TC, fojas 19). Lo mismo ocurre, aunque en menor escala, con la audiencia radial, en donde el 72% de esta opta por medios de comunicación privados (Sentencia 0013-2018-PI/TC, fojas 19).

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

112. Todo lo expuesto tiene un efecto significativo en la difusión del mensaje transmitido mediante publicidad estatal. Y es que si se llega a menor público el mensaje tendrá menor efectividad, con las serias consecuencias que ello puede acarrear para el ciudadano, pues en muchas oportunidades la información suministrada le permite encontrarse informado respecto de distintas políticas de Estado, lo cual no solo le permite poder

acceder a ellas, sino también criticarlas. Este dato es aún más relevante si es que se advierte que la cobertura de otras fuentes de información no tiene el mismo nivel de alcance que aquellos que se realizan mediante publicidad estatal institucional, y, por ende, no alcanzan su misma cobertura.

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

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

2.3.2. Subcriterio de idoneidad

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 sí, pues con la prohibición absoluta de contratación por parte del Estado en medios de comunicación privados se ha reducido la posibilidad de arbitrariedad, discrecionalidad e ineficiencia en

el gasto público en publicidad. Por lo tanto se verifica una relación de medio-fin en la medida normativa impugnada.

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

2.3.3. Subcriterio de necesidad

122. El criterio de necesidad implica la presencia de dos sub-fases: (i) determinar la presencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida; y (ii) una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulta menos gravosa para el derecho que se interviene.

123. En relación con la primera sub-fase, debe evaluarse si es que existen medidas que, siendo por lo menos igualmente idóneas, permitan satisfacer en igual o mayor medida la finalidad perseguida. En este caso, el Tribunal nota que es sumamente complejo poder encontrar una medida con dichas características, ya que la disposición que ahora se cuestiona contiene una prohibición que, salvo algunas excepciones, se aplica a todos los niveles de gobierno y a distintas entidades.

124. En lo que respecta a la segunda sub-fase, le corresponde identificar al Tribunal si es que, de los medios por lo menos igualmente idóneos, se advierte la presencia de alguno que resulte menos lesivo de derechos fundamentales que la propia disposición impugnada. En este caso, como se advirtió *supra*, no existe una medida que tenga por lo menos el mismo nivel de idoneidad, por lo que, en principio, pareciera que esta sub-fase también sería superada por la ley cuestionada.

125. Ahora bien, el Tribunal nota que dejar la constitucionalidad en manos de la sola efectividad o idoneidad de las medidas implementadas puede generar, en algunos casos, resultados contraproducentes. Por ello, es importante valorar, de manera excepcional, algunas medidas alternativas cuando exista un importante grado de aflicción de derechos fundamentales con la ley cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad, y pese a que aquellas no son igualmente idóneas que la realmente aprobada. El propósito de este criterio radica en que no es viable que la justicia constitucional, en aras de la eficiencia, deje de lado alguna medida que, sin ser igualmente efectiva, pueda sin embargo conciliar el fomento de la finalidad perseguida por el legislador y la protección de los derechos fundamentales involucrados.

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

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

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

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

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	3. Servicios de imagen institucional	Total gasto en publicidad anual			
2009	36.37%	47,872,843	55.55%	73,125,282	8.08%	10,639,098	131,637,223
2010	41.74%	93,031,901	45.49%	101,399,967	12.77%	28,456,718	222,888,586
2011	37.18%	97,773,665	58.56%	153,975,763	4.26%	11,203,552	262,952,980
2012	49.98%	100,952,363	43.60%	88,062,713	6.43%	12,985,357	202,000,433
2013	56.01%	166,754,616	39.46%	117,491,075	4.53%	13,481,163	297,726,854
2014	55.66%	186,586,953	40.12%	134,500,843	4.21%	14,119,583	335,207,379
2015	61.27%	216,366,377	33.00%	116,530,759	5.72%	20,214,027	353,111,163
2016	52.14%	197,834,700	44.66%	169,448,847	3.20%	12,125,476	379,409,023
2017	54.84%	153,461,429	40.80%	114,162,089	4.36%	12,186,440	279,809,958
2018	54.75%	153,326,961	41.13%	115,173,295	4.12%	11,540,330	280,040,586
Por categoría	51.51%	1,413,961,808	43.13%	1,183,870,633	5.35%	146,951,744	2,744,784,185

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

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

138. Se aprecia un importante volumen de gasto por parte del Estado, lo que evidencia la necesidad imperiosa de fijar los criterios de fiscalización apuntados, lo que coadyuvaría a reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad, sin impedir el flujo de información dirigido a la ciudadanía.

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

140. En virtud de las alternativas anotadas, este Tribunal considera que la normativa impugnada no supera el subcritero 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, TUPA, 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 publicar las obras públicas de sus órganos políticos, sino que permite atender mejor las necesidades de las personas y cumplir con la promoción y garantía de los derechos, que es una obligación constitucional. Asimismo, permite evitar la

corrupción y optimizar los niveles de control y participación de la ciudadanía.

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

Toda persona tiene derecho:

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

163. En el presente caso, este Tribunal ha señalado *supra* que la ley cuestionada vulnera el derecho a la libertad de información al establecer que la publicidad 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 *fair play* 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 *public watchdog* (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. En tal sentido, alegan que se estaría vulnerando el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, el cual señala que toda persona tiene derecho:

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

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

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

(i) Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y,

(ii) Libertad contractual, que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución, y que también es conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

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

(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 bligar 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-PI/TC, este Tribunal afirmó que el "ejercicio profesional del periodismo, cuando se realiza democráticamente y con responsabilidad, es un elemento esencial que permite el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones democráticas".

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

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

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

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

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

a) La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.

b) La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
c) El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.

d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.

e) La libertad de información veraz e imparcial.

f) El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.

g) La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.

h) La promoción de los valores y la identidad nacional.

i) La responsabilidad social de los medios de comunicación.

j) El respeto al Código de Normas Éticas.

k) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.

l) El respeto al derecho de rectificación.

Artículo 3.- Definición de los servicios de radiodifusión
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-AI/TC, este Tribunal señaló que el contenido normativo del principio de legalidad prohíbe lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación,

según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa (cursiva agregada).

211. El artículo impugnado señala lo siguiente:

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 publicar 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-PI/TC, este Tribunal señaló que debe tomarse en cuenta no sólo el contenido del decreto de urgencia, sino también las circunstancias fácticas y el objeto de la norma, las que deben responder a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso, que versa sobre el procedimiento de control que realiza este órgano estatal sobre dichas normas.

231. El inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso señala lo siguiente:

La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del Artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso,

presenta dictamen y *recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del Artículo 118 de la Constitución Política (...)*. (Cursivas agregadas).

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

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

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

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

(i) DS 047-2018-PCM: Estado de Emergencia en algunas localidades del distrito de Mórrope, provincia de Lambayeque, del departamento de Lambayeque, por desastre, a consecuencia de contaminación de agua para consumo humano.

(ii) DS 040-2018-PCM: Estado de Emergencia en varios distritos y provincias del departamento de Piura, por desastre a consecuencia de intensas precipitaciones pluviales.

(iii) DS 039-2018-PCM: Estado de Emergencia en varios distritos de las provincias de Angaraes, Tayacaja, Huancavelica y Churcampa, del departamento de Huancavelica, por desastre a consecuencia de intensas precipitaciones pluviales.

(iv) DS 011-2018-PCM: Prórroga de Estado de Emergencia en distritos de las provincias de Huanta y La Mar (Ayacucho), de las provincias de Tayacaja y Churcampa (Huancavelica), de la provincia de La Convención (Cusco) y de las provincias de Satipo, Concepción y Huancayo (Junín).

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

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

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

§ 9. EFECTOS DE LA SENTENCIA

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

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

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

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

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

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

244. Al respecto, este Tribunal advierte que existe una antinomia generada entre la Ley 28874 y la Ley 30793. La primera introdujo una serie de criterios generales para el uso de los recursos estatales destinados al rubro de publicidad, así como para la fiscalización de la transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos en la contratación de servicios de publicidad en prensa escrita, radio y televisión. Estos criterios se aplicaban para la publicidad estatal en medios de comunicación públicos y privados.

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

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

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

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

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

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

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

1. El proceso de inconstitucionalidad.

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

1.1 El Proceso de Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incurra en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.

1.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis*.

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

1.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

1.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad.

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

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

3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.

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

3.1 Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, desmantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.

3.2 A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

3.3 En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.

3.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

3.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.

3.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.

3.7 El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente

trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.

3.8 En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.

3.9 En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. Mi posición respecto a la normativa constitucional infringida.

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

4.2 Ahora bien, en línea con los parámetros del análisis de constitucionalidad a los que hago referencia en el presente fundamento de voto, considero que todas las fundamentaciones atinentes a la temática fáctica y coyuntural que rodea el presente caso y a las que se alude en la sentencia de mayoría devienen en inoficiosas, innecesarias e impertinentes para tal efecto, por lo que, muy respetuosamente, me aparto de las mismas.

4.3 Sin perjuicio de lo señalado, debo enfatizar que el derecho fundamental a la libertad de información es un derecho que hace al núcleo mismo del Estado Constitucional y a la esencia misma de la democracia. Un derecho continente y de carácter multidimensional, que comprende varios titulares y varios derechos, como el derecho de quien produce la información, el derecho de quien transmite la información, el derecho de quien reproduce la información, el derecho de quien administra la información, el derecho quien conserva la información y el derecho de quien recibe la información, entre otros.

4.4 En esta última dimensión, en la recepción de la información este derecho comprende a todos y cada uno de los miembros de nuestra colectividad y juega un papel gravitante para el ejercicio del derecho a la participación ciudadana y para el ejercicio de los derechos políticos, pues solo una sociedad bien informada es capaz de comprometerse con su Estado y ejercer a cabalidad su derecho a la participación y a la fiscalización respecto al manejo de la cosa pública.

4.5 Frente a esta dimensión del derecho a la información el Estado tiene la obligación de informar sobre sus acciones y aquellos aspectos de interés público, debiendo hacerlo procurando que la información que difunde llegue a todos. Ello se logra accediendo a los medios de comunicación que garanticen una adecuada y plena cobertura; y no auto restringiéndose.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

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

1. El caso traído a este Tribunal Constitucional en el que se cuestiona la Ley N° 30793 nos permite reflexionar sobre el mal uso que se le puede dar a los fondos públicos destinados a la publicidad estatal. La contratación estatal sobre publicidad no puede ser utilizada como mecanismo de presión política para premiar o castigar la línea editorial de algún medio de comunicación. En efecto, una mala asignación de los recursos no solo atenta contra el erario nacional sino contra las libertades informativas.

2. En este sentido, me remito a la nota técnica elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del Comisión

Interamericana de Derechos Humanos ingresada a través del Escrito del Procurador Especializado en Materia Constitucional, en la que se señala que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el control y distribución de bienes y recursos públicos que impacta o puede impactar en el libre funcionamiento de los medios de comunicación tiene un efecto claro sobre la libertad de expresión.

3. Ello es coherente con lo señalado anteriormente por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, ha señalado que:

Principio 13: La utilización del poder del estado, la hacienda pública, la asignación discriminatoria de publicidad estatal con el objetivo de premiar o castigar, en función de sus líneas informativas atenta contra la libertad de expresión y deben estar prohibidos por ley.

4. Ello constituiría un mecanismo indirecto de violación de las libertades informativas. Como dice la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

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

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

El derecho a la libre contratación

6. Como se señala en la sentencia, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a la libre contratación garantiza la facultad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. Tal vínculo debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica, y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga leyes de orden público.

7. De este modo, el derecho a la libertad de contratación, conforme se ha señalado en la sentencia, tiene un doble contenido: 1) Libertad de contratar, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, 2) Libertad contractual, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

8. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libertad de contratación está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales: 1) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y; 2) Autonomía para decidir, de común acuerdo (por común consentimiento), la materia objeto de regulación contractual.

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

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

Desde que la racionalidad económica funciona a base de comparaciones marginales, la publicidad estatal no debiera

desbordar una proporción máxima de los ingresos de cada medio por venta de publicidad —por ejemplo, 10%.

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

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

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

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

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

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

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

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

Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad.

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

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Las libertades informativas constituyen sin duda un elemento central en la configuración de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Son también parámetros de cabal relevancia tanto para los tratados incluidos dentro del sistema universal como en los sistemas regionales (destacando entre ellos sin duda alguna el sistema interamericano) de protección de Derechos Humanos. Constituyen pues, un aspecto de innegable importancia en la configuración de un Derecho común al cual se tiende ir, objetivo de lo que hoy se conoce como “Convencionalización del Derecho”. Y es que sin ejercicio de las libertades informativas, la libertad de pensamiento o la libertad en sentido estricto (libertad individual) son casi meras quimeras sin proyección a ser conocidas o dadas a conocer.

2. No hay pues libre desarrollo de los diferentes proyectos de vida de toda persona ni ejercicio cabal de las diferentes ideas o actividades (acciones u omisiones) de cada uno de

nosotros(as) si nos encontramos en un escenario donde no podemos ejercer nuestras libertades informativas y realizar un necesario de intercambio de ideas que apunte a la configuración de una opinión libre. Lo mismo puede decirse si estamos ante limitaciones irrazonables a estos derechos, pues corremos el riesgo de despojarlos de sentido y contenido, con todo lo que aquello involucra.

3. Ahora bien, tampoco se puede estar a favor de un uso abusivo de estos criterios, y, sobre todo, de aquellos que tengan mayor relación con el empleo de los medios de comunicación social existentes. Los derechos a informar, a ser informado o a acceder a información son vitales, pero la cobertura para ejercerlos no puede ser condicionada para así convertir a algún medio de comunicación en un vocero oficial u oficioso de, por ejemplo, una línea político-partidaria que hipoteque la independencia y el pluralismo con el cual se debe manejar dicho medio. De otro lado, y si del manejo de fondos públicos se trata, tiene que haber sin duda una cabal supervisión de su asignación y gasto. Sin embargo, las limitaciones que deben introducirse al respecto tienen que ser expresión de un análisis de proporcionalidad (con cuyo resultado podemos o no coincidir) y no producto de decisiones a las cuales solamente podemos calificar como arbitrarias.

4. Aquello es justamente un aspecto de innegable importancia en la resolución del presente caso. No estoy en contra de establecer una regulación sobre la asignación del gasto de publicidad del Estado peruano. Desafortunadamente lo que planteaba la Ley n.º 30793 tenía previstas, seguramente buscando alcanzar ese mismo objetivo con las mejores intenciones, una serie de restricciones irrazonables al ejercicio de una serie de derechos fundamentales. Utilizaba además una comprensión a todas luces equivocada de la legalidad en materia penal. Empleaba por último un mecanismo recogido en el ordenamiento jurídico peruano para atender situaciones de emergencia y urgencia económica (decretos de urgencia) para abordar materias que pueden generar situaciones de emergencia social, con una capacidad de revisión en sede parlamentaria muy diferente (decretos supremos).

5. Considero asimismo que, si se quiere establecer un control sobre el gasto público y su asignación para efectos de contratación de publicidad estatal, la prohibición (absoluta o con excepciones sumamente acotadas) no es una alternativa aceptable en clave de una interpretación conforme a la Constitución y respetuosa de los parámetros del constitucionalismo contemporáneo. Existen mecanismos distintos y menos gravosos para asegurar un gasto eficiente, eficaz y honesto de los fondos públicos empleados al respecto (la labor de la misma Contraloría General de la República y sus posibilidades de control preventivo, concurrente y reparador, por ejemplo).

6. Coincido entonces con buena parte del sentido de lo expresado en el proyecto de sentencia, en la medida que se declara fundada en parte la demanda en relación con la Ley n.º 30793, "Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano". No obstante aquello, deseo plantear las siguientes precisiones o discrepancias con la justificación que dicho proyecto contiene, con términos como los que voy a señalar a continuación:

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

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

8. Y es que los referidos vicios deliberativos solo podrían ser considerados como meros vicios formales desde concepciones puramente ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, posiblemente siguiendo las formalidades previstas al respecto. Ello sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide, pues para dichas concepciones tan solo bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, la legitimidad de las decisiones públicas se basan en las razones ofrecidas a su favor, y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede hablarse de un giro argumentativo o deliberativo en la concepción de la democracia.

9. Este giro se encuentra directamente relacionado por cierto, y entre otros factores, con el principio constitucional de

interdicción de la arbitrariedad, o con la afirmación de que la persona humana es el fundamento y el límite último para el poder político. En efecto, y de lo anterior, se desprende con claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones, y no puede simplemente imponerlas.

10. En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, a su vez, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de intercambiar razones o argumentos relacionados con la decisión que va a tomar. Estas razones que deben brindarse ciertamente, se encuentran relacionadas con la "legitimidad" de los actos de poder, elemento importante y hoy imprescindible, que va más allá de la aislada "legalidad" o "autoridad formal" antes muchas veces invocada. Es claro así que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, los actos estatales —como lo es la aprobación de una ley— deben ser legales. También legítimos, emanando de una autoridad competente, y a la vez, encontrarse justificados. Deben tener en cuenta tanto las exigencias vinculadas con su vigencia formal como con su validez material.

11. Es más, y en un pronunciamiento muy reciente, este Tribunal ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de decisiones, y en particular de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. n.º 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada "Ley Antitransfuguismo"), se sostuvo que:

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

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

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

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

13. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una deliberación robusta hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de los directamente afectados, así como las de los sujetos o colectivos débiles, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no debe tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publicación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

14. Como se hace evidente, y en relación a lo involucrado con estos vicios referidos a la falta de suficiente deliberación en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente, sin atender a que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.

15. Adicionalmente, debo señalar que la referida inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ya ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que en su configuración no se permitió la participación de quienes se verían afectados por la medida aprobada (v. gr. "caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería", de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las Sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).

16. Señalado todo esto, veamos a continuación entonces los presuntos vicios o infracciones alegados por los demandantes, tanto en la demanda presentada por los congresistas como por el actual Gobierno. Al respecto, ellos sostienen que:

- El proyecto fue exonerado del pase a comisiones (en específico, se le exoneró del dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones y no pasó por otras comisiones que pudieran ser pertinentes), y fue remitido directamente a la Comisión Permanente, donde fue aprobado con un texto sustitutorio.

- Se indica que se amplió la agenda del Pleno del Congreso para permitir su inclusión en el debate, sin respetar el trámite regular para ello.

- Luego de que la autógrafa fuera observada por el Ejecutivo, la Comisión de Transportes y comunicaciones elaboró un dictamen de insistencia, el cual fue exonerado del plazo de publicación del portal del Congreso, y finalmente fue debatido y aprobado por el Pleno al día siguiente.

17. Por mi parte, entiendo que en algunas ocasiones, y sobre la base de consideraciones políticas, puedan existir cuestiones urgentísimas que deban ser abordadas o reguladas con prontitud. Sin embargo, las razones que hacen de algo políticamente urgente no pueden justificar el sacrificio absoluto, ni vaciar de contenido a los elementos o mecanismos que aseguran que las decisiones políticas sean realmente respetuosas del principio democrático, el cual contiene al principio de deliberación, y que, en el contexto del sistema unicameral como el recogido en nuestra Constitución, alude asimismo a los subprincipios de reflexión y revisión de las decisiones, en la medida que no contamos con una cámara específicamente reflexiva o revisora.

18. Siendo así, visto en contexto el conjunto de exoneraciones y prisas en el trámite de aprobación del proyecto de ley, tratándose además de un proyecto que tenía una gran repercusión en la difusión de información valiosa, relacionada a la realización de políticas y derechos sociales, lleva a que en el presente caso se constate la existencia de un claro déficit de deliberación, por lo cual la Ley n.º 30793, "Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano" debe ser declarada inconstitucional también en este extremo, y disponerse que se subsane la omisión.

19. Ahora bien, lo señalado no significa desde luego que el Congreso no podría, conforme a sus competencias constitucionales, excepcional y eventualmente eximir de alguna tramitación un proyecto de ley o disponer lo necesario para su pronta aprobación. Lo que está prohibido de hacer es acumular tales permisiones o exoneraciones, dando como resultado de ello la aprobación de una norma legal insuficientemente debatida o revisada. Ahora bien, aquello, y sin perjuicio de algunas pautas generales que debería ir esbozando este Tribunal en el futuro, es algo que desde luego tendría que ser analizado caso por caso.

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

20. Además de lo indicado, deseo precisar que, en mi opinión, la regulación cuestionada también implica una lesión a la libertad de expresión, y no solo al derecho o libertad de comunicación.

21. Como he señalado en otras ocasiones, dentro de las libertades informativas puede distinguirse, por una parte, al derecho o libertad de información, y de otra a la libertad de expresión. La libertad de información permite el crear contenidos noticiosos, darlos a conocer, conocer dichos hechos y estar en capacidad de crear medios o instancias a través de los cuales puedan ejercerse los derechos antes mencionados (medios de comunicación social).

22. En la sentencia el Tribunal ha encontrado que este derecho ha sido transgredido, cuando menos en lo que se refiere a la publicidad institucional que puede realizar el Estado. Dicho con otras palabras, respecto a aquella encaminada a comunicar cuestiones relativas al interés público (y que es distinta a la

publicidad comercial que puede hacer el Estado en algún caso). Este ámbito ciertamente se vincula con el derecho de las personas a acceder a información relevante, que esté relacionada al bien común, y que permite enterarse, por ejemplo, sobre programas sociales y políticas públicas.

23. Sin embargo, considero que en el presente caso también se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión, la cual se entiende como aquella facultad de dar a conocer, de manera general, nuestros puntos de vista o incluso otro tipo de mensajes o comunicaciones que no tengan carácter informativo (es decir, noticiables). Al respecto, tenemos que, en el marco del deber del Estado de informar asuntos relacionado con el interés general (que es correlativo al derecho de las personas a recibir información), este puede realizar campañas de sensibilización, de promoción, de incentivo, de posicionamiento institucional, etc., las cuales en puridad no tienen relación con el derecho o la libertad de información, sino más bien, en atención al contenido del mensaje y la estrategia comunicacional, con la libertad de expresión.

24. Siendo así, estimo que la regulación que se cuestiona entonces, no solo incide de manera negativa, directa, concreta e irrazonable en la libertad de comunicación, sino que también, conforme a lo indicado, es lesiva de la libertad de expresión.

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

25. Finalmente, y como bien se señala en el proyecto se sentencia, una futura regulación sobre la publicidad estatal debe prever medidas para evitar su posible abuso, en especial, que esta sea usada un mecanismo que evite las críticas a las autoridades o que se atenúe el rol fiscalizador que le corresponde a la prensa en una sociedad democrática.

26. Ahora bien, además de los recaudos más conocidos, algunos de los cuales ya han sido mencionados en la sentencia, considero necesario agregar que resulta imprescindible regular debidamente lo referido al sistema de contratación de la publicidad; y en especial, lo relacionado con las excepciones o exoneraciones al sistema ordinario de contratación.

27. En efecto, debo advertir que, con base en cuestiones de urgencia, o a la especialidad del servicio, pueden encubrirse modos de contratación irregular o refidos con los valores que deberían inspirar a un sistema de contratación pública moderno, eficiente y transparente. Por ello, y siempre con la previsión de criterios razonables, deberá atenderse también a este espacio, evitando toda forma de elusión o de evasión de los sistemas de control. No podemos aquí pasar a, por ejemplo, a contratación de medios sin concurso. No debe dejarse margen a prácticas como las de comisiones, o las referidas a la invención de causales de excepción que no tengan que ver con la naturaleza de lo contratado o del requerimiento de la Administración.

28. No se puede ni debe desconocerse aquí, como ya lo dice la sentencia, las diferencias entre la publicidad institucional y la publicidad de carácter comercial (o, puesto en otros términos, publicidad y mera información). Estos son, pues, temas en donde resulta indispensable tomar previsiones a la brevedad, las cuales rebasan por cierto previsiones de una sentencia como esta.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

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

El artículo 44 de la Constitución prescribe:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

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

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

I. Notas preliminares

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

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

Los ciudadanos y la opinión pública no deben enfocar su atención sólo en aquel problema vinculado a la información que

deben recibir -que existe y sobre el cual me voy a pronunciar más adelante-, sino que también deben enfocar su atención en la importancia de que en el Perú se regule legalmente la publicidad estatal para proteger la libertad de expresión. Sin la libertad de expresión se perjudica el mercado de las ideas y opiniones, el control sobre quienes administran el poder, la defensa de las libertades, así como un requisito indispensable para la existencia de una sociedad democrática. Ese también es uno de los principales problemas.

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

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

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

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

Así lo ha hecho ver también la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el documento denominado "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" del año 2011:

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

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

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

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

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

² *Ibid.* párrafos 13 y 21.

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

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

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

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

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

Asimismo, la mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado, sin mayor fundamento, que "todos" los artículos de la Ley 30793 son inconstitucionales. Así, por ejemplo, declara inconstitucional el artículo 2, que establece que las "entidades públicas deberán igualmente suscribir cuentas en las principales aplicaciones de redes sociales, en especial, aquellas que tengan mayor difusión y número de usuarios y consignar en ellas sus comunicados, avisos y demás temas de difusión social". Pero, ¿por qué es inconstitucional que se exija a las entidades públicas que tengan cuentas en redes sociales? Es absurdo e injustificado haber declarado inconstitucional este artículo. La mayoría del TC asume que, al haberse declarado la inconstitucionalidad de otros artículos de la Ley 30793, el artículo 2 "ha perdido su razón de ser". No sé si las normas tengan una "razón de ser", pero sí tengo claro que dicho artículo 2 no vulnera ninguna norma constitucional y que, por el contrario, debería ser del más extensivo cumplimiento.

II. Desarrollo del voto singular

• En esta oportunidad, como en muchas otras, a través de los votos singulares que emito, pretendo expresar las razones que sustenté durante la discusión del presente caso, pero que no lograron persuadir a la mayoría de mis colegas. Sin embargo, estoy convencida de que la defensa de la Constitución y los principios constitucionales que realizo en esta oportunidad puede ser compartida por los ciudadanos que consideran, como lo hago yo, que se debe hacer frente a la confusión reinante en la actualidad entre la esfera de los asuntos públicos y la de los asuntos privados, y que corresponde defender que el Estado no puede ni debe renunciar a cumplir, por sí mismo, las funciones que le son insitas, como la garantía y plena efectividad de los derechos fundamentales.

• Siendo plenamente respetuosa y consciente de que mi postura como jueza constitucional no es la que ha prevalecido en el marco de este debate de ideas y razones jurídico-constitucionales, considero importante presentar a la ciudadanía una alternativa de solución del presente caso, si bien desde otra perspectiva e interpretación de la Constitución, pero igualmente válida, y más aún si parte de la premisa del principio-derecho de

dignidad humana como pauta de ruta del quehacer del Estado, de forma tal que se resguarde el proyecto en común de la ciudadanía antes que los intereses de los poderes fácticos.

III. Análisis jurídico del caso

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

• Quisiera resaltar que, pese a los argumentos de la parte demandante, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, instancia especializada en lo que respecta a la libertad de expresión e información, *reconoce la posibilidad de que el Estado niegue a todos los medios de comunicación la asignación de recursos*⁴. Y es que lo que se considera como mecanismo de censura indirecta prohibido por el artículo 13.3 de la CADH es la *distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial*⁵, esto es, el hecho de que luego de haber decidido el Estado asignar recursos públicos a los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, algo por lo que el Estado puede optar o no, en el caso de hacerlo, ello sea ejecutado por los funcionarios de forma arbitraria, como represalia a las críticas de las que puedan ser objeto los gobiernos de turno⁶.

• Es en ese sentido que deben ser comprendidas las pautas desarrolladas en el referido informe "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" (2011). De esta manera, en el caso de que el Estado opte por contratar a los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, ello debe realizarse, según el citado informe, a través del establecimiento de leyes especiales, claras y precisas, de objetivos legítimos de la publicidad estatal, de criterios de distribución que "reduzcan la discrecionalidad y eviten sospechas de favoritismos políticos en el reparto", de planificación adecuada, de mecanismos de contratación que impidan arbitrariedades, de transparencia y acceso a la información, de control externo de la asignación publicitaria y de pluralismo informativo⁷.

• Reitero con ello que, propiamente, de dicho informe⁸ como tampoco del Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2003), Capítulo V (Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial) se desprende que constituye un mecanismo prohibido por el artículo 13.3 de la CADH la opción por el Estado de no asignar recursos públicos a ningún medio de comunicación privado con fines de publicidad estatal. En efecto, de acuerdo a dicho Informe Anual:

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

• Es más, la mayoría de los casos citados en el Informe "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión" (2011) tienen como denominador común la falta de regulación y control respecto a la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, o en los términos de dicho informe, la ausencia de "marcos legales claros y transparentes que impidan la arbitrariedad en las decisiones"¹⁰, que es lo que justamente ha ocurrido en el caso peruano, en la medida que la Ley 28874, Ley que regula la publicidad estatal, no

³ *Op.cit.* párrafo 14.

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

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

⁶ *Ibid.*, párr. 10.

⁷ *Ibid.*, párr. 33-82.

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

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

¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", párr. 133.

ha sido reglamentada, situación más que preocupante que ha sido reconocida por la sentencia de la mayoría como característica de la realidad de nuestro país con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30793, ley sometida a control de constitucionalidad en esta oportunidad.

• A propósito de lo anterior, quisiera en esta oportunidad referirme a los argumentos principales de la “Nota técnica en relación con la Ley 30793, que regula el gasto en publicidad oficial en el Estado de la República del Perú”, de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, de fecha 4 de agosto de 2018, como indico a continuación:

- En la referencia a los mecanismos de censura indirecta y a lo que debe estar prohibido según el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, la única mención a la publicidad oficial se hace en términos de la proscripción de su asignación arbitraria y discriminatoria, lo que es distinto, como se explicó con anterioridad, de la decisión del Estado, como regla general con sus correspondientes excepciones, de no contratar medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal.

- En la Nota se advierte una manifiesta contradicción que es medular a la argumentación ahí desarrollada por cuanto relaciona estrechamente la viabilidad y desarrollo de los medios de comunicación privados en el país así como “su sustentabilidad” ante “el riesgo de cierre a una cantidad de medios de comunicación” con la aprobación de la Ley 30793, con referencias incluso a los “recursos públicos necesarios para el funcionamiento de medios de comunicación”, pese a reconocerse que “no existe un derecho intrínseco a recibir recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación”, según los “Principios sobre la Regulación de la Publicidad Oficial (...)” de la CIDH en el 2011.

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

- En la Nota se da cuenta de que los Relatores Especiales sobre la materia de diversos sistemas de protección de derechos humanos han establecido en la Declaración Conjunta sobre “Diversidad y Pluralismo en la Radiodifusión” (2007) que “se deben implementar medidas para asegurar que la publicidad oficial no sea utilizada como un medio para la interferencia política en los medios de comunicación”, es decir, la propia nota invoca una declaración donde se reconoce que la publicidad oficial, potencialmente, puede ser utilizada como mecanismo de interferencia política en desmedro de la independencia que debe caracterizar al ejercicio de las funciones que cumplen los medios de comunicación social en sistemas democráticos.

- La Nota sostiene, sin más, esto es, sin dar referencias sobre cuáles son sus fuentes de sustento, que con la Ley 30793 se generará un impacto diferenciado en los “medios de menor acceso a la pauta privada” (de alcance regional, pequeños medios locales, comunitarios sin fines de lucro, o a los que denomina “la voz de los pueblos indígenas del Perú”), pese a que, como se indicará más adelante, de la propia información del Estado en materia de publicidad estatal se pueden extraer datos que muestran que, por lo menos, en los últimos años, han sido determinadas empresas de comunicaciones las favorecidas con la asignación de recursos públicos para difundir publicidad estatal.

- Por si todo ello no bastare, en la propia nota se indica que, pese a sostener que la publicidad no se asigna con discrecionalidad (entendiendo que se ha pretendido aludir a la arbitrariedad y no la discrecionalidad, ya que no significan lo mismo), el Gobierno peruano ha reconocido que “la normativa vigente no contiene criterios objetivos para la distribución de publicidad oficial”. Al respecto, si se parte de la premisa de que la Administración pública se rige por el principio de legalidad, llama poderosamente la atención el hecho de que pese a reconocer que la normativa vigente no contiene criterios objetivos para la distribución de publicidad oficial, el gobierno esté en la capacidad de afirmar que en la actualidad (es decir que en todos los casos hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 30793) en la contratación de los medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal no se incurre en arbitrariedades.

• Explicado lo anterior, quisiera una vez más insistir en que lo que hace la sentencia de la mayoría, de lo cual discrepo, es partir

indebidamente de la consideración de que uno de los objetos protegidos de la libertad de información de los ciudadanos, que se vincula directamente con el acceso a la publicidad estatal, comporta necesariamente la celebración de contratos de publicidad con medios de comunicación privados, por cuanto el acceso a internet de la población, sobre todo en zonas rurales aún es muy limitado, por las preferencias de la mayoría de la población por medios privados, entre otras razones.

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

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

• Lo que hace la mayoría, en mi opinión, y a partir de lo anterior, es reforzar una vez más la confusión entre la lógica de los asuntos públicos y la de los asuntos privados, dejando en manos de los privados, según se desprende de sus argumentos, por un pretendido y aparente “mandato constitucional”, el derecho a recibir información, como derecho social, y, como tal, de naturaleza *iusfundamental*. Ello se enmarca en el actual contexto en el que, como explica Capella, las dos grandes esferas teorizadas por el relato político-jurídico moderno, a saber, la esfera pública y privada, se desdibujan a partir de tenués límites que suelen ser rebasados¹¹. En esa línea, y como también sostiene Ferrajoli:

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

• En suma, se advierte, por un lado, una mengua de los recursos públicos ante la falta de regulación indispensable sobre la materia, situación que la ley cuestionada pretende revertir. En efecto, la mayoría ha aceptado la existencia de dicha situación en el fundamento 139 cuando se sostiene que “se aprecia un importante volumen de gasto por parte del Estado, lo que evidencia la necesidad imperiosa de fijar los criterios de fiscalización apuntados, lo que coadyuvaría a reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad (...)”.

• Arbitrariedad, insisto, que no solo ha sido reconocida por la mayoría en el citado fundamento, sino por la Defensoría del Pueblo, que como se ha citado en el fundamento 129, ha detectado que “la necesidad de establecer un marco normativo idóneo respecto de la publicidad estatal resulta plenamente exigible por cuanto la Ley 28874, que regula la publicidad estatal, no se encuentra reglamentada. Asimismo, resulta imperiosa la regulación de la publicidad para evitar excesos, tanto en los gastos de contratación como en la manipulación para promover la propaganda”.

• De ello da cuenta la información económica extraída del portal (“consulta amigable”) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), citada y sistematizada por la sentencia de la mayoría, en cuyo fundamento 137 se indica que el gasto total

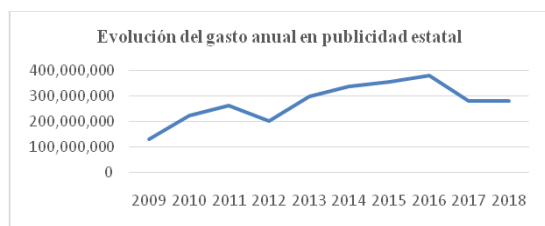
¹¹ CAPELLA, Juan Ramón (2008) *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*. Madrid: Trotta, p. 319.

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

en publicidad entre los años 2009 y 2018 asciende a S/. 2, 744, 784, 185.00 (más de dos mil millones de soles según la escala numérica larga o más de dos billones en la escala numérica corta) lo que equivale a un 0,2420 % del total del Presupuesto General de la República (presupuesto que ha ido aumentando con el transcurrir del tiempo) en 10 años, lo que puede apreciarse a continuación:

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

Elaboración: TC
Fuente: MEF



Elaboración propia
Fuente: MEF

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

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

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

Elaboración propia
Fuente: MEF. Disponible en el sitio web https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publico/anexo8_ley30518.pdf, (pág. 1356) Consulta 12 de octubre de 2018

• Como puede advertirse del cuadro anterior, durante el año 2017, los gastos presupuestados para publicidad estatal (que incluyen evidentemente el monto de los contratos con los medios de comunicación privados) superaron en casi **cinco veces** al presupuesto para la atención de enfermedades diarreicas agudas con complicaciones en niños y niñas; en casi **ocho veces**, la atención de otras enfermedades prevalentes; en más de **cinco**

veces, la provisión para las gestantes de suplementos de hierro y ácido fólico; y, en más de **nueve veces**, la atención de niñas y niños con parasitosis intestinal.

• De esta forma, puede aseverarse que, aun cuando el porcentaje del presupuesto público destinado al gasto en publicidad estatal en los últimos diez años no supere el 0,3 % en cada año, en términos reales significa desatender, a otros sectores con necesidades apremiantes e, incluso, de sobrevivencia, en los que se encuentra la población más vulnerable de nuestro país. Siendo ello así, ¿acaso resulta razonable permitir que dicha situación se prolongue en el tiempo en un contexto de falta de reglas claras y mecanismos efectivos de control de la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal?

• Por otro lado, con esta sentencia de la mayoría se pretende dotar de contenido constitucional y raigambre *iusfundamental* a una práctica, que en los términos en los que se viene dando, antes que desprenderse del núcleo duro de las "libertades informativas" o, en concreto, del derecho a recibir información, como exigencia dimanante para el Estado, constituye una desnaturalización de los fines que le son propios, por cuanto a este último le corresponde hacer llegar toda la información posible, de manera oportuna a los ciudadanos, principalmente a través de sus propios medios, y de forma excepcional y estrictamente justificada en cada caso, a través de alternativas privadas, en aras de la realización de los derechos fundamentales de la población, en el marco de lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución, y, específicamente, con miras a la plena efectividad del derecho de los ciudadanos a recibir información y no proveer con recursos públicos a los medios de comunicación privados a través de contratos cuya excesiva onerosidad en un contexto de *desregulación* ha quedado suficientemente evidenciada en el presente caso.

• Vale decir, lo que debe constituir la excepción, ha sido contemplado como regla en el presente caso, a tal punto de incluirlo en el contenido constitucionalmente protegido de la "libertad de información", según la mayoría, sin mayores consideraciones que razones de tipo contingente, que, salvo el caso de las preferencias de la población, pueden y deber ser revertidas, como ocurre con la brecha de acceso a internet a nivel rural, los problemas de cobertura y la mejora en la calidad de los medios de comunicación del Estado.

• Por consiguiente, el que el Estado pueda, como excepción, celebrar contratos con medios de comunicación privados, en un marco de reglas claras y no de *desregulación* como ocurre en el presente caso, no tiene sustento constitucional directo, sino que se trata de una posibilidad de fuente legal, en la medida que constituye una de las opciones o alternativas que el legislador puede establecer para la realización de este tipo de publicidad siempre y cuando ello se encuentre estrictamente justificado, lo que de llevarse a cabo, exige la realización de medidas de control, seguimiento y evaluación de impacto y resultados, por tratarse de recursos públicos, y en ese sentido, por encontrarse en juego los intereses de la ciudadanía en general.

• Ello sin perjuicio de no perder de vista, como lo ha sostenido la mayoría en el fundamento 196, y en lo que coincide plenamente, en el sentido de que:

Algunos medios de comunicación privados hacen uso del espectro radioeléctrico que es un recurso limitado y forma parte del patrimonio de la Nación. Asimismo, los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, de ahí [que] se derive el deber de informar sobre todo asunto de interés público, incluyendo sobre [todo] las actividades del Estado, sin que medie contraprestación alguna (FJ 196).

• Asimismo, considero que, en todo caso, las excepciones establecidas en el artículo 4 de la Ley 30793, tal y como están redactadas, no deben ser comprendidas de manera *taxativa* sino que, en todo caso, se les debe entender a modo *enunciativo*, dejando abierta la posibilidad de eventuales excepciones adicionales justificadas en estricto por el interés público declarado por ley, en los términos en que ha sido definido en la jurisprudencia de este Tribunal, en atención al principio de interdicción de la arbitrariedad.

• Para tal efecto, resulta indispensable la determinación previa del público objetivo al que se dirige la información así como el desarrollo de indicadores que den cuenta de su impacto y de sus resultados, como asevera la mayoría, lo que ha sido mencionado en el artículo 6 *in fine* de la Ley 28874 pero que no ha sido reglamentado, dificultando así la plena aplicación de la referida ley. Pero, además de esto último, y como se plantea en la sentencia, también es fundamental la permanente y efectiva fiscalización por parte de las entidades correspondientes, como la Contraloría General de la República, y la sociedad en su conjunto.

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

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


• Por consiguiente, considero que debe desestimarse la demanda de inconstitucionalidad en el extremo relativo a la vulneración del derecho a la libertad de información, debiendo distinguirse “publicidad” de lo que es “información” e interpretando que la prohibición de la Ley 30793 se refiere solo a la publicidad (aquella que está vinculada a la captación de usuarios y consumidores), pero no a la información (promover conductas de relevancia social y tendientes al bien común).

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

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

• Así por ejemplo, durante el período enero a setiembre de 2017, los medios de comunicación con los que más se contrató con fines de publicidad estatal son los siguientes:

Montos expresados en millones de soles (S/.)

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

Fuente: Carlos Anderson¹³ y Z&Z Perú Consulting

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

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

• Una situación como la descrita previamente, donde se advierte la asignación de recursos públicos, con fines de publicidad estatal, a ciertos medios de comunicación privados, en un contexto de falta de reglas claras y ausencia de mecanismos de control efectivos, nos debe llevar a preguntar

si la independencia de tales medios se encuentra, en tales condiciones, efectivamente garantizada.

• En la Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre la colegiación obligatoria de periodistas, se sostuvo que:

Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas¹⁴ (subrayado agregado).

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

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

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

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

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

• La mayoría también ha enfocado el análisis respecto a si la Ley 30793 ha vulnerado el derecho a la libertad de contratación de los medios de comunicación privados, bajo el argumento de que contratar con el Estado no puede ser considerado ilícito en la medida que ello es necesario para tutelar otros derechos fundamentales, en clara alusión a la libertad de información.

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

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

• En este extremo, la mayoría fundamenta principalmente la consideración del artículo 3 de la ley objeto de control como inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad en materia

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

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

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

¹⁶ Id.

penal en la medida que se advierte “el uso de la sanción penal, que debe ser *ultima ratio* de la intervención de la fuerza estatal, para reprimir un acto que ya ha sido considerado supra por este Tribunal como necesario para garantizar los derechos fundamentales de la población” (FJ 220).

- Sin embargo, como ya se ha establecido previamente, el supuesto carácter necesario de lo que prohíbe la norma, si bien con excepciones, esto es, la contratación de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, carece de sustento constitucional por las razones ya desarrolladas en el presente voto.

- A ello debe añadirse que la mayoría sostiene que la expresión “tareas de gestión” contiene un elevado nivel de indeterminación, pero también reconoce contradictoriamente que “en definitiva permite identificar los alcances de la prohibición contenida en la ley”, sin ahondar o justificar en qué radica la indeterminación, con lo cual se incurre en un vicio de motivación aparente; y que lo sostenido en el fundamento 219 tiene la connotación de recomendaciones para mejorar la técnica legislativa correspondiente, sin ser concluyente en términos de la configuración de un vicio de inconstitucionalidad a este respecto.

- Asimismo, resulta cuando menos cuestionable que se califique como ley penal en blanco al revés a lo dispuesto en el artículo 3 *in fine* de la ley cuestionada, por no corresponder con la definición de este tipo de precepto penal en la medida que en realidad no se está describiendo una conducta distinta a la prohibida en el delito de malversación de fondos ni se trata de una agravante.

- Antes bien, lo que dicha norma realiza es una precisión (remisión) sobre el delito que correspondería imputar a quien contravenga las disposiciones de la ley objeto de control constitucional, por cuanto el delito de malversación consiste en darle un fin al patrimonio del Estado distinto al que estaba previsto, tal como se indica en el artículo 389 del Código Penal.

- En este caso, el artículo 3 *in fine* de la Ley 30793 indica precisamente que, al estar prohibido usar parte del presupuesto del Estado para realizar contrataciones de medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal, se sancionará a aquel que desvíe dinero que tenga un determinado destino justamente para realizar dicha contratación; por lo que, en conclusión, no se trata de una conducta distinta a la proscribida por el citado tipo penal.

- Por todo lo expuesto, considero que este extremo de la demanda debe desestimarse.

- No obstante ello, quisiera desarrollar algunas consideraciones en torno a las implicancias del referido artículo 3 de la ley objeto de control constitucional en términos de la autonomía del Ministerio Público, cuya relevancia merece una especial reflexión por parte del juez constitucional, aunque no ha sido objeto de pronunciamiento por la mayoría de mis colegas Magistrados.

6. La Ley 30793 y la autonomía del Ministerio Público

- Conforme al artículo 158 de la Constitución Política del Perú, el Ministerio Público es autónomo, y tiene entre sus atribuciones ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, tal como establece el inciso 5 del artículo 159 de nuestra Norma Fundamental.

- Ello es precisado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece que: “Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de la institución (...)”.

- Asimismo, en el inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, se indica que: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)”.

- Con base a las normas anteriormente citadas, el Ministerio Público es el encargado de decidir cuándo un hecho tiene relevancia penal, por lo que a su vez es el competente para determinar el delito que corresponde imputar y quienes serían los responsables de ese hecho. No se le puede obligar al Representante del Ministerio Público a denunciar cuando éste considere que no se trata de un hecho de connotación penal, ni a imputar un delito distinto al que este considere que se ha cometido.

- Tomando en cuenta ello, al establecer la parte final del artículo 3 de la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano, que la contravención de la prohibición establecida en dicha ley será considerado delito de malversación, se está afectando la independencia del Ministerio Público, ya que se le obliga a considerar que se trata de un hecho delictivo que debe denunciar, y además le impone el delito que debe imputar.

- En consecuencia, el representante del Ministerio Público ya no puede decidir si un acto que contravenga lo dispuesto en dicha ley consiste en una infracción administrativa o penal, puesto que ya tiene que considerar que se trata de un delito, por lo que está obligado a ejercer la acción penal. Además, no puede determinar cuál sería el delito que debería imputar, sino que necesariamente debe considerar que se trata de una malversación de fondos.

- Lo segundo es lo más controversial, puesto que si se obliga a imputar el delito de malversación de fondos, pero no se cumplen todos los elementos que configuran el delito en un determinado caso, por ejemplo, porque no se verifique que por usar dinero de una Municipalidad se haya afectado el servicio o función para el que estaba destinado, el hecho quedaría impune, pese a que puede haberse configurado eventualmente otro delito.

- Efectivamente, al señalar la ley objeto de control constitucional que la contravención de las prohibiciones establecidas en dicha ley será considerada un delito de malversación de fondos, se impide que el representante del Ministerio Público pueda considerar que se habría podido cometer, de ser el caso, otro delito, como por ejemplo un delito de colusión agravada, si se acredita que el funcionario competente y el medio de comunicación privado han concertado para que este último sea el que contrate con el Estado para difundir publicidad y que ello genere un perjuicio económico porque se cobró una tarifa muy por encima del precio de mercado.

- También se podría considerar la eventual comisión del delito de cohecho, si un medio de comunicación privado otorga una suma de dinero al funcionario competente para que lo contrate para realizar publicidad estatal pese a que se encuentra en las mismas condiciones que otros medios de comunicación. Pero como según lo dispuesto en el artículo 3 de la ley cuestionada, el representante del Ministerio Público ya se encuentra obligado a imputar el delito de malversación de fondos, los delitos previamente aludidos ya no pueden ser considerados en una eventual acusación.

- Por lo tanto, dicho extremo del artículo 3 de la ley genera una afectación a la independencia del Ministerio Público, dado que se configura una intromisión en sus atribuciones al imponerle la obligación de considerar que la contravención de la ley es un hecho delictivo, y que además ese delito no puede ser otro que el de malversación de fondos.

- También quiero señalar que por mandato constitucional, el llamado a calificar la ilicitud penal en las conductas de los ciudadanos es el Ministerio Público, situación que debe llevar a que este artículo merezca una interpretación conforme a la Constitución en el sentido que las calificaciones jurídicas de las conductas ilícitas que se pudieren generar por contravenir las normas de contratación estatal sean dilucidadas por el Ministerio Público, bajo el procedimiento establecido por ley, en el que se imputará la calificación jurídica que resulte del caso en concreto, en la medida que constreñiría exclusivamente al tipo penal de malversación sería insuficiente e inclusive podría generar impunidad sobre otros ilícitos que pudieren concurrir.

- Esto significa que la redacción de la disposición del artículo tercero *in fine* debe leerse en concordancia con el art 158 de la Constitución del Estado, en el sentido según el cual “(...) La infracción a este precepto será considerada ilícito penal según determine el Ministerio Público en el ejercicio de sus atribuciones”.

- Por lo tanto, en relación a este extremo del artículo 3 de la Ley 30793, deberá **INTERPRETARSE**, a partir de la sustitución del texto correspondiente, que “La infracción a este precepto será considerada ilícito penal según determine el Ministerio Público en el ejercicio de sus atribuciones”.

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

- En el presente caso, la mayoría sostiene que el artículo 4 de la ley objeto de control constitucional es inconstitucional por contravenir la legislación pertinente; sin embargo, si se revisa la argumentación de la sentencia a este respecto, se advierte inmediatamente que lo razonado se centra en la frase “declarados por decreto de urgencia”.

- Al respecto, si bien concuerdo con que conforme a la legislación que desarrolla el artículo 137 de la Constitución las emergencias, en principio, y los desastres deben declararse por decreto supremo, en aplicación de los principios de conservación de la ley y de interpretación desde la constitución, en el afán de «salvar», hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada» (STC 0004-2004-CC/TC, FJ 4), considero que debe sustituirse o que debe incorporarse el término “decreto supremo” en vez de “decreto de urgencia”.

- Por lo tanto, en relación a este extremo del artículo 4 de la Ley 30793, deberá **INTERPRETARSE**, a través de la sustitución del texto correspondiente, que “se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo (...)”.

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

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

- Al respecto, en la línea de lo desarrollado en dicho incidente cautelar, considero que la publicidad estatal de personas jurídicas del Estado, que no reciban presupuesto público y estén desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto, por interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30793, debe ser considerada como excluida del ámbito de aplicación de la referida norma.

- Por lo tanto, la prohibición de la Ley 30793 en el sentido de no contratar a medios de comunicación privada con fines publicitarios no alcanza a la publicidad estatal de personas jurídicas que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto.

• Siendo ello así, el artículo 4 de la citada Ley 30793 debe incluir como supuesto de excepción, "sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal", además de "casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley", a "la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto".

• Pero incluso, situándonos en tales escenarios de excepción, no puede renunciarse bajo ningún supuesto a la realización de un escrutinio estricto de las contrataciones con medios de comunicación privados con fines de publicidad estatal que, por lo demás, deben ser de conocimiento público y totalmente accesibles a la ciudadanía a través de las instituciones involucradas, con miras a determinar si es que efectivamente dicha publicidad responde a los objetivos trazados, en el marco de la Constitución y la ley.

• Ello debe ser así por cuanto todo lo que concierna al Estado debe regirse por principios de transparencia y fiscalización permanente. De esta manera, el quehacer de quienes desempeñan funciones en el Estado, en cualquiera de sus modalidades, está al servicio de la Nación y no de intereses privados. Al respecto, reitero mi firme convicción en el sentido de que en el Estado no deben existir sectores privilegiados respecto del cumplimiento de obligaciones, exigencias y controles dispuestos por la Norma Fundamental.

• Por lo tanto, en relación al artículo 4 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE**, a través de las adiciones al texto correspondientes, que "se exceptúan de la prohibición, sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal, los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones, casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley y la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto".

9. Una tarea pendiente del Estado peruano

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

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

• Así pues, de los datos mostrados, se aprecia un gran volumen de gasto por parte del Estado en cuanto a gastos de publicidad; sin embargo, también puede advertirse que estos gastos cuadruplican los recursos económicos destinados al IRTP, los cuales son entregados a través del pliego presupuestal aprobado en cada año fiscal y que constituyen gran parte de los ingresos anuales de dicha institución.

• Como he señalado, el Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú constituye uno de los principales medios de difusión del Estado, el que además, de acuerdo al Plan Estratégico Institucional 2017-2019²⁷, tiene como finalidad informar de manera oportuna y veraz a la población, así como crear espacios para que la sociedad participe emitiendo libremente opiniones y propuestas con el objeto de fortalecer la democracia.

• Por consiguiente, hacer efectiva esta misión implica considerar la aprobación de un considerable presupuesto. Y si bien, la mayoría de los recursos provienen del presupuesto público y el resto de los recursos directamente recaudados, aun así, el presupuesto delegado continúa siendo insuficiente para impulsar medios de difusión del Estado que alcancen a toda la población.

• Además de lo anterior, es necesario considerar que si bien el porcentaje de gasto anual destinado a la publicidad es mínimo respecto del Presupuesto General de la República, según datos

del MEF, esta conclusión merece algunas precisiones, dado que el porcentaje del gasto anual de publicidad está destinado tanto para los canales de comunicación privados, como para los oficiales. Esto, en consecuencia, denota que si ya el gasto en publicidad estatal "es mínimo", la asignación de recursos públicos por este concepto en los medios de comunicación estatales resultará "ínfima".

• Bajo estas consideraciones, se hace imperioso no solo regular y fijar criterios de fiscalización para evitar la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal cuando se contrata a medios de comunicación privados, algo que especialmente debería hacerse por excepción y no como regla, sino también resulta indispensable reimpulsar y fortalecer el IRTP, a fin de que se torne más accesible y confiable para los ciudadanos (evitando instaurarse como un canal partidista), a través de una asignación de recursos públicos que permita el mayor nivel cobertura y difusión de contenidos posibles a escala nacional.

10. Palabras finales

• Por todo lo expuesto, quiero reafirmar que en el Perú no existe un derecho fundamental de los medios de comunicación privada a contar con la publicidad del Estado, como tampoco una obligación constitucional o legal para que el Estado contrate publicidad en medios de comunicación privados.

• Asimismo, quiero resaltar la urgencia de que se regule la publicidad estatal en medios de comunicación privados como un mecanismo para preservar la libertad de expresión. Esta deficiencia normativa es un reclamo de larga data. Hay que recordar que el cambio del modelo económico en nuestro país permitió que el Estado, usando las reglas del mercado pueda contratar publicidad. Saber cuál es el monto que se debe destinar a la publicidad es una vieja pregunta hasta hoy vigente. El Decreto Supremo 005-99-PCM se muestra como el antecedente para la contratación privada de publicidad estatal, en el que se establecía la exoneración de licitación pública o concurso para contratar los servicios de publicidad por parte de las entidades del Estado. Este decreto fue dejado sin efecto por el Decreto Supremo 013-2001-PCM, para luego, en agosto del 2006, se promulga la Ley 28874, que tenía por objeto regular la publicidad estatal en nuestro país. Esta Ley fue apreciada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012) como un avance positivo para la Región; sin embargo, no se incentivó la redacción del reglamento que permitiera un real cumplimiento de dicha ley.

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

²³ Ibid. Plan Operativo Institucional 2010, aprobado por Acuerdo de Consejo Directivo N° 015-02-2010-SCD/IRTP, p. 18. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/PL-POI-2010-modificatoria.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

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

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

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

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

²⁸ Ibid., Resolución de la Presidencia Ejecutiva N° 162-2014-IRTP, de fecha 31 de diciembre de 2014, p. 12. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2015.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

²⁹ Ibid. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 108-2015-IRTP, de fecha 31 de diciembre de 2015, p. 9. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pim-diciembre2015.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

³⁰ Ibid. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 130-2016-IRTP, de fecha 19 de diciembre de 2016, p. 8. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pia-2017.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

³¹ Ibid. Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 125-2017-IRTP, de fecha 27 de diciembre de 2017, p. 4. Disponible en: http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/resolucion125-2017-irtp_1.pdf. Consulta: 12 de octubre de 2018. Ver también, la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 001-2018-IRTP, de fecha 8 de enero de 2018, p. 4. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pim-ENERO2018.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

³² MINISTERIO DE CULTURA/INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN DEL PERÚ. Plan estratégico institucional 2017-2019. Disponible en: <http://storeirtp.blob.core.windows.net/archivos/pei2017-2019.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2018.

• Los efectos de esa omisión, han generado una serie de comportamientos por parte de la Administración estatal que hoy el legislador ha buscado corregir con la fórmula de asumir una prohibición con excepciones a la publicidad estatal, fórmula que los magistrados que suscriben la posición en mayoría han expulsado del ordenamiento jurídico, generando hoy un vacío legal en lo que a la regulación de la publicidad estatal se refiere.

• Esta problemática no se agota en el presente caso, todo lo contrario, plantea el reto de cómo el Estado debe interactuar con los medios privados de comunicación en la difusión de la publicidad estatal.

• No debe confundirse la difusión de la información con la contratación para la difusión de la publicidad estatal. Si un medio privado quiere informar de determinadas actividades que hará el Estado, como una campaña vinculada a una política social, no hay nada que lo impida. El problema surge cuando la publicidad es promovida a consecuencia de la contratación que hace el Estado con los medios privados disponiendo los recursos del Estado. No se trata exclusivamente de un tema de gasto presupuestal, sino de advertir la vinculación de la inversión del gasto con la independencia que debe preservarse en la calidad de la información que se trasmite a través de los medios masivos.

• Los medios de comunicación contribuyen a crear la opinión pública en determinados aspectos vinculados a la vida social. Si esto es así, hay que crear mecanismos que permitan preservar la independencia de los medios de comunicación, del Gobierno de turno, de tal manera que estos puedan informar sin el menor resquemor o preocupaciones que puedan influir en su labor informativa, o limitar el periodismo de investigación o las denuncias que tengan que ver de manera directa con la actuación de la Administración estatal; por ello es necesaria la regulación en la publicidad estatal.

• Hay mecanismos que conducen al objetivo de transmitir información, y ello se podría hacer propiciando que el Estado utilice su propia plataforma de comunicación radial y televisa para difundir sus actividades o campañas; sin embargo, la plataforma estatal no tiene la cobertura deseada y la audiencia masiva que se espera; por ello, frente a esta deficiencia, la opción que queda es la de recurrir a la contratación con los medios de comunicación privada y para ello es vital el desarrollo de una regulación para la contratación y distribución de la publicidad del Estado, a fin de reducir la discrecionalidad y la sospecha de favoritismos políticos en el reparto del gasto.

• Como refiere la CIDH²⁶, los recursos publicitarios deben asignarse según criterios preestablecidos, claros, transparentes y objetivos. La pauta estatal nunca debe ser asignada por los Estados para premiar o castigar los contenidos editoriales e informativos de los medios. La regulación debe incidir en el desarrollo de una planificación adecuada, pues, hay que justificar cómo los 280 millones de soles -en promedio- que gasta anualmente el Estado en publicidad contribuye positivamente con los fines que se ha querido alcanzar.

• En una democracia real necesitamos tener ciudadanos objetivamente informados, crear corriente de opinión para generar una participación cívica de ellos en la vida social del país. La democracia se afirma con la acción, y no con la pasividad y tolerancia, ni con el silencio o la complacencia para acallar o minimizar situaciones nocivas para una sana vida social. Lamentablemente la historia política de nuestro país, en las últimas décadas, es un gran ejemplo de cómo los medios de comunicación terminaron siendo influenciados, por no decir otra cosa, por el poder político de turno.

• Si bien el gasto que invierte el Estado en publicidad en los medios privados representa en promedio el 0.24 % no deja de ser significativa esa cifra si tomamos en cuenta que el porcentaje que

se presenta se asume sobre el valor del Presupuesto General de la República, lo que nos indica que la Administración estatal, en lo que va del período 2009 al 2018, ha desembolsado la suma de dos billones, 744 millones, 784 mil 185 soles.

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

IV. Parte resolutive

• Por tales fundamentos, voto a favor de que se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 30793, que regula el gasto de publicidad del Estado peruano.

- En consecuencia, con relación a los artículos 1 y 3 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE** que las expresiones "*publicitar*" y "*publicidad*" están vinculadas a la captación de usuarios y consumidores, pero no a la información relacionada con la promoción de conductas de relevancia social y tendientes al bien común.

- Con relación al artículo 3 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE**, a través de la sustitución del texto correspondiente, que "*la infracción a este precepto será considerado ilícito penal, cuya calificación es una atribución que le corresponde al Ministerio Público*".

- Con relación al artículo 4 de la Ley 30793, debe **INTERPRETARSE**, a través de las adiciones al texto correspondientes: que "*se exceptúan de la prohibición, sin perjuicio de la evaluación obligatoria del impacto y resultados de la publicidad estatal, los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto supremo, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones, casos justificados estrictamente por el interés público declarado por ley y la publicidad de personas jurídicas del Estado que no reciben fondos públicos y están desvinculadas de toda norma perteneciente al Sistema Nacional de Presupuesto*".

- **INFUNDADA** en lo demás que contiene.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

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

W-1705041-1

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO


El Peruano

REQUISITO PARA PUBLICACIÓN DE NORMAS LEGALES Y SENTENCIAS

Se comunica a las entidades que conforman el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Organismos constitucionales autónomos, Organismos Públicos, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, que para efectos de la publicación de sus disposiciones en general (normas legales, reglamentos jurídicos o administrativos, resoluciones administrativas, actos de administración, actos administrativos, etc) con o sin anexos, que contengan más de una página, se adjuntará un CD o USB en formato Word con su contenido o éste podrá ser remitido al correo electrónico normaslegales@editoraperu.com.pe.

GERENCIA DE PUBLICACIONES OFICIALES

PODER JUDICIAL

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA Primera Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca

EXPEDIENTE : 02041-2017-0-0601-JR-PE-04
PROCEDENCIA : CUARTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL
DEMANDANTE : LOCK GOVEA, TOMAS ENRIQUE
BENEFICIARIO : VASQUEZ BRAVO, MARCO ANTONIO
DEMANDADO : HUAMAN CUEVA, WILFREDO Y OTRO
ASUNTO : APELACIÓN DE AUTO QUE RECHAZA LIMINARMENTE DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS
COLEGIADO SALA PENAL: RICARDO E. SAENZ PASCUAL FERNANDO BAZAN CERDÁN HENRY N. VERA ORTIZ (DD)
ASIST. DE AUDIENCIA : MILAGROS PAEZ ARRIBASPLATA
ASIST. DE CAUSAS : NADHIA PATRICIA MEJIA MARCHAN

RESOLUCIÓN NÚMERO: CINCO

Cajamarca, seis de marzo del dos mil dieciocho

ASUNTO:

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el interno Tomás Enrique Lock Govea contra la resolución N° 1 de fecha 13 de noviembre del 2017, emitida por la Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, que resolvió rechazar liminarmente la demanda de Hábeas Corpus presentada por el referido recurrente en beneficio de Marco Antonio Vásquez Bravo.

I. PARTE EXPOSITIVA

1.1. Antecedentes procesales

1.1.1. Resolución de primera instancia

1. El Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, expidió la resolución N° 1 de fecha 13 de noviembre del 2017, en mérito a los siguientes fundamentos:

a) De la revisión de la demanda que se califica se aprecia que el actor cuestiona el Informe Jurídico N° 022-2017-INP-17-141/AL-GCV de fecha 3 de noviembre del 2017, emitido por el área legal del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca, y que dicha autoridad no ha revisado bien las planillas laborales correspondientes al interno Marco Antonio Vásquez Bravo, en su expediente de solicitud de libertad por cumplimiento condena por redención de pena mediante el trabajo, dando lugar a que en la Resolución Directoral N°049-2017-INP/17.141.DIR de fecha 3 de noviembre del 2017 se resuelve declarar improcedente, la libertad por pena cumplida redimida por el trabajo solicitada por el interno Marco Antonio Vásquez Bravo.

b) El segundo párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional nos indica cuales son las condiciones que tiene que presentar una resolución a fin de que proceda contra ella el proceso constitucional de hábeas corpus, las cuales son: a) que exista resolución judicial firme; b) que esta resolución vulnere en forma manifiesta la libertad individual y c) que vulnere de forma manifiesta la tutela procesal efectiva. Precisándose así, que de faltar uno de ellos resultaría improcedente su admisión.

c) Estando a lo expuesto en la demanda de Hábeas Corpus, se advierte que si el beneficiario Marco Antonio Vásquez Bravo consideró que lo expuesto en el Informe Legal Informe Jurídico N° 022-2017-INP-17-141/AL-GCV de fecha 3 de noviembre del 2017, emitido por el área legal del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca no era correcto, debió cuestionarla mediante los medios impugnatorios reconocidos en todo proceso administrativo.

d) Adicionalmente, se señala que en el presente caso no se evidencia que los hechos ni el peticitorio de la demanda estén referidos de forma directa al contenido constitucional protegido del derecho invocado, por lo que conforme al artículo 5° 1 del Código Procesal Constitucional, debe ser rechazado liminarmente.

1.1.2. Recurso de apelación interpuesto por el recurrente Tomás Enrique Lock Govea

2. El recurrente Tomás Enrique Lock Govea en su escrito de apelación insta a que la resolución recurrida sea revocada y, reformándola se ordene se admita la demanda de Hábeas Corpus, en mérito esencialmente a los siguientes fundamentos:

a) La *a quo* no ha considerado que el proceso constitucional de Hábeas Corpus no puede ser declarado improcedente bajo

el supuesto establecido en el artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional, referido a la existencia de vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucionalmente amenazado o vulnerado.

b) En dicho escenario, no resulta válido sostener que el beneficiario Marco Antonio Vásquez Bravo para cuestionar lo expuesto en el Informe Jurídico N° 022-2017-INP-17-141/AL-GCV de fecha 3 de noviembre del 2017 emitida por el Director del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca, debió proceder conforme las normas del derecho procesal administrativo.

II. PARTE CONSIDERATIVA

2.1. Facultades del tribunal revisor

3. El recurso de apelación permite a los sujetos legitimados requerir el control de las resoluciones judiciales, a fin de que éstas sean revisadas por el Órgano Jerárquico Superior, y, en ese sentido el *ad quem* tiene la facultad - luego del examen pertinente - de confirmar, revocar o declarar nula una resolución impugnada, según corresponda.

Bajo ese contexto, el Superior Colegiado debe circunscribirse – en principio – solamente a aquellos extremos que han sido materia de impugnación y agravios, ello conforme al principio *tantum apelatum quantum devolutum*, derivado a su vez del principio de congruencia que orienta la actuación del órgano jurisdiccional, y que implica que al resolver la impugnación el órgano revisor solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el escrito de su propósito, ya que se considera que la expresión de agravios es como la pretensión ante la segunda instancia; esto además es así, ya que debe existir una correlación directa entre el ámbito de la resolución de segunda instancia y el objeto de la apelación planteado por las partes procesales.

4. Normativamente, al respecto tenemos que el artículo 28° del Código Procesal Constitucional, prescribe "(...) La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turno. (...)". Y, a su vez, el artículo 27° 1 del Código Procesal Penal, prescribe "(...) Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores: 1. Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previsto por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales –colegiados o unipersonales- (...)".

5. El artículo 419° del CPP, establece: "(...)1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. 2. El examen de la Sala Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente (...)".

6. Finalmente, el artículo 425° 3 del mismo cuerpo normativo, prescribe: "(...) La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409° puede: a) Declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los actuados al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiera lugar; b) Dentro de los límites de recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. (...)".

2.2. Sobre el Hábeas Corpus y su declaración como improcedente liminarmente

7. El Hábeas Corpus, en términos generales es una garantía constitucional, consagrada en el artículo 200° 1 de la Constitución Política del Estado, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

Así, el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, prescribe: "Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo."

De este modo, el Hábeas Corpus al igual que el resto de los procesos constitucionales tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

8. Por su parte, el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, se encuentra referido a los derechos protegidos por el Hábeas Corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual; así el inciso 7) prescribe: "El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite ⁴ del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan"; de igual forma en la parte in fine del citado artículo, señala: "(...) También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual (...)".

9. Asimismo, debemos señalar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 6218-2007-PHC/TC/JUNIN de fecha 17 de enero del 2008, se precisó respecto a la improcedencia liminar de las demandas de Hábeas Corpus, que será válido siempre y cuando: "(...) b. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1). (...)")

2.3. Análisis del caso concreto

10. En mérito a dichas premisas y del examen de los actuados, esta Sala Penal de Apelaciones señala que la Constitución establece expresamente en su artículo 200° 1 el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional y, luego, si agravan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en su artículo 5° 1 que "no proceden los procesos constitucionales cuando: 1) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

11. En el presente caso se advierte que el cuestionamiento formulado por el recurrente se sustenta en un alegato infraconstitucional referido a la verificación de la información contenida en un acto administrativo emitido por el área legal del Centro Penitenciario de Cajamarca, como es el Informe Jurídico N° 022-2017-INPE-17.141./AL-GCV (EXCARCELACIÓN), en mérito a una solicitud de libertad por cumplimiento de condena con redención de la pena mediante el trabajo, formulado por el interno Marco Antonio Vásquez Bravo. Documento respecto de cuál se funda posteriormente la Resolución Directoral N° 049-2017-INPE/17.141.DIR de fecha 3 de noviembre del 2017 para declarar improcedente el pedido de libertad por pena cumplida redimida por el trabajo a favor de Marco Antonio Vásquez Bravo.

En dicho contexto, se advierte que la presunta inexactitud de la información contenida en un Informe administrativo emitido por un área administrativa del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que corresponde a ser un asunto propio de la jurisdicción ordinaria cuya evaluación no compete a la justicia constitucional.

En consecuencia, la demanda fue debidamente rechazada en aplicación del artículo 5° 1 del Código Procesal Constitucional, toda vez que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

12. Ahora, resulta necesario precisar que lo expuesto en el Informe Jurídico N° 022-2017-INPE-17.141./AL-GCV (EXCARCELACIÓN) antes citado no determinó *per se* la decisión que se emita en una resolución directoral sobre solicitud de libertad por cumplimiento de condena por redención de pena mediante trabajo, ya que en dicho acto el Director del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca, evalúa, además de lo informado por el área legal de dicha institución, el contenido de la documentación recabada en mérito a la solicitud efectuada por el interno Marco Antonio Vásquez Bravo, como son, los certificados de cómputo laboral, las constancias de régimen de vida y etapas de seguridad, y el certificado de antecedentes judiciales a nivel nacional y otros.

En ese sentido, no resulta válido afirmar que por lo expuesto en el Informe Jurídico N° 022-2017-INPE-17.141./AL-GCV (EXCARCELACIÓN), la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca, mediante el Resolución Directoral N° 049-2017-INPE/17.141.DIR de fecha 3 de noviembre del 2017 habría declarado improcedente la libertad solicitada por el interno Marco Antonio Vásquez Bravo por cumplimiento de pena; y así, se le afectó su derecho a la libertad individual. Motivo por el cual corresponde rechazar el argumento de apelación formulado al respecto en el escrito de apelación de autos.

13. Finalmente, corresponde indicar que del examen de los actuados se ha podido corroborar que no resulta ser cierto lo sostenido por el impugnante, en el extremo que señala que el Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, rechazó liminarmente la demanda de Hábeas Corpus de autos a razón de que existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional presuntamente amenazado o vulnerado, habiendo así evidenciado, por el contrario, que lo que el Juez de primera instancia ha referido es que en todo caso si el interno Marco Antonio Vásquez Bravo advirtió que lo consignado en el Informe Jurídico N° 022-2017-INPE-17.141./AL-GCV (EXCARCELACIÓN) de fecha 3 de noviembre del 2017 no estaba conforme a la realidad, debió proceder a recurrir el mismo conforme a las normas del derecho procesal administrativo; más no, que esté impedido en dicha circunstancia de recurrir ante la instancia constitucional a formular su pretensión.

En ese sentido, dicho argumento de apelación no es de recibo por esta Sala de Apelaciones, por no ser conforme a los actuados en la presente causa.

2.4. Conclusión

14. En consecuencia, en el caso concreto es de aplicación el artículo 5° 1 del Código Procesal Constitucional, dado que la reclamación del recurrente (hechos y petitorio) no está referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal tutelado por el hábeas corpus. Por ello corresponde confirmar la resolución apelada en todos sus extremos.

Por los fundamentos expuestos, y de conformidad con las normas antes señaladas, la **SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA, POR UNANIMIDAD RESUELVE:**

III. RESOLUCIÓN:

1. DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el interno Tomás Enrique Lock Govea, contra de la resolución N° 1 de fecha 13 de noviembre del 2017, emitida por la Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca.

2. CONFIRMAR la resolución N° 1 de fecha 13 de noviembre del 2017, emitida por la Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, que resolvió rechazar liminarmente la demanda de Hábeas Corpus presentada por el interno Tomás Enrique Lock Govea, en beneficio del interno Marco Antonio Vásquez Bravo.

3. MANDAR, que, consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se **ARCHIVEN** estos autos en el modo y forma de Ley, y se **PUBLIQUE** la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", en la forma y plazo de Ley, sin perjuicio de su publicación en el diario "La República", **OFICIÁNDOSE** dentro de las cuarenta y ocho horas a donde corresponda, conforme a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional).

4. DISPONER, que, consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se **COMUNIQUE** a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca y a la Jefatura de la ODECMA de esta Corte Superior de Justicia de Cajamarca, informando sobre el sentido de la presente resolución y adjuntando copia de la misma, para los fines legales correspondientes, en cumplimiento del Oficio Circular N° 020-2007 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Acuerdo de fecha 17 de enero de 2007 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Juez Superior: Henry Vera Ortiz, **Ponente.**

SS.

SÁENZ PASCUAL

BAZÁN CERDÁN

VERA ORTIZ

W-1700913-5

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca

EXPEDIENTE N°	: 2263-2017-0-0601-JR-PE-03
PROCEDENCIA	: TERCER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CAJAMARCA
DEMANDANTE	: MEDINA YSIQUE LUIS ALBERTO
DEMANDADO	: LEÓN IZQUIERDO JOSE FRANCISCO
ASUNTO	: APELACIÓN QUE DECLARA FUNDADA LA DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS
COLEG. SALA PENAL	: SAENZ PASCUAL / BAZÁN CERDÁN / VERA ORTIZ (DD)

SENTENCIA N°: 72- 2018

RESOLUCIÓN NÚMERO: DIEZ

Cajamarca, nueve de mayo del año dos mil dieciocho¹.

AUTOS Y VISTOS:

Resolver los recursos de apelación interpuestos por Óscar Rolando Lucas Asencios, en calidad de Procurador Público Adjunto del Poder Judicial; y, por el demandado José Francisco León Izquierdo Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de

la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; contra la sentencia contenida en la Resolución N° 3 De Fecha 29 de diciembre del 2017, que declaró fundada la demanda de Hábeas Corpus formulada por Luis Alberto Medina Ysique.

I. PARTE EXPOSITIVA

1.1. Antecedentes procesales

1. Con fecha 22 de diciembre del 2017, el recurrente Luis Alberto Medina Ysique interpone demanda de Hábeas Corpus contra José Francisco León Izquierdo.

El argumento de dicha demanda, radica en el hecho que al beneficiario se le imputó el delito de omisión a la asistencia familiar en agravio de Jhaneline Vanessa Medina Gallardo, generándose un proceso inmediato, signado como el expediente 00658-2017-0601-JR-PE-03, cuyo trámite de control de acusación y juicio oral se desarrolló ante el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca a cargo del Juez José Francisco León Izquierdo.

Dicha audiencia de proceso inmediato se llevó a cabo el día 3 de octubre del 2017, en donde el abogado del investigado solicita la conclusión anticipada. En dicho trámite sin la información adecuada y sin la manifestación de voluntad del demandante (éste al escuchar que se interpondría una pena efectiva, señaló que iba a apelar, obviamente porque no estaba de acuerdo), e, imponiendo la voluntad del juez demandado, se lo condenó fijándose una pena privativa de libertad con el carácter de efectiva. Con ello se señala se le ha vulnerado el derecho a la libertad individual.

2. Tal vulneración se encontraría plasmada en la resolución N° Ocho de fecha 03 de octubre del 2017, condenándolo a dos años y seis meses de pena privativa de libertad con carácter de efectiva.

1.2. De la resolución materia de impugnación:

3. Ha sido materia de apelación, la resolución N° 3 de fecha 29 de diciembre del 2017 emitido por el Juez del Tercer Juzgado Unipersonal Penal de Cajamarca, que resolvió **DECLARAR FUNDADA** la demanda de Hábeas Corpus formulada por Luis Alberto Medina Ysique.

Esta resolución ha sido impugnada por Óscar Rolando Lucas Asencios en calidad de Procurador Público Adjunto encargado de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial y por el demandado José Francisco en calidad de Juez Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

Los fundamentos de la resolución materia de apelación se sintetizan en lo siguiente:

a) *Que existe una resolución judicial firme, contenida en la sentencia número 8 dictada en el Proceso Penal Inmediato N° 658-2017, pues la misma quedó consentida y contra ella no procedía ningún recurso.*

b) *La decisión contenida en la sentencia afecta la libertad personal del beneficiario, puesto que se le ha dictado pena privativa de libertad efectiva, la misma que viene cumpliendo en el Establecimiento Penal de Cajamarca, desde el 03-10-2017 como aparece de la lectura de la sentencia.*

c) *La resolución ha sido dictada contraviniendo con las garantías mínimas del debido proceso, establecidas en este caso para el trámite de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, como lo es la necesidad de contar con la aceptación expresa e indubitable del acusado, respecto a la pena a imponerse, antes de dictar sentencia, obviando los procedimientos de garantías establecidos en el artículo 372° del CPP y precisados en el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116-PJ.*

d) *Los hechos expresados por el beneficiario en su demanda han quedado acreditados y estos se subsumen en la causa de fundabilidad de la demanda de hábeas corpus contra resoluciones judiciales que prevé el artículo 4° de CPC, por lo que la demanda es amparada respecto a la carencia de aceptación de la pena por el acusado.*

1.3. Del sustento de la apelación y pretensión impugnatoria

4. Los argumentos de la impugnación planteada por el Procurador Público Adjunto encargado de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial; se pueden sintetizar en lo siguiente:

a) *El a quo ha declarado fundada la demanda amparándose en el artículo 372° del Código Procesal Penal, en el cual establece la necesidad de contar con la aceptación expresa e indubitable del acusado, respecto a la pena a imponerse, antes de dictar sentencia. Y que, en aplicación práctica realizada por el a quo, en audio que acompaña al escrito de la demanda, no se advierte la aceptación del beneficiario, respecto de la sentencia de conformidad.*

b) *Se debe tener en cuenta para mejor resolver que para recurrir a vía constitucional, el juez de garantías esta obligado a realizar un examen de procedibilidad, con la finalidad de verificar que no exista otro camino mas que el hábeas corpus, siendo que*

al accionante a través de su defensa técnica no ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de conformidad, emitido por el juzgado demandado, recaído en el Expediente Judicial N° 658-2017.

c) *El a quo en calidad de juez de garantías en su sentencia de primera instancia ha emitido un procedimiento de fondo, donde a nuestro criterio suplente las funciones propias de un juez ordinario e incluso del representante del Ministerio Público, vale decir realiza una revaloración de la determinación de los hechos, de la subsunción penal – calificación jurídica y, de los medios probatorios imputables al condenado, ahora beneficiario. Lo cual afecta al principio de independencia del Poder Judicial, sino también desvirtúa las garantías constitucionales desconociendo el límite del juez constitucional señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 08453-2015-PHC/TC.*

5. El demandado José Francisco León Izquierdo, también ha impugnado la resolución N° 3 de fecha 29 de diciembre del 2017, y de su recurso respectivo, se aprecia que los argumentos de la impugnación se pueden sintetizar en lo siguiente:

a) *El juez menciona que el artículo 4 del Código Procesal Constitucional señala que "(...) El Hábeas Corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva..."; al respecto se tiene que "Según el mencionado artículo 4 del Código Procesal Constitucional solo cabría la presentación de la demanda de hábeas corpus por la violación de tutela procesal efectiva cuando exista una resolución firme. La firmeza de las resoluciones judiciales esta referida a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio y, por lo tanto solo cabra cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control constitucional". Por tanto en el punto 9.1 de la apelada, ha incurrido en error al sostener que la resolución numero ocho dictada en proceso inmediato N° 658-2017 es firme, porque quedó consentida y por ello que no procedería ningún recurso, habiendo confundido lo referente al cuando una sentencia queda firme y cuando una sentencia queda consentida, siendo tal que el proceso penal no se ha llevado regularmente y no recurrir a asuntos constitucionales que son propios de la justicia ordinaria.*

b) *En ese sentido "Para que proceda el hábeas corpus contra resoluciones judiciales se exige que como primer presupuesto la firmeza de la resolución. Al respecto, los autores del anteproyecto del CP Constitucional consideraron que era necesario poner un límite ante la posibilidad de que el hábeas corpus sea utilizado de forma indebida, de ahí que se exige la resolución judicial que haya adquirido firmeza, esto es, que contra ellas se hayan agotado todos los medios impugnatorios que la ley procesal franquea a los justiciables de acuerdo al proceso en que emita la resolución que se pretende cuestionar". Lo que no ha sucedido en el presente proceso caso, pues tanto el beneficiario como su defensa, lo han dejado consentir por lo que la demanda no resultaría procedente, mas aun si estamos en un proceso especial en donde la sentencia no sería necesario exigir la firmeza de dicha resolución pues se verifica que la resolución se ha dejado consentir; de allí, el Juez Constitucional no ha realizado un adecuado control al momento de la demanda, y por ende la sentencia emitida no se encuentra arreglada a ley.*

1.4. Del trámite recursal en segunda instancia

6. Se precisa que en la presente causa no se han admitido ni ofrecido medios de prueba para actuación en segunda instancia.

Asimismo, se aprecia que con fecha 10 de abril del 2018, se llevó a cabo la audiencia de apelación de resolución, siendo que en dicho acto se dio cuenta de los recursos impugnatorio formulados por el Procurador Público Adjunto encargado de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial y José Francisco en calidad de Juez Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, por lo que se procede a emitir la resolución respectiva conforme a ley.

II. PARTE CONSIDERATIVA

2.1. Facultades del tribunal revisor

7. El recurso de apelación permite a los sujetos legitimados requerir el control de las resoluciones judiciales, a fin de que éstas sean revisadas por el Órgano Jerárquico Superior, y, en ese sentido el *Ad Que* tiene la facultad - luego del examen pertinente - de confirmar, revocar o declarar nula una resolución impugnada, según corresponda.

Bajo ese contexto, el Superior Colegiado debe circunscribirse – en principio – solamente a aquellos extremos que han sido materia de impugnación y agravios, ello conforme al principio *tantum apelatum quantum devolutum*, derivado a su vez del principio de congruencia que orienta la actuación del órgano jurisdiccional, y que implica que al resolver la impugnación el órgano revisor solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el escrito de su propósito, ya que se considera que la expresión de agravios es como la pretensión ante la segunda instancia; esto además es así, ya que debe existir una correlación directa entre

el ámbito de la resolución de segunda instancia y el objeto de la apelación planteado por las partes procesales.

8. Por otro lado, tenemos que el artículo 28° del Código Procesal Constitucional, prescribe "(...) La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turno. (...)". Y, a su vez, el artículo 27° del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), prescribe "(...) Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores: 1. Conocer del recurso de apelación contra los autos y las resoluciones en los casos previsto por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales –colegiados o unipersonales- (...)".

9. Asimismo, el artículo 419° del CPP, establece: "(...)1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. 2. El examen de la Sala Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente (...)"; y el artículo 425°.3 del mismo cuerpo normativo, prescribe: "(...) La resolución de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409° puede: a) Declarar la nulidad, en todo o en parte, de la resolución apelada y disponer se remitan los actuados al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiera lugar; b) Dentro de los límites de recurso, confirmar o revocar la resolución apelada. (...)".

2.2. Sobre el Hábeas Corpus

10. El hábeas corpus, en términos generales es una garantía constitucional, consagrada en el artículo 200° del Código de la Constitución Política del Estado, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

El Hábeas Corpus al igual que el resto de los procesos constitucionales tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Al respecto el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, prescribe: "(...) Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. (...)".

Por su parte, el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, regula los derechos protegidos por el Hábeas Corpus, señalando enunciativamente aquellos que conforman la libertad individual; así el inciso 7) prescribe: "(...) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite "4" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan (...)"; sin embargo en la parte in fine del citado artículo, se señala que: "(...) También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual (...)".

11. Por otro lado el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, referido a las causales de improcedencia de los procesos constitucionales, establece: "(...) No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el peticionario de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; 3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional; 4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus; 5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable; 6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia; 7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado; 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva. 9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes; 10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus. (...)".

2.3. Sobre el derecho a la libertad personal

12. La libertad personal es reconocida como un derecho fundamental, el mismo que se encuentra recogido en el inciso dos del artículo dos, apartado veinticuatro de la Constitución Política, y, se constituye como el derecho de disponer de la

propia persona y de determinar la propia voluntad y de actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo y siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima. Se garantiza con ello, que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias; siendo que además configuran el contenido esencial de este derecho, también situaciones conexas con las ya descritas, en las que se advierta una afectación a la libertad individual e integridad personal. Ahora este derecho tampoco es un derecho absoluto, ya que admite limitaciones debido a que puede ser regulado, restringido y limitado mediante ley; existiendo supuestos específicos en que se pueden válidamente presentar tales limitaciones; en casos por ejemplo de flagrancia delictiva o cuando exista mandato judicial al respecto.

2.4. De la procedencia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales

13. En la medida en que las violaciones al debido proceso se materializan, por lo general, a través de resoluciones judiciales, el hábeas corpus deberá plantearse contra una resolución judicial, de manera que habrá que cumplir con los requisitos determinados en el art. 4 CPC. En este sentido, no basta con alegar una violación al debido proceso y una relación de conexidad con la libertad individual, sino que será necesario cumplir con los requisitos para la procedencia de un hábeas corpus contra resoluciones judiciales. La procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales requiere que la resolución judicial sea firme y que vulnere en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva (art. 4 CPC).

En cuanto a la firmeza de la resolución judicial el TC ha indicado que está referida a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio y, por lo tanto, solo cabrá cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control constitucional. [...] Una resolución judicial firme es aquella respecto de la cual se han agotado los recursos previsto por la ley procesal de la materia.

14. Ahora devendrá en improcedente una demanda de hábeas corpus, si la resolución que se cuestiona no tiene la calidad de firme. Este es el argumento de los impugnantes, quienes señalan que el demandante no ha impugnado la sentencia que hoy cuestiona a través del hábeas corpus.

Revisando los actuados se advierte que en efecto, el demandante Luis Alberto Medina Ysique no ha impugnado la sentencia que se le impuso en el proceso 00650-2017-0601-JR-PE-03, siendo que además la misma ha sido declarada consentida por el Juez de dicho proceso (el Juez hoy demandado). Esta situación sin embargo no puede generar per se la improcedencia de la demanda, toda vez que existen excepciones al requisito de firmeza de la resolución judicial para habilitar este proceso constitucional.

15. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, ciertas excepciones al requisito de la firmeza de la resolución judicial, señalando que no se exigirá este requisito en los casos en los que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que contempla el proceso judicial de la materia, en los que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso, en los que, a causa del agotamiento de los recursos, pudiera convertirse en irreparable la agresión y en los que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados. Dicho criterio también ha sido señalado por el Tribunal Constitucional, (STC N° 04107-2004-HC/TC).

Análisis del caso concreto

16. Revisando lo actuado se aprecia que en estricto se ha cuestionado a través del proceso de hábeas corpus, una resolución judicial (sentencia) que ha impuesto una pena privativa de la libertad efectiva. Al respecto se cuestiona afectación al debido proceso y derecho de defensa; por cuanto el Juez demandado habría afectado el trámite y naturaleza de la conclusión anticipada del proceso, permitiendo que con ello se afecte la libertad del demandante al haberse impuesto una pena privativa de la libertad, con lo que no había estado conforme como para aprobar una conclusión anticipada del proceso.

El a quo ha considerado que en efecto ha existido la vulneración alegada por el demandante y en ese sentido ha declarado fundada la demanda, y, dispuesto la nulidad de la sentencia cuestionada.

Ante ello, tanto la parte demandada, como la parte emplazada han apelado. Las impugnaciones de manera similar se centran en que la demanda devendría en improcedente por cuanto la resolución cuestionada no tendría la condición de firme.

Bajo dicho escenario, corresponderá en primer lugar establecer la concurrencia o no del agravio esgrimido por los apelantes, esto es, si la demanda deviene en improcedente; y, si se superase ello determinar la validez o no de la decisión de fondo adoptada en primera instancia.

17. En el caso en concreto queda claro que se ha utilizado la figura de la conclusión anticipada del juicio oral. Esta figura es el resultado de una situación de conformidad dada por las partes procesales (generalmente fiscal y acusado), respecto de la pena y reparación civil a imponer; previamente negociada, acordada y debidamente aceptada. Siendo así, en caso se proceda a la aprobación judicial del acuerdo propuesto, dicha aprobación se

plasma en una sentencia, la que al provenir de un supuesto de consenso, no puede ser materia de impugnación por quienes en tal consenso hayan participado; fiscal y acusado para el caso en concreto.

Conforme a lo señalado, al no resultar factible la utilización de un recurso impugnatorio para una sentencia que aprueba un acuerdo de conclusión anticipada de juicio oral; es evidente que no se podrá obtener un pronunciamiento de revisión, que pueda generar una resolución firme capaz de ser sometida a análisis en el proceso de hábeas corpus.

18. Atendiendo a lo dicho queda claro que por más que el demandante no ha impugnado la sentencia que cuestiona a través de hábeas corpus, nos encontramos ante un supuesto de excepción al requisito de firmeza, tal como lo recoge fundamento 8, de la STC N° 04107-2004-HC/TC, que señala: "(...)este tribunal puede señalar, enunciativamente, los siguientes criterios de excepción: **a) que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de materia,** b) que haya retardado injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso, c) que por el agotamiento de los recursos pudiera convertirse en irreparable la agresión, d) que no se resuelva los recursos en los plazos fijados para su resolución(...)". En el presente caso estaríamos frente al primer supuesto de excepción al requisito de firmeza, pues como se ha mencionado, al tratarse de una conclusión anticipada, no se le permitió impugnar al demandante.

Siendo ello así, no se advierte ninguna irregularidad o vicio procesal, que puede generar un pronunciamiento de improcedencia como han alegado los impugnantes; por lo que corresponde válidamente realizar el análisis del pronunciamiento de fondo emitido. Abona en este sentido lo que al respecto también ha señalado el Tribunal Constitucional, que ha precisado que: "...indudablemente una regla de procedibilidad tan restrictiva como la prescrita en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional debe ser correctamente interpretada y morigerada en virtud del principio pro homine, que postula que los preceptos normativos deben sujetarse a una interpretación que optimice el derecho constitucional y reconozca una posición preferente a los derechos fundamentales". (EXP. N.° 03300-2012-PHC/TC Loreto -Felix Omar Hinojosa Pereyra)

19. Para el análisis de fondo se aprecia que el demandante ha manifestado en resumen que dentro del trámite de conclusión anticipada en el proceso penal que se le ha seguido; no se le ha brindado la información adecuada, no se ha contado con su manifestación de voluntad, ni consentimiento expreso para aceptar la pena privativa de libertad efectiva que se le iba a imponer, y, que además se ha impuesto la voluntad del Juez. Todo ello ha generado se le imponga una pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, con lo que se le habría vulnerado su derecho a la libertad individual. En suma, el demandante denuncia una vulneración al debido proceso que ha traído como consecuencia la afectación a su derecho a la libertad individual.

De verificarse esas afectaciones al debido proceso, evidentemente la demanda debe ser amparada.

En efecto, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya expedido con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo. (Exp. N.° 1230-2002-HC/TC Lima-César Humberto Tino Cabrera).

20. En la sentencia de primera instancia el *a quo* ha establecido que se han vulnerado las garantías mínimas del debido proceso, respecto del trámite de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, como lo es la necesidad de contar con la aceptación expresa e indubitable del acusado, respecto a la pena a imponerse, antes de dictar sentencia, obviando los procedimientos de garantías establecidos en el artículo 372° del CPP y precisados en el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116-PJ.

21. En revisión se concluye que tales fundamentos son válidos ya que de los actuados se aprecia claramente que se ha obviado el cumplimiento del deber de instrucción e información necesario para el trámite de la conclusión anticipada del proceso, y, esencialmente, el contar con la manifestación de voluntad espontánea e indubitable del acusado de aceptación de la pena que se le va a imponer.

Al respecto, recuérdese que el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116, establece como obligación de los jueces explicar adecuadamente y con la debida claridad, las consecuencias que les esperan al acusado. Así, en el fundamento 9 se señala: "...La Sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad -sin vicios del consentimiento-, la plena capacidad -si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas- y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y Reparación Civil, así como de los derechos e

instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de las características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo".

22. Más allá de lo indicado en la sentencia impugnada, de la revisión del acta de transcripción de la audiencia de juicio inmediato² se aprecia la vulneración a ese debido proceso en lo siguiente:

a. Luego que el abogado del acusado señala que se someterán a la conclusión anticipada el Juez, señala lo siguiente: "Señor acusado voy a comunicarle sus derechos, tiene derecho a presumírsele inocente, tiene derecho a guardar silencio, tiene derecho a conferenciar con su abogado en cualquier etapa del juicio, salvo que le haga una pregunta, y le comunico, Usted puede acogerse a la conclusión anticipada al juicio, que quiere decir ello, si usted acepta haber cometido el delito que en este acto de audiencia ha señalado el representante del ministerio público y acepta el pago total de la reparación civil, en este mismo acto concluye el juicio y usted va a ser beneficiado con la reducción de un sexto de la pena. Comprendió señor los derechos que yo le he explicado".

b. Dicha enunciación de derechos, solamente contiene aspectos genéricos. Resultando cierto lo que al respecto denuncia el demandante, esto es que no se le ha explicado que renunciaba al juicio, ni que se le impondría una pena efectiva. Lo dicho evidencia una afectación al deber de instrucción e información con el que debía actuar el juez del proceso penal.

c. Luego de la explicación del acuerdo por parte del fiscal, sucede lo siguiente:

- El Juez manifiesta: "Señor acusado, está conforme, consulte con su abogado, está conforme señor, dígame en audio.
- El acusado al respecto refiere: "vamos a apelar doctor".

d. Se aprecia acá, en efecto una falta de conformidad del acusado con el acuerdo de pena privativa de libertad efectiva que se le iba a imponer. La expresión "vamos a apelar" evidencia ello. No puede asumirse de otra manera.

e. Ante ello lo correcto hubiese sido no proseguir con el trámite de conclusión anticipada (al no existir una aceptación del acuerdo); o, por lo menos redireccionar el trámite, solicitando las aclaraciones respectivas, o, informar de manera clara y adecuada a lo que se estaba sometiendo el acusado; sin embargo ello tampoco ocurrió.

f. Por el contrario se aprecia que el Juez llama la atención al abogado defensor y sin un registro de aceptación expresa lo da por aceptado. Ello se evidencia del audio respectivo, en el que el Juez, señala: "No, pues, doctor, se está sometiendo a una conclusión doctor, que le pasa. Más seriedad. Ya conforme. Ambas partes expresan su conformidad. Bien. Eh"

g. Lo señalado evidencia que en efecto no ha existido una manifestación de voluntad espontánea, expresa o válida del acusado: Esto indefectiblemente genera una vulneración al debido proceso, y, dado que esa vulneración ha generado una condena con pena privativa de la libertad efectiva, se ha afectado el derecho a la libertad individual del demandante, que tiene protección constitucional.

23. Atendiendo a todo lo dicho la fundabilidad de la demanda establecida en primera instancia debe ser confirmada; lo que trae como consecuencia se declare la nulidad de la sentencia de conformidad emitida en el expediente N° 658-2017-0601-JR-PE-03; debiendo ordenarse la emisión de nueva sentencia; previa realización de nuevo trámite de control de acusación y juicio oral de proceso inmediato. Esta nueva sentencia la debe realizar un juez distinto al demandado, para cuyo efecto se deberá informar a la administración del módulo penal de Cajamarca, para que designe el juez llamado por ley para tal efecto.

III. RESOLUCIÓN:

DECISIÓN

Por los fundamentos antes expuestos, la PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE CAJAMARCA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA, POR UNANIMIDAD, RESUELVE:

1. DECLARAR INFUNDADOS los recursos de apelación interpuestos por Óscar Rolando Lucas Asencios - Procurador Público Adjunto del Poder Judicial; y, el demandado José Francisco León Izquierdo Juez Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, contra la sentencia contenida en la Resolución N° 3 De Fecha 29 de diciembre del 2017, que declaro fundada la demanda de Hábeas Corpus formulada por Luis Alberto Medina Ysique

2. CONFIRMAR LA SENTENCIA, contenida en la resolución N° 3 de fecha 29 de diciembre del 2017 emitido por el Juez del Tercer Juzgado Unipersonal Cajamarca, que resolvió DECLARAR FUNDADA la demanda de Hábeas Corpus formulada por Luis Alberto Medina Ysique, y, además dispuso:

2.1. DECLARAR NULOS Y SIN EFECTOS JURÍDICOS:

- La Audiencia Única de Juzgamiento en Proceso Inmediato, llevada a cabo en el Proceso Penal N° 658-2017-1-0601-JR-PE-03, seguida contra Luis Alberto Medina Isyque, por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de Jhaneline Vanessa Medina Gallardo.

- La Resolución Número 08 del señalado Proceso Penal, que contiene la sentencia condenatoria por conformidad, y que condena al beneficiario a 02 años y 06 meses de pena privativa de libertad efectiva.

2.2. OFICIAR al Sexto Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de esta Corte, adjuntado copia de las sentencias de primera y segunda instancia, a fin de que remita en Proceso Penal N° 658-2017-1-0601-JR-PE-03, seguida contra Luis Alberto Medina Isyque, por el delito de Omisión de Asistencia Familiar en agravio de Jhaneline Vanessa Medina Gallardo, a la administración del Módulo Penal de esta Corte, donde deberá ser redistribuido al juez competente, quien deberá SEÑALAR nueva fecha para la realización de la audiencia única de juicio inmediato: **con lo demás que contiene.**

3. DEVOLVER la correspondiente carpeta al órgano jurisdiccional de origen, conforme a Ley; para el cumplimiento de lo ordenado.

Juez Superior: Henry N. Vera Ortiz, **Ponente.**

SS.

SÁENZ PASCUAL

BAZÁN CERDÁN

VERA ORTIZ

¹ Se suscribe la resolución en la presente fecha, al concluir la licencia del Juez Superior Bazán Cerdán.

² *Recurrimos a ella por cuanto es una transcripción literal (fs. 45), lo que no ocurre con el acta de registro de audiencia única de juicio inmediato tramitado en el proceso (fs. 43).*

W-1700913-6

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
TERCER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL**

3º JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - SEDE CENTRAL
 EXPEDIENTE : 04235-2018-0-0901-JR-PE-03
 JUEZ : PULIDO ALVARADO ABEL
 ESPECIALISTA : HUAMANI QUISPE
 JACKELINE GILDA
 PROCURADOR PÚBLICO : PROCURADURÍA PÚBLICA
 DEL INSTITUTO NACIONAL
 PENITENCIARIO
 BENEFICIARIO : SAUCEDO ZAMORA,
 HILARIO
 DEMANDADO : ALAYO CALDERON, HUGO
 LUIS
 ZAMBRANO ZAMORA,
 ROBERTO
 SOLICITANTE : SAUCEDO SOTO, FAUSTINO

SENTENCIA**Resolución N° 4**

Independencia, 7 de setiembre de 2018.

VISTOS: el proceso constitucional de hábeas corpus,

ANTECEDENTES**I. PROCEDIMIENTO.**

1. Por escrito de folios 2 se interpuso proceso constitucional de hábeas corpus, por Faustino Saucedo Soto a favor de Hilario Saucedo Mosqueira.

2. Luego, por resolución 1 de fs. 6, se *admitió a trámite* la demanda, decretándose la realización de una sumaria investigación, con las actuaciones correspondientes, dirigiéndose *contra* el Director del establecimiento penitenciario de Ancón I y el Jefe de área de salud (tópico) de dicho penal, quienes han sido identificados como Roberto E. Zambrano Zamora y Hugo Alayo Calderón –resolución 3 del 6 de setiembre de 2018–.

3. Como parte de las actuaciones dispuestas, se llevó a cabo: i) el acta de verificación (fs. 17-21) con intervención del médico legista William Vilchez Malpartida el alcaide y el técnico enfermero de servicio Dionicio Cupe Cucho, ii) se recibió la declaración del

favorecido (fs.22-23) ratificándose en la demanda, iii) se recibió la declaración del demandado Hugo Alayo Calderón rechazando los términos de la misma(fs.36), iv) se recabó el certificado médico legal 033352-V-D del favorecido (fs.39), v) el demandado Zambrano Zamora absolvió los términos de la demanda emitiendo descargo y rechazándolo (fs.41-51), vi) se ha obtenido el informe médico 161 del galeno Huyo Alayo Calderón (fs. 31-32, repetida a fs.50-51), vii) asimismo se recabó la histórica clínica del favorecido número S-120, de fs.33-35 repetida a fs.46-48).

4. Conforme el estado de la causa, y dada la naturaleza improrrogable de las actuaciones dispuestas, se procede a expedir la sentencia.

II. IMPUTACIÓN DE AFECTACIÓN

5. Según los términos de la demanda y el auto admisorio (e integratorio), se dirige la demanda contra a) *Roberto Zambrano Zamora, director del establecimiento penitenciario de Ancón I,* y b) *Hugo Alayo Calderón, médico Jefe de área de salud (tópico) de dicho penal,* por presunta vulneración del derecho a la salud en conexión con el derecho a la libertad individual del favorecido (recluido en el pabellón 3 del penal Ancón I), señalándose que Hilario Saucedo Mosqueira está recluido en ese penal y pabellón, quien se encuentra expectorando sangre por la boca desde hace una semana, siendo atendido el 27 de agosto en el tópico del penal, al parecer por presentar síntomas de TBC, pero el médico indicó que no era TBC y que debe sacarse radiografía de pulmones, lo que no se realiza hasta la fecha porque el médico radiólogo ha renunciado, lo que fue objeto de queja al director del penal, que los días 28,30 y 31 el favorecido ha sido conducido en reiteradas veces al tópico del penal por emergencia ya que seguía expectorando sangre, no recibiendo ningún tratamiento médico, colocándole solo paliativos diclofenaco para el dolor, pero no se le evacúa para sacarle las placas radiográficas y determinarse si es tuberculosis o el tipo de enfermedad; el 31 de agosto salió a emergencia (sic) permaneciendo hasta las 3 de la madrugada del sábado 1 de setiembre, donde se le sacó 3 pruebas de esputo habiendo sido negativo, por lo que el médico que lo trató requería la placa radiográfica médica; que los hechos son de conocimiento del médico Jefe del tópico del penal y del Director, sin que hasta ahora no le evacúan a un hospital para ser atendido, se realicen las pruebas y exámenes que se requieran para determinar porqué expectora sangre y darle tratamiento adecuado, y ambos (director y médico jefe) están omitiendo sus funciones de velar por la salud de los internos; que el favorecido no deja de expectorar sangre, encontrándose su salud resquebrajada estando propenso a contraer múltiples enfermedades, porque hay un alto porcentaje de internos con TBC, MDR, hepatitis y otras enfermedades, que ponen en riesgo su vida; que el sábado en horas de la noche lo ubicaron al favorecido en el tópico del penal, permaneciendo hasta el día de hoy, pero no se le evacúa a un hospital para que sea evaluado pese a continuar sangrando; solicitando que se ordene la evacuación, tratamiento y adopción de medidas necesarias para que el favorecido sea tratado en un hospital, ya que su estado de salud se agrava más y que sea evacuado a un hospital para su atención médica (toma de placas médicas, ecografías, exámenes, otros) que ayuden a determinar qué enfermedad tiene; agregando que se viola su derecho a la salud, y que en mayo y junio de 2017 presentó solicitudes de junta médica para ser atendido por y tampoco ha sido atendido, y que solicitó el ingreso de verduras y frutas por presentar gastritis crónica pero no fue atendida su solicitud

FUNDAMENTOS**III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.**

6. El proceso de hábeas corpus, de raigambre constitucional, se constituye como un remedio procesal destinado a la protección de la libertad individual y de los derechos conexos a él (artículo 200.1 de la Constitución Política), el mismo que, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es limitado, sino *amplia*, en tanto que *'desde una interpretación constitucional del principio indubio pro homine (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) se debe acoger una concepción amplia de proceso constitucional (...)' (y) no es razonable establecer, a priori y en abstracto un numerus clausus de derechos fundamentales conexos a la libertad personal a efectos de su tutela, ni tampoco excluirlos a efectos de su protección'* (Expediente 09057-2005-HC del 3 de marzo de 2006, FJ 2), de allí que, esa es la posición asumida por el Código Procesal Constitucional (artículo 25 del Código Procesal Constitucional)

Delimitación del petitorio

7. Bajo esa perspectiva –y considerándose el auto admisorio– concretamente el recurrente (favorecido) reclama la afectación del derecho a la salud porque como interno recluido en el establecimiento penitenciario de Ancón I, se encuentra expectorando sangre pero no ha sido atendido médicamente y tanto el jefe del área médica (tópico) y la autoridad penitenciaria no le trasladan a un hospital.

El derecho a la salud de los internos

8. A decir del Tribunal Constitucional (sentencia expediente 02775-2011-PHC/TC caso Luis Alberto Otoyá Pérez) nuestra

Constitución reconoce en su artículo 7° el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de ésta, exigencia que se presenta con mayor énfasis respecto de las personas cuya libertad se encuentra limitada por un mandato judicial.

9. En este sentido el derecho a la salud se orienta a la conservación y el restablecimiento del funcionamiento armónico del organismo en su aspecto físico y psicológico del ser humano, y por tanto guarda una especial conexión con el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad de la persona humana que concluye por configurarla como un derecho fundamental indiscutible.

10. Por ello, siempre que el derecho a la salud resulte lesionado o amenazado lo estará también el derecho a la integridad personal e incluso en ciertos casos ello se proyectará en una afectación al mantenimiento del derecho a la vida.

11. En cuanto a la salud de las personas reclusas, es también un derecho que vincula al Estado. Por esta razón el Código de Ejecución Penal establece en su artículo 76° que 'el interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud'.

12. Por lo tanto los reclusos, obviamente, gozan del derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona humana, sin embargo en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos.

13. En consecuencia existe un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud.

14. Bajo ese contexto, se advierte de la investigación sumarial efectuada los siguientes hechos:

a) que ciertamente, el favorecido se encuentra recluso en el penal Ancón I, pabellón 3.

b) según los términos del acta de verificación realizada el 3 de setiembre de 2018, a horas 19.35, se constató que el interno (favorecido) estaba hospitalizado en el área de aislamiento del área de salud de dicho penal (tópico), quien caminaba y presentaba una mascarilla.

c) el favorecido señaló (ver acta de verificación y declaración de fs.22-23) que estaba conforme con la demanda porque ingresó 2 veces a emergencia sin diagnóstico y es a partir del 1 de setiembre (sábado) que fue hospitalizado con diagnóstico sint. respiratorio, recibiendo sus pastillas completas para el control de tuberculosis (TBC) recién el 3 de setiembre, pidiendo se le traslade a un hospital.

d) el galeno que participó en el acta de verificación (médico legista William Vilchez Malpartida) examinó al interno concluyendo tanto en el acta de verificación como en el certificado médico legal (que elaboró) número 033352-V-D de fs. 39, lo siguiente:

e) de la evaluación de la historia clínica, se registra –en relación a lo que es objeto de demanda–:

-20/06/18 DL/tbc
sintomático respiratorio
evolución por progreso
bk de esputo
(firma sin posfirma)

-27.08.18 10.30

T° 37.5 paciente 9 días febril, tos crónica

cx: posible tbc

se indica hemograma

(médico cirujano Anthony Salazar Correa)

-31.08.18

paciente acude por emergencia refiere que 'vomito' rasgos de sangre, se le pregunta si fue tos refiere que 'no' fue vómito....

Tto: fitometadiona...

raniidina...

(médico Hugo Alayo Calderón)

-01/09/18 8:30 h

paciente en tópico, refiere tos persistente seca...con sangre y actualmente productiva acompañando SAT no cuantificado y sudoración nocturna

S.ant. 98% PA 90/560

al examen: aparente regular estado general

typ: mv para en ACP (ilegible)

Ccv: rca, (ilegible)

Dx. sintomático respiratorio

a/dc TBC/hemoptisis

Tto plan: pasa a hospitalización y para programa TBC

metamizol 1g

dexanest(ilegible) 4mg im x 12 hr/ x 02 días

hasta inicio de Tto

BK (29/08/18) (+) NR 2928 médico Oscar Maicelo Aldazabal (médico cirujano)

f) en el informe médico 160 (elaborado por el demandado Hugo Alayo Calderón), indica:

-27/08/2018... atención médica por el dr. Anthony Salazar Correa, a quien refiere varios días de fiebre y tos crónica, haciéndole referencia al médico que ya le sacaron tres muestras y fueron negativas para TBC, el médico citado en ningún momento refiere que le a informado al paciente que no es tuberculosis todo lo contrario en su historia clínica pone como diagnóstico descartar tuberculosis solicitándole hemograma, le informo al paciente que por el momento no contamos con radiólogo pero que había que reiterarle los exámenes de BK de esputo para descartar TBC a lo que el paciente mostró inconformidad reiterando que tenía 3 exámenes negativos, lo que no refirió el paciente en ningún momento a ningún médico que esos exámenes eran de meses pasados ocasionando confusión en los colegas de igual forma se reiteró los exámenes BK seriado de esputo como es el procedimiento y la norma técnica del MINSA para estos casos

-30/08/2018... acude por tópico en la tarde indicando que expectoró rasgos de sangre por lo que le aplicó codeína y metamizol IM

-31/08/2018 el paciente (refiere) que vomita sangre con tono alterado y refiriendo que los análisis dan negativos y no sirven que él necesita su RX, se le pide que especifique si es el sangrado con tos o con vómitos mostrándose molesto refiere vómito en reiteradas ocasiones, se indica control de sangrado con fitemetadiona, raniidina vía IM y VO

...desde el 27 se hicieron las coordinaciones con el licenciado Michel encargado de Programa de TBC que a pesar de lo que dice el paciente se le reitera los exámenes de BK de esputo, dichos exámenes se llevan las muestras al penal de Ancón 2 por contar ellos con laboratorio

-01/09/2018 el paciente vuelve a ser atendido por consultorio de medicina por el dr. Oscar Maicelo Aldazabal el paciente refiere persistencia de rasgos de sangre al toser y actualmente ya productiva, luego de evaluación física y evidenciándose otros signos se diagnostica sintomático respiratoria DC/ TBC

confirmándose con la prueba de BK de esputo con fecha del 29/08/2018 resultado (+) una cruz (reciente) número de registro 2928, por lo cual y en forma inmediata se indica su aislamiento en el área de salud e ingresa a programas de TBC para su control y tratamiento...

15. Ahora bien, de esta secuencia de aquellos hechos, no se acredita que se haya afectado el derecho a la salud del favorecido ni que se le haya dado un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, por lo siguiente:

a) la histórica clínica del favorecido [S-120] y el informe médico [160], registra las atenciones médicas del interno en el servicio de salud del penal de Ancón I, con datas: 27 de agosto de 2018, 30 de agosto de 2018, 31 de agosto de 2018 y 1 de setiembre de 2018, con prescripciones al respecto.

b) del acta de verificación, la propia exposición del interno (favorecido) como lo consignado en la histórica clínica, dan cuenta que, ciertamente, la autoridad médica determinó el internamiento (hospitalización: aislamiento en el área de salud) con data 1 de setiembre de 2018.

c) la confirmación de que el favorecido presentó TBC se verificó con el resultado de la prueba denominada BK cuya fecha de registro es del 29/08/2018 que –a decir de demandado Alayo Calderón y los términos del acta de verificación (en lo expuesto por el técnico enfermero Dionicio Cupe Cucho)– fue conocida por la autoridad médica recién esa data: 1 de setiembre de 2018.

d) en la diligencia de verificación realizada por este despacho (ver acta de fs. 17-21) se constató las condiciones físicas del interno (favorecido) quien se encontraba en el área de aislamiento y que no tenía 'signo de alarma respiratorio' (ver certificado médico legal)

16. En ese sentido, lejos de considerar la demanda y lo dicho por el favorecido, de la diligencia de verificación y los actos de investigación realizados por este despacho, acreditan que el favorecido no tenía mellada o quebrantada su salud en riesgo de peligro, antes bien, se encontraba con atenciones médicas en el servicio de salud del penal de Ancón I, derivando luego en el diagnóstico médico [Dx. sintomático respiratorio ... a/dc TBC/hemoptisis... Tto plan: pasa a hospitalización y para programa TBC... metamizol 1g... dexanest... 4mg im x 12 hr/ x 02 días... hasta inicio de Tto] que determinó en su hospitalización y aislamiento en el centro de salud del penal para el programa de TBC, bajo control médico, por presentar tuberculosis (TBC), obteniéndose positivo la prueba de BK el 1 de setiembre de 2018.

17. Luego, se reclama por el favorecido ser derivado a un hospital para atención especializada, al respecto debe tener en cuenta, que ello es inatendible –vía este procedimiento constitucional– por lo siguiente: i) porque, como se anota en la sentencia, no hay afectación de su derecho a la salud, ii) en la histórica clínica (como lo destaca el médico legista) no existe prescripción que el interno sea sometido a una radiografía y que, en todo caso, esa determinación (que técnicamente son los 'exámenes auxiliares') deben ser indicados por el médico especialista (neumología), iii) es en el programa especializado

de tuberculosis TBC, donde existe atención especializada por neumólogo (a decir del acta de verificación, conforme la indicación del técnico enfermero Dionicio Cupe Cucho) siendo un tratamiento de '6 meses incluyendo controles periódicos' (informe médico 160), iv) existe el procedimiento correspondiente para que en su caso, un interno sea derivado a una atención médico fuera del penal (ver artículo 82 Código de Ejecución Penal) que, por lo demás, no se verifica su aplicabilidad en el presente caso, en orden a lo anotado precedentemente, al no haberse presentado, incluso, una situación de emergencia.

18. Así, debe desestimarse la demanda.

19. No obstante lo cual [a raíz de las conclusiones: (1) síndrome respiratorio: d/c tbc pulmonar (2) síndrome doloroso abdominal: d/c gastritis], deberá remitirse copia certificada del certificado médico legal 033352-V-D del favorecido, a fin que la autoridad médica (encargada del programa de TBC del interno), en su caso, considere en sus estudios médicos, la indicación del profesional de la Oficina Médico Legal de Lima Norte que 'sugiere evaluación especializada por el servicio de neumología y medicina interna para confirmar diagnóstico presuntivo'.

DECISIÓN

Por estos fundamentos y en aplicación también de los artículos II del Título preliminar, 1, 17 y 25 del Código Procesal Constitucional, el señor Juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte;

FALLA:

20. **DECLARANDO INFUNDADA** la demanda promovida por Faustino Saucedo Soto a favor de Hilario Saucedo Mosqueira a que se refiere el escrito de fs. 1.

21. **DISPONGO:** que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se archive donde corresponda en su oportunidad y que se publique la presente sentencia conforme la cuarta disposición final del Código Procesal Constitucional.

22. **NOTIFIQUESE** conforme corresponde; sin perjuicio de remitirse copia certificada del certificado médico legal 033352-V-D del favorecido, conforme lo dispuesto en el fundamento 19 de la presente sentencia, oficiándose.-

ABEL PULIDO ALVARADO
Juez

JACKELINE GILDA HUAMANI QUISPE
Secretaria

W-1699718-1

3° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - SEDE CENTRAL
EXPEDIENTE : 04235-2018-0-0901-JR-PE-03
JUEZ : PULIDO ALVARADO ABEL
ESPECIALISTA : HUAMANI QUISPE
PROCURADOR PÚBLICO : PROCURADURIA PUBLICA
DEL INSTITUTO NACIONAL
PENITENCIARIO
BENEFICIARIO : SAUCEDO ZAMORA,
HILARIO
DEMANDADO : ALAYO CALDERON, HUGO
LUIS
ZAMBRANO ZAMORA, ROBERTO
SOLICITANTE : SAUCEDO SOTO, FAUSTINO

RAZÓN

SEÑOR JUEZ:

Doy cuenta a Ud. que:

- De la revisión de los autos, se cumplió en notificar la sentencia de fecha 07 de setiembre del 2018.

- En sus casillas electrónicas el 10 de setiembre del 2018.

a) Faustino Saucedo Soto (solicitante del Beneficio del Hábeas Corpus)
b) Procuraduría Pública del Instituto Nacional Penitenciario.

- En su domicilios.

a) Hilario Saucedo Mosqueira (beneficiario), se notificó el 12/09/18

b) Hugo Luis Alayo Calderón (médico jefe del área de salud - tóxico), notificado el 12/09/2018

c) Roberto E. Zambrano Zamora (director del Establecimiento Penitenciario de Ancón 1, notificado el 11/09/18

- Asimismo se puede observar que no se ha interpuesto ningún recurso impugnatorio contra la sentencia de fecha 07 de setiembre del 2018 y habiendo vencido el plazo legal para hacerlo, estando pendiente de consentir dicha resolución.

Lo que informo a Ud. para los fines pertinentes.

Independencia, 24 de setiembre del 2018

JACKELINE GILDA HUAMANI QUISPE
Secretaria

RESOLUCIÓN N° 06

Independencia, 24 de setiembre del 2018.

AUTOS Y VISTOS; con la razón que antecede, téngase presente; y **ATENDIENDO:**

1.- Se expidió la sentencia de fecha 07 de setiembre del 2018, que falla declarar INFUNDADA la demanda de Hábeas Corpus, promovida por Faustino Saucedo Soto a favor de Hilario Saucedo Mosqueira.

2. Se notificó la sentencia de fecha 07 de setiembre del 2018 a FAUSTINO SAUCEDO SOTO (solicitante) en su casilla electrónica N° 51748 Y a la PROCURADURIA PUBLICA DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO, en su casilla electrónica N° 5368, conforme se puede apreciar en el cargo de entrega de notificación el 10 de setiembre del 2018 (fs. 68).

3.- Se notificó la sentencia de fecha 07 de setiembre del 2018 a HILARIO SAUCEDO MOSQUEIRA (beneficiario), al denunciado HUGO LUIS ALAYO CALDERON (médico jefe del área de salud - tóxico) y al denunciado ROBERTO ZAMBRANO ZAMORA (director del Establecimiento Penitenciario de Ancón 1), fueron notificados en el Establecimiento Penitenciario de Ancón 1, conforme se puede apreciar en los cargos de notificación él (fs. 76, 83 Y 89), siendo notificados el 12 y 11 de setiembre del 2018.

4.- Se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 14 de Código Procesal Constitucional, en torno a que 'las resoluciones se notifican por vía electrónica a casillas electrónicas'.

3. A la fecha ha vencido el plazo legal para impugnar la decisión [2 días, en aplicación del artículo 35 del Código Procesal Constitucional].

Entonces, lo que corresponde es declarar consentida la resolución acotada, ordenando el archivo definitivo.

Fundamentos por los cuales, el señor Juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Lima Norte, RESUELVE:

DECLARAR CONSENTIDA la Resolución N°04 de fecha 07 de setiembre 2018, que declaró de plano INFUNDADA la demanda de Hábeas Corpus; en consecuencia:

ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE remitiéndose al Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, publicándose la presente sentencia conforme a la cuarta disposición final del Código procesal Constitucional (ordenado en la sentencia). *Avocándose al conocimiento de la presente causa la señora jueza del Primer Juzgado Penal Unipersonal por vacaciones del señor magistrado Abel Pulido Alvarado, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Administrativa W 842-20 17, emitida por la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.- Notifíquese y Oficiéese.*

JACKELINE GILDA HUAMANI QUISPE
Secretaria

W-1699718-2

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AMAZONAS PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CHACHAPOYAS

SENTENCIA

Juzgado : Primer Juzgado Penal Unipersonal de Chachapoyas.
Juez : Juan Carlos Guzmán Sosa
Especialista : Dora Carmela Ampuero Barrantes
Exp. N° : 00408-2018-0-0101-JR-PE-01
Demandado : Ronda Campesina Originaria Independiente Jazán – Pedro Ruiz Gallo
Demandante : Clotilde Huamán Buelot
Materia : Hábeas Corpus.

Resolución N° SEIS

Chachapoyas, quince de agosto del año dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES

VISTOS:

1. La demanda de Hábeas Corpus presentada por Clotilde Huamán Buelot a favor de sus señores padres Manuela

Esperanza Buelot Meléndez de Huamán y Nicolás Huamán Zumaeta contra el Presidente y representantes de la Ronda Campesina Originaria Independiente Jazán – Pedro Ruiz Gallo.

2. Admitida la demanda a trámite se comisionó al Juez de Paz del distrito de Pedro Ruiz Gallo para recibir la declaración informativa del Presidente de la ronda campesina antes mencionada; y,

CONSIDERANDO:

NORMAS DEL ÁMBITO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL

PRIMERO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200° de la Constitución Política del Perú, la demanda de hábeas corpus procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; ello en armonía con lo dispuesto por el artículo 2° del Código Procesal Constitucional que establece que los procesos constitucionales proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción y omisión de actos de cumplimiento obligatorio por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, en tanto que el artículo 25° del Código Adjetivo acotado, indica las causales en que procede la acción de hábeas corpus, siendo la finalidad de dicha demanda constitucional la de proteger derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional.

DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

SEGUNDO: De los fundamentos fácticos de la demanda se aprecia que la accionante alega que los miembros de la Ronda Campesina Originaria Independiente Jazán – Pedro Ruiz Gallo, están solicitando por tercera y última vez que su señores padres Manuela Esperanza Buelot Meléndez de Huamán y Nicolás Huamán Zumaeta desocupen un terreno del señor Uladislao Vallejos Ramírez ubicado en Pedro Ruiz – Jazán – Bongará, bajo el pretexto de que están ocupando indebidamente dicho terreno, cuando en realidad el terreno ha sido cedido a la recurrente, por lo cual considera que los requerimientos efectuados a sus progenitores para asistir a la ronda campesina, constituyen una situación de peligro de actos futuros e inminentes porque en cualquier momento de manera arbitraria estarían secuestrándolos, so pretexto de un procedimiento ronderil, cuyo hecho se materializará con la Asamblea General que ha sido programada para el día sábado 04 de agosto del 2018.

TIPOS DE HÁBEAS CORPUS

TERCERO: El Tribunal Constitucional en el fundamento Jurídico N° 06 (FJ-N° 6) recaído en el Exp. N° 2663-2003, caso Eleobina Mabel Aponte Chuquiuanca, contra la Resolución de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima; da cuenta de las ocho tipologías o modalidades de HÁBEAS CORPUS elaborado por la doctrina: a) hábeas corpus reparador, b) hábeas corpus restringido, c) hábeas corpus traslativo, d) **hábeas corpus preventivo**, e) hábeas corpus correctivo, f) hábeas corpus instructivo, g) hábeas corpus innovativo y h) hábeas corpus conexo. Esta tipología ha sido elaborada de modo asuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional.

CUARTO: De la demanda de hábeas corpus corresponde al “Hábeas Corpus Preventivo”, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2663-2003-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia. Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentren en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta” (negrita y subrayado nuestra).

El artículo 2° del Código Procesal Constitucional señala que “los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación ésta debe ser cierta y de inminente realización”. Asimismo, la amenaza debe reunir determinadas condiciones tales como: a) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones; y, b) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, esto es, que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal los simples actos preparatorios. El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0091-2004-PA/TC, ha señalado las exigencias con que debe contar una acción de garantía para considerar que la amenaza que dice sufrir la accionante debe ser cierta y de inminente realización; es decir el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo los perjuicios imaginarios.

ANÁLISIS DE LA DEMANDA

QUINTO: Con relación a los requerimientos efectuados por la Ronda Campesina en cuestión, la accionante presentó una Constancia de Notificación, de cuyo contenido se aprecia que se encuentra suscrita por el Presidente de la Ronda Campesina Originaria Independiente de Jazán – Pedro Ruiz Gallo, en el que se consigna está dirigida a Manuela Buelot de Huamán y esposo, para que concurra al despacho de la citada ronda para el día sábado 04 de agosto del presente año, a las nueve de la mañana para el esclarecimiento por desocupación de terreno por la denuncia planteada por el señor Uladislao Vallejos R., precisándose que es la tercera y última citado, y que en caso de incumplimiento tomará las medidas pertinentes conforme a sus usos y costumbres.

SEXTO: Ello tiene su origen en la Asamblea Extraordinaria realizada el día 10 de febrero del presente año, de cuya contenido del acta correspondiente, se aprecia que la persona de Uladislao Vallejos Ramírez acudió a la ronda campesina e informó que la señora Manuel Buelot de Huamán a quien le entregó gratuitamente su terreno para que cultive y además de una casa para que habite, habiéndole dado de manera verbal plazo para que lo desocupe hasta el mes de julio del 2017; ante lo cual los miembros de la ronda campesina acordaron que se desocupe la parcela hasta el mes de julio del presente año y la casa en el menor tiempo posible. Respecto de lo cual la accionante en la demanda reconoce que el terreno le fue cedido a su persona y no a sus padres, indicando que con la persona de Uladislao Vallejos Ramírez realizó un contrato de cesión de uso de terreno, estando en posesión del terreno denominado “Maracana” por más de cinco años, habiendo iniciado acciones legales contra el antes citado para que le reconozca mejoras efectuadas por sus personas en el terreno.

SÉPTIMO: Al ser entrevistado el señor Eugenio Gallac Guevara en un primer momento con fecha 06 de agosto del 2018, en su calidad de Presidente de la Ronda Campesina Independiente Originaria de Jazán – Pedro Ruiz Gallo, mencionó que el problema surge a raíz que la base ronderil notificó a la señora Manuela Buelot Meléndez, madre de la accionante, a fin que asista para brindar su declaración y se llegue a un acuerdo para que desocupe el terreno de propiedad del señor Uladislao Vallejos Ramírez, no existiendo ningún peligro hacia sus persona, por que como ronda campesina deben garantizar el trato e integridad física de las personas, no debiendo tener ninguna desconfianza. Después con fecha 09 de agosto del 2018, el antes citado mencionó que el terreno en cuestión es privado el cual le pertenece al señor Uladislao Vallejos Ramírez, habiendo decidido notificar por primera y última vez a la señora Clotilde Huamán Buelot para que brinde su declaración, por encontrarse a cargo de sus padres, queriendo solamente saber el señor Uladislao Vallejos Ramírez cuando van a desocupar el terreno, lo deberá ser plasmado en acta el día 11 de agosto del 2018, a las 08:30 horas, porque la casa ya la han desocupado a raíz de la denuncia ante la ronda.

OCTAVO: El Código Procesal Constitucional en su artículo 25°, señala en forma explícita cuando procede la acción de hábeas corpus. En el presente caso, el demandante invoca la causal de detención arbitraria o indebida en su contra por parte de los miembros de la Ronda Campesina de Pedro Castro Alva; así como haber sufrido maltrato físico. Al respecto a estos temas planteados el Tribunal Constitucional ha expresado en diversas sentencias que: “(...) El hábeas corpus se entiende vinculado únicamente a la protección del derecho fundamental a la libertad personal y a un núcleo duro de derechos fundamentales que se concretan en torno a dicho derecho, tales como el derecho a la seguridad, a la libertad de tránsito y a la integridad personal (STC 5872-2005-PHC/TC) (...)”.

NOVENO: Al respecto, debemos tener en cuenta que el Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre de 2009, en su fundamento 7°, establece: “El artículo 149° de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial. El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. (...)”, Asimismo, en su fundamento 12° señala que: “(...) será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil–; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro

sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento-; (vi) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras”.

DÉCIMO: En el caso en particular, debemos tener en cuenta la facultad que tienen las rondas campesinas de utilizar medidas coercitivas, en tanto y en cuanto no violen derechos fundamentales de las personas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, no se verifica que el apercibimiento que utilizan en estos casos los miembros de la Ronda Campesina Independiente y Originaria de Jazán – Pedro Ruiz Gallo implique una afectación a la libertad ambulatoria de las personas citadas, pues podría tratarse de una “conducción compulsiva”, más aún, si se advierte que la presunta afectación a la libertad individual de los señores Manuela Esperanza Buelot Meléndez de Huamán y Nicolás Huamán Zumaeta que la accionante considera se materializaría el día 04 de agosto del presente año, se trató de una mera presunción subjetiva o conjetural, no siendo un argumento válido esgrimido por la accionante al sostener que es bastante conocido que las rondas campesinas utilizan su fuerza bruta y su ventaja numérica para imponer sus decisiones, ya que este tipo de argumento resultan arbitrarios, debe analizarse y verificarse en cada caso en concreto y no de manera genérica. Aunado, que el Presidente de la ronda campesina indicó que han decidido notificar a la accionante Clotilde Huamán Buelot para que brinde su declaración y arribar a un acuerdo con el señor Uladislao Vallejos Ramírez, lo cual se plasmara en acta el día 11 de agosto del 2018; lo cual resulta lógica más aún si como afirma la accionante su persona es quien tiene una relación contractual con la persona de Uladislao Vallejos Ramírez respecto de un terreno agrícolas, y no sus progenitores.-

DÉCIMO PRIMERO. En ese sentido, no existe una amenaza cierta e inminente de vulneración a la libertad individual de los señores Manuela Esperanza Buelot Meléndez de Huamán y Nicolás Huamán Zumaeta; por lo que corresponde desestimar la demanda incoada.-

DECISIÓN

Por tales consideraciones, el Juez del Primer Juzgado Unipersonal de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas; Administrando Justicia a Nombre de la Nación; SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la demanda de Proceso Constitucional de Hábeas Corpus, interpuesta por la ciudadana **Clotilde Huamán Buelot** contra el Presidente y representantes de la Ronda Campesina Independiente y Originaria de Jazán – Pedro Ruiz, por presuntos actos de amenaza a la libertad individual de las persona de Manuela Esperanza Buelot Meléndez de Huamán y Nicolás Huamán Zumaeta.-

SEGUNDO: MANDO que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se publique en el Diario Oficial “El Peruano”, ARCHIVÉSE los de la materia en la forma y modo que señala la ley, tómesese razón y hágase saber a la Sala Superior Penal, así como a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de esta sede judicial.-

NOTIFÍQUESE a los sujetos procesales.

JUAN CARLOS GUZMAN SOSA
Juez

DORA CARMELA AMPUERO BARRANTES
Especialista Judicial de Juzgado
Juzgado Penal Unipersonal Chachapoyas
Corte Superior de Justicia de Amazonas

W-1700902-1

1° JUZG. UNIPERSONAL

EXPEDIENTE : 00408-2018-0-0101-JR-PE-01
JUEZ : GUZMAN SOSA JUAN CARLOS
ESPECIALISTA : DORA CARMELA AMPUERO BARRANTES
BENEFICIARIO : BUELOT MELENDEZ DE HUAMAN, MANUELA ESPERANZA HUAMAN
ZUMAETA, NICOLAS
DEMANDADO : RONDA CAMPESINA INDEPENDIENTE ORIGINARIA DE JAZAN
DEMANDANTE : CALLAC GUEVARA, EUGENIO HUAMAN BUELOT, CLOTILDE

RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE

Chachapoyas, veintinueve de agosto del año dos mil dieciocho.

AUTOS Y VISTOS:

Con los autos y conforme a su estado; y;

CONSIDERANDO:

1) Con fecha quince de agosto del año 2018, se emitió la resolución número seis, que resolvió declarar infundada la demanda de Proceso Constitucional de Hábeas Corpus, interpuesta por la ciudadana Clotilde Huamán Buelot contra el Presidente y representante de la Ronda Campesina Independiente y Originaria de Jazán – Pedro Ruiz, por presuntos actos de amenaza a la libertad individual de las personas de Manuela Esperanza Buelot Meléndez de Huamán y Nicolás Huamán Zumaeta.

2) Conforme se observa de autos que la citada resolución ha sido notificado al demandante y demandado mediante cédula de notificación tal como se advierte de folios 93, 94 y 95 de autos, apreciándose que no se ha interpuesto recurso impugnatorio alguno dentro del plazo de ley, más el término de la distancia para el demandado, habiendo precluido el mismo, conforme lo establece el artículo 35° del Código Procesal Constitucional, esto es, de dos días; lo cual implica que las partes han estado conforme ante tal decisión, por lo tanto se debe proceder a emitir la resolución correspondiente; en consecuencia:

SE RESUELVE:

3) DECLARAR CONSENTIDA la resolución número seis de fecha quince de agosto del año 2018, que resolvió declarar infundada la demanda de Proceso Constitucional de Hábeas Corpus, interpuesta por la ciudadana CLOTILDE HUAMÁN BUELOT contra el Presidente y representante de la Ronda Campesina Independiente y Originaria de Jazán – Pedro Ruiz.

4) CÚMPLASE con lo dispuesto en el numeral segundo de la citada resolución, cumplido que sea, archívese los actuados conforme a ley.

5) NOTIFÍQUESE.

JUAN CARLOS GUZMAN SOSA
Juez

DORA CARMELA AMPUERO BARRANTES
Especialista Judicial de Juzgado
Juzgado Penal Unipersonal Chachapoyas
Corte Superior de Justicia de Amazonas

W-1700902-2

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AMAZONAS PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CHACHAPOYAS

1° JUZG. INVEST. PREPARATORIA - F, OAF Y CEED

EXPEDIENTE : 00471-2018-0-0101-JR-PE-01
JUEZ : REGALADO VASQUEZ MARCO ANTONIO
ESPECIALISTA : LUIS ANTONIO MENDOZA LLAMOSAS
BENEFICIARIO : ANGELES TRAUCO, SEGUNDO ELADIO
DEMANDADO : HUAMAN DE FINA, VICTOR MEJIA PUMA, JAVIER
DEMANDANTE : TORRES CULQUI, LUISA

SENTENCIA DE HÁBEAS CORPUS

RESOLUCIÓN N°: DOS

Chachapoyas, veintinueve de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS: Con la demanda de Proceso Constitucional de Hábeas Corpus presentada por la ciudadana Luisa Torres Culqui, a favor del beneficiario Segundo Eladio Angeles Trauco, la misma que la dirige contra JAVIER MEJIA PUMA, Alferez de la Policía Nacional y el doctor Víctor Huamán De Fina; Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chachapoyas, por la presunta afectación del derecho a la libertad personal; y,

ATENDIENDO:

De los antecedentes:

1. El día de la fecha la ciudadana Luisa Torres Culqui, interpone demanda de hábeas corpus a favor de su conviviente Segundo Eladio Angeles Trauco, por haber sido presuntamente detenido arbitrariamente, esto es, fuera de los supuestos del artículo 259° del Código Procesal Penal, solicitando se declare fundada la demanda y se disponga la inmediata libertad de su prenombrado conviviente.

2. Agrega que, el día 28 de agosto de 2018 a las 17:40 horas aproximadamente, se le intervino a Anderson Chauca Vilcarromero, quien se encuentra detenido, atribuyéndole participación en el delito de robo agravado, producido momentos

antes en el establecimiento – ferretería- CONSTRUCMAS, ubicado en el Jr. Libertad N° 245-Chachapoyas.

3. Que dicha persona, al momento de su intervención señaló que “la persona que había planificado los hechos en la persona de Segundo Ángeles conocido como “SHEGO”, quien domiciliaría en una casa de dos pisos, frente al terminal terrestre y además maneja un taxi de color blanco, vehículo en el cual los trasladó a la ferretería y los indicó que estaba facilito ya que no hay cámaras y que quería vengarse del dueño de la ferretería porque le había chocado su carro y además estaba fácil de robar dinero es ese negocio”.

4. Que a mérito de tal información, el demandado Javier Mejía Puma y tres efectivos policiales más se constituyeron, conjuntamente con el detenido Anderson Chauca Vilcarromero al Jr. Triunfo cuadra 2 de esta ciudad y proceden a intervenir a su conviviente quien se encontraba con su herramienta de trabajo (taxi) siendo reconocido por dicho de detenido y conducido a la Comisaría y oportunidad en que el prenombrado demandado ordenó su detención.

5. Que la detención del beneficiario se produjo a mérito de la versión del detenido Chauca Vilcarromero, versión que se ha tomado vulnerando el derecho de defensa de éste, pues no se encontraba asesorado de un abogado. Que no se habilita la detención del beneficiario por cuanto no se encontraba en flagrancia delictiva y si bien hubo una sindicación ello no habilita para la detención de Angeles Trauco.

6. Que el Fiscal demandado Huamán De Fina, lejos de tomar los correctivos, mantiene la detención de su conviviente, obligando a recurrir a este Órgano.

7. Por su parte, los demandados, conforme lo tienen dicho en el acta de fojas 18/21, han indicado esencialmente que, la detención del beneficiario se ha realizado dentro del marco de la Ley y teniendo en cuenta las actas propias de la investigación que se viene desarrollando, así como en el caso del Fiscal Víctor Huamán De Fina, indicó que no hay mérito para ordenar la libertad de Angeles Trauco, por cuanto las investigaciones apuntan y comprometen al beneficiario.

Del Objeto del proceso constitucional.

8. El objeto de la demanda es que cese la amenaza de atentar contra el derecho a la libertad personal del beneficiario.

9. Que, la Constitución establece expresamente en el artículo 200 ° inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus.

10. El primer párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional establece: “los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo (...)”.

11. El Tribunal Constitucional en el fundamento Jurídico N 06 (FJ-N° 6) recaído en el Exp. N° 2663-2003, caso Eleobina Mabel Aponte Chuquiwanca, contra la Resolución de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima; da cuenta de las ocho tipologías o modalidades de HÁBEAS CORPUS elaborado por la doctrina: a) hábeas corpus reparador, b) hábeas corpus restringido, c) hábeas corpus traslativo, d) hábeas corpus preventivo, e) hábeas corpus correctivo, f) hábeas corpus instructivo, g) hábeas corpus innovativo y h) hábeas corpus conexo. Esta tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional.

12. El hábeas corpus en general, es un proceso constitucional al que tiene derecho cualquier persona para solicitar la salvaguarda de su libertad personal y de otros derechos conexos a ésta; y el Hábeas Corpus reparador, en particular es cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida¹

13. En esa línea el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0019-2005-PI-TC ha establecido que el derecho a la libertad personal: “Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias” (FJ 11). Sin embargo, dicho derecho no es absoluto, pues una persona puede ser objeto de privación de su libertad conforme al artículo 2 inciso 24 literal “f” de la Constitución Política del Estado que señala -Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

Artículo amparado en normas supranacionales artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que prescribe: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Así mismo el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre precisa: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes pre existentes”. En consecuencia nuestra Constitución Política prevé que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; sin embargo, puede privarse de dicha libertad por mandato escrito y motivado del Juez.

Del Análisis del caso en concreto:

14. Alega la recurrente que, su conviviente, el beneficiario, ha sido detenido arbitrariamente por el demandado Javier Mejía Puma, Oficial Alférez de la Comisaría de esta ciudad, conforme a la papeleta de detención que adjunta a la presente – fojas 9-, con anuencia del señor Fiscal, quien lejos de tomar los correctivos, mantiene el estado inconstitucional la detención reputada arbitraria, materializada por el Oficial PNP antes mencionado.

15. La libertad personal, en cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad son oponibles frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, autoridad o persona que la haya efectuado. Y es que la libertad personal es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales al mismo tiempo que justifica la propia organización constitucional.

16. La Constitución establece en su artículo 2°, inciso 24, literal f, que Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales.

17. Bajo esta línea normativa el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 25°, inciso 7, que el hábeas corpus procede a fin de tutelar “El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda (...)”.

18. El Tribunal Constitucional ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que la flagrancia en la comisión de un delito presenta la concurrencia de dos requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté metiendo o que se haya cometido instantes antes; y b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos en el momento de la comisión del delito y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito, ofreciendo una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

19. En este sentido, se tiene que la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictivo respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la situación particular de la urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta su necesaria intervención policial.

20. El presente caso se trata del cuestionamiento de la detención policial del favorecido, realizado el 28 de agosto de 2018 a las 19:50 horas conforme se da cuenta de la papeleta de detención obrante a fojas 9 y que a consideración de la demandante incluso la policía no estaba habilitada para realizar tal detención, conforme a los supuestos del artículo 259° del Código Procesal Penal; posteriormente el estado inconstitucional de la detención arbitraria se ha mantenido con la anuencia del señor Fiscal demandado. Agrega que la detención se ha producido a mérito de la versión del detenido Chauca Vilcarromero, con vulneración al derecho de defensa de éste.

21. Sobre el particular, ante la demanda de hábeas corpus formulada por la ciudadana Luisa Torres Culqui, en mi condición de Juez Constitucional, me constituí a la dependencia judicial de esta ciudad, con la finalidad de verificar la alegada detención arbitraria del beneficiario; tal es así que conforme se da cuenta del acta de su propósito de fojas 18/21, nos entrevistamos con los demandados y el beneficiario con la presente acción constitucional, así como se recabó copias simples de las principales piezas en la investigación que se sigue contra Chauca Vilcarromero y Ángeles Trauco, por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la figura de robo agravado en agravio de Yeseña Calampa Mas.

22. De tales copias se tiene el acta de intervención policial 2018-IIMRP. LAM/REGPOL-AMA/DIVIPUS/CSPNP-CH, de fecha

28 de agosto de 2018, en el que se da cuenta que, el intervenido Anderson Chauca Vilcarromero, espontáneamente indicó antes los efectivos policiales Jomer Reyes Cuipal y Ediver García Gómez " (...) que la persona que había planificado los hechos en la persona de Segundo Ángeles conocido como "SHEGO" quien domiciliaría en una casa de dos pisos frente al terminal terrestre y además maneja un taxi de color blanco, vehículo con el cual los trasladó por la ferretería y les indicó que estaba fácil ya que no hay cámaras y que quería vengarse del dueño de la ferretería porque le había chocado su carro, además estaba fácil de robar en ese negocio (...); versión que se corrobora con lo manifestado en el acta de intervención s/n-2018 IIMRP.LAM/REGPOL.AMA/DIVOPUS-AMA/CSPNP-CH-SEINCRI, de fecha 28 de agosto de 2018, en el que además agregó que fueron trasladados en un vehículo marca KIA, modelo rio, color blanco de servicio de taxi y que entre las 16 y 17 horas recibieron una llamada del tal "SHEGO" quien les recogió en la plaza y los dejó a unos 100 metros aproximadamente del lugar de los hechos ; y si queda dudas sobre la legalidad de tales versiones, conforme lo hace saber la demandante, Chauca Vilcarromero, vuelve a reiterar en su declaración, en presencia de su abogado defensor de fecha 29 de agosto de 2018, de la participación de Ángeles Trauco, esto es de la presencia de éste en el lugar de los hechos, cuando los movilizó en el vehículo de placa de rodaje M4B-368 de servicio público taxi, indicado una y otra vez por Chauca Vilcarromero, tal es así que cuando se produjo la intervención del beneficiario, se le encontró con el vehículo mencionado y descrito por aquel, así como de las llamadas previas al asalto realizadas por Ángeles Trauco, al número de teléfono 996433764 hallado en posesión de Anderson Chauca Vilcarromero – según registro personal y declaración-, y de las huellas dactilares de éste, encontradas en el vehículo del beneficiario.

23. En suma, la detención de Segundo Eladio Ángeles Trauco, producida el día 28 de agosto de 2018 a las 19:50 horas por orden del Alférez Javier Mejía Puma de la Comisaría de Chachapoyas, goza de inmediatez personal y temporal, pues conforme se ha indicado precedentemente aquel fue la persona que antes, durante y posteriormente, al asalto los ha trasladado en el vehículo que conducía cuyas características guardan correspondencia con lo indicado por su coinvestigado y el vehículo utilizado como instrumento para perpetrar el hecho. Por otro lado, en respuesta a la beneficiaria, aun cuando ya se dijo que la detención del beneficiario goza de la inmediatez personal y temporal; en términos del artículo 259 del Código Procesal Penal, en el caso de autos le es aplicable perfectamente, por cuanto el inciso 4 del citado artículo, la Policía Nacional detiene, sin mandato judicial a quien sorprenda en flagrante delito cuando: " El agente es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos (resaltado agregado) procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sé mismos (...) que impliquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso"; a lo que debe agregarse que sobre su participación no solo se tiene la versión del Chauca Vilcarromer, sino el Informe Dactiloscópico, practicado en las muestras recogidas en el interior y exterior del vehículo de placa de rodaje M4B-368, de propiedad de Segundo Ángeles Trauco, en el que se concluye que guarda identidad dactilar del dedo medio de la mano izquierda del señor Anderson Chauca Vilcarromero.

24. Por último, es pertinente indicar que es atribución el verificar si la detención realizada se efectuó en la situación de la flagrancia que establece la Constitución, lo cual sí se evidencia del caso de autos, pues se aprecia la concurrencia de los presupuestos de la inmediatez temporal y la inmediatez personal de la flagrancia; así como hubo sustento para tal detención. Por consiguiente, corresponde que la presente demanda sea desestimada, al no haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad personal del favorecido Segundo Eladio Ángeles Trauco.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos **SE RESUELVE:**

25. Declarar **INFUNDADA** la demanda de **HÁBEAS CORPUS** interpuesta por Luisa Torres Culqui en contra del Javier Mejía Puma, Alférez PNP-Comisaría de Chachapoyas y el doctor Víctor Huamán De Fina, Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chachapoyas.

26. **NOTIFIQUESE:** A las partes procesales.

27. **ORDENAR:** Que consentida o ejecutoriada que sea la presente, se REMITA copia certificada para su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" conforme dispone la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Constitucional y **ARCHÍVESE** definitivamente los autos.-

MARCO ANTONIO REGALADO VASQUEZ
Juez

LUIS A. MENDOZA LLAMOSAS
Especialista Judicial de Juzgado
Corte Superior de Justicia de Amazonas

W-1700903-1

1° JUZG. INVEST. PREPARATORIA - F, OAF Y CEED

EXPEDIENTE : 00471-2018-0-0101-JR-PE-01
JUEZ : REGALADO VASQUEZ MARCO ANTONIO
ESPECIALISTA : LUIS ANTONIO MENDOZA LLAMOSAS
TERCERO : PROCURADURIA PÚBLICA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR RELATIVO A LA POLICIA NACIONAL DEL PERU
BENEFICIARIO : ANGELES TRAUCO, SEGUNDO ELADIO
DEMANDADO : HUAMAN DE FINA, VICTOR MEJIA PUMA, JAVIER
DEMANDANTE : TORRES CULQUI, LUISA

RESOLUCIÓN NÚMERO: CUATRO

Chachapoyas, once de setiembre del año dos mil dieciocho.

AUTOS y VISTOS: Con el estado del presente Proceso Constitucional de Hábeas Corpus; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- De la revisión de los autos, se advierte que mediante resolución número DOS de fecha veintinueve de agosto del dos mil dieciocho, se declaró **INFUNDADA**, la demanda de hábeas corpus interpuesta por **LUISA TORRES CULQUI** en contra de Javier Mejía Puma, Alférez de la PNP- Comisaría de Chachapoyas y al Doctor Víctor Huamán de Fina, Fiscal Provincial de la del Penal Corporativa de Chachapoyas.

SEGUNDO: Que, tal resolución fue notificada a las partes, conforme se da cuenta de las constancias de notificación de fojas 70 a 78, sin que hayan interpuesto recurso de apelación, dentro del plazo de ley, según lo señala el Art. 35 del Código Procesal Constitucional, que sólo es apelable la resolución que pone fin a la instancia y el plazo para apelar es de dos días;

TERCERO: En ese sentido, de la revisión de autos se advierte que las partes procesales, no han interpuesto recurso impugnativo contra la aludida resolución; en consecuencia; **SE RESUELVE:**

1. **DECLARAR CONSENTIDA:** La Resolución número dos de fecha veintinueve de agosto del dos mil dieciocho.

2. **REMITASE** copias certificadas de la Resolución número dos de fecha veintinueve de agosto de dos mil dieciocho y la presente, a la Presidencia de esta Corte Superior, a fin de que sea publicado en el Diario Oficial "El Peruano". Según lo dispone la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Constitucional.-

3. **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** el presente proceso en el modo y forma de Ley.

4. NOTIFIQUESE.

MARCO ANTONIO REGALADO VASQUEZ
Juez

LUIS A. MENDOZA LLAMOSAS
Especialista Judicial de Juzgado
Corte Superior de Justicia de Amazonas

¹ Exp. N° 2663-2003-HC/TC CONO NORTE DE LIMA ELEOBINA MABEL APONTE CHUQUIHUANCA.

W-1700903-2

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

Corte Superior de Justicia de Cajamarca
Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca

EXPEDIENTE : 01382-2016-0-0601-JR-PE-04.
DEMANDADO : EDWIN SERGIO CHACON NUÑEZ, JUEZ DEL JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA DE LA PROVINCIA DE CELENDIN.
DEMANDANTE : VICTOR MANUEL PELAEZ LOZANO.
MATERIA : HÁBEAS CORPUS.
ESP. DE CAUSAS : MARIELLA MARCELO YBAÑEZ.

RESOLUCIÓN NÚMERO: DOCE

Cajamarca, nueve de junio del Año dos mil diecisiete.-

I. AUTOS Y VISTOS:

En audiencia pública el recurso de apelación interpuesto por el demandante Víctor Manuel Peláez Lozano en contra de la resolución contenida en la resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis, emitida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, que resuelve declarar improcedente la demanda Constitucional de

Hábeas Corpus promovida en contra del juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Celendín Edwin Sergio Chacón Núñez.

II. PARTE EXPOSITIVA:

2.1. ANTECEDENTES PROCESALES:

1. Fluye de los actuados, que con fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis, Víctor Manuel Peláez Lozano, interpone demanda Constitucional de Hábeas Corpus en contra del Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Celendín, Edwin Sergio Chacón Núñez, argumentando que habría vulnerado el debido proceso, la tutela procesal efectiva, el derecho de defensa, el derecho de prueba, la debida motivación de las resoluciones judiciales y la libertad individual, al emitir la sentencia anticipada contenida en la resolución número tres de fecha doce de julio del año dos mil dieciséis que resuelve condenar al recurrente por la comisión del delito contra la Seguridad Pública en su modalidad de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, a cinco años de pena privativa de la libertad más el pago de S/. 500.00 sin permitir la consecución de la instauración del proceso inmediato que previamente se había declarado procedente.

2. Mediante resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis, el Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, resuelve declarar improcedente la demanda de Hábeas Corpus, en base al siguiente fundamento cardinal:

a. El escrito de demanda de Hábeas Corpus cuestiona una resolución judicial que no es firme, en razón de que la misma ha quedado consentida por el propio accionante al tratarse de una sentencia anticipada.

3. Con fecha veinte de marzo del año dos mil diecisiete, se recepciona el recurso impugnatorio de apelación incoado por el demandante Víctor Manuel Peláez Lozano, en contra de la resolución número uno detallada en el ítem anterior, solicitando se revoque la misma y reformándola se declare fundada la demanda de Hábeas Corpus, al no haber sido emitida con arreglo a la norma constitucional, teniendo como argumentos los siguientes:

a. El *a quo* no ha tomado en cuenta, que la resolución impugnada sí tiene la calidad de firme y en tanto con la calidad de cosa juzgada y que si bien la firmeza no permite impugnar el pronunciamiento definitivo dentro del mismo proceso, ello no significa que no pueda cuestionarse su inmutabilidad en otro proceso como el constitucional por razones de evidente vulneración a los derechos de la libertad Personal, Debido Proceso, Tutela Procesal Efectiva, derecho de defensa, de prueba, debida motivación de resoluciones judiciales.

b. El *a quo* no ha tomado en cuenta los errores *in iudicando* o *in procedendo*, *in cogitando* y en motivación aparente, insuficiente y defectuosa como resultado tanto de un proceso inmediato irregular como en una decisión anticipada también irregular al no guardarse la relación entre lo actuado y lo resuelto, incumpliendo sus atribuciones de control de la legalidad y control de la pena.

c. No se ha tomado en cuenta que pese a que se declaró procedente la incoación del proceso inmediato y ordenarse que el Ministerio Público elabore su requerimiento acusatorio en el plazo de 24 horas, se ha omitido el control de la legalidad que se traduce en la tutela efectiva y debido proceso al instaurarse el proceso de terminación anticipada llevada a cabo con una defensa defectuosa impuesta que no le informó en ningún momento de sus derechos y por el contrario contribuyó al propósito implícito de los juzgadores de condenarlo rápidamente.

d. No se ha tomado en cuenta en la instauración del proceso de terminación anticipada la existencia de la confesión sincera del recurrente lo cual habría permitido imponerle una condena más benigna.

III. PARTE CONSIDERATIVA:

3.1. PREMISAS NORMATIVAS:

4. El artículo 2° inciso 24) de la Constitución Política del Estado, prescribe que toda persona tiene derecho: "*A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. (...)*"

5. El Hábeas Corpus, en términos generales es una garantía constitucional, consagrada en el artículo 200° inciso 1) de la Constitución Política del Estado, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Así, el Hábeas corpus al igual que el resto de los procesos constitucionales tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

6. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, referido a los procesos constitucionales respecto de las resoluciones judiciales, prescribe que: "*El Hábeas*

Corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela jurisdiccional efectiva".

7. Adicionalmente, el artículo 9° del Código Procesal Constitucional establece que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

8. De otro lado, la parte *in fine* del artículo 25°, del Código Procesal Constitucional, referido a los derechos protegidos por el Hábeas Corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual; establece: "*También procede el Hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso (...)*".

3.2. FUNDAMENTOS FACTICOS:

9. Estando a los preceptos normativos mencionados, al contenido de la demanda de Hábeas Corpus, de la resolución impugnada y a los términos en los que viene planteado el recurso de apelación, corresponde analizar si los fundamentos de la impugnada son o no el resultado de un juzgamiento racional y objetivo, a través de los cuales el juzgador ha evidenciado su independencia e imparcialidad en la solución del conflicto, sin arbitrariedades, subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos. En este sentido, corresponde analizar si la impugnada se encuentra motivada mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y que permita entender el porqué de lo resuelto, comprobándose si la resolución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico, debiendo por tanto el órgano jurisdiccional haber explicado las razones de su decisión, pues esto permitirá controlar si la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y de la legalidad.

10. Como se ha indicado, la Constitución establece expresamente que el Hábeas Corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ésta. Sin embargo, no cualquier reclamo que alega la presunta afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis de fondo de la materia cuestionada por dicho proceso constitucional, pues para que esto sea así, debe examinarse previamente si los hechos denunciados revisten relevancia constitucional y, luego, si aquellos agravan el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal.

11. Para efectuar este análisis, debemos señalar que en el caso de autos se cuestiona directamente la afectación a la libertad personal en conexidad con los derechos referidos al debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa, derecho de prueba, derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y la libertad individual, presuntamente producida por el Juez de investigación Preparatoria de la Provincia de Celendín al emitir la sentencia anticipada contenida en la resolución número tres de fecha doce de julio del año dos mil dieciséis que resuelve condenar al recurrente por la comisión del delito contra la Seguridad Pública en su modalidad de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, a cinco años de pena privativa de la libertad más el pago de S/. 500.00 sin permitir la consecución de la instauración del proceso inmediato que previamente se había declarado procedente.

12. En consecuencia, se trata del denominado Hábeas Corpus "Reparador", el mismo que se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física, como consecuencia de una orden policial; "*de un mandato judicial*" en sentido lato -Juez Penal, Civil, Militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil, de una negligencia penitenciaria, cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, etc.

13. Es importante señalar en este punto, que la Constitución establece expresamente en su artículo 200°, inciso 1), que el Hábeas Corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella, implicando ello que el acto u omisión que se reputa lesivo debe redundar en una afectación negativa, concreta y directa en el derecho a la libertad individual. De otro lado, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4°, que el proceso constitucional de Hábeas Corpus, procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela jurisdiccional efectiva, por lo tanto, no procede cuando dentro del proceso penal que dio origen a la resolución que se cuestiona no se han agotado los recursos que otorga la ley para impugnarla o cuando habiendo sido apelada se encuentre pendiente de pronunciamiento judicial, tal apelación.

14. De igual modo debe precisarse que el Tribunal Constitucional ha expresado en la STC N° 04107-2004-HC/TC, que debe entenderse por resolución firme a "*(...) aquella contra*

la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia (...)". Entiéndase, el recurso impugnatorio de apelación y casación.

15. A partir de estas premisas, analizados los actuados, y en relación al presupuesto de la existencia de una resolución judicial firme, se ha podido advertir que efectivamente, mediante Sentencia anticipada contenida en la resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis (*Exp. N° 145-2016-40-060301-JPIP-CEL*), el Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Celendín resolvió aprobar el acuerdo de Terminación Anticipada formulado por el representante del Ministerio Público y el imputado Víctor Manuel Peláez Lozano, por lo que si bien es cierto, la sentencia ha quedado consentida y por ende con calidad de firme para el proceso ordinario, sin embargo, para los fines del proceso Constitucional ésta no contaría con tal calidad de firme.

16. De este modo, no se advierte de los actuados, que la sentencia recurrida¹, cumpla con la firmeza que se exige en los procesos de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales, esto es, que se haya agotado los recursos que otorga la ley para impugnar la resolución judicial que agraviaría los derechos que se reclaman, habilitando así su examen constitucional. Siendo necesario precisar que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que no se puede accionar el Hábeas Corpus cuando el propio demandante ha dejado consentir la resolución que cuestiona vía acción constitucional (*Exp. N° 3063-2005-PHC/TC, Exp. N° 00960-2012-PHC/TC, Exp. N° 07939-2013-PHC/TC, etc.*), tal como ha ocurrido en el presente caso donde la defensa del sentenciado, no interpuso el recurso de Apelación ni menos el de Casación correspondiente contra dicha sentencia. Por consiguiente, corresponde el rechazo de la demanda de autos conforme a lo establecido en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

17. Por consiguiente y conforme a lo antes expuesto, los miembros de esta Sala Penal de Apelaciones en mayoría, consideran que debe confirmarse la resolución impugnada en cuanto se declara improcedente el proceso Constitucional de Hábeas Corpus, formulada por el sentenciado Víctor Manuel Peláez Lozano, en contra del Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Celendín, *Edwin Sergio Chacón Nuñez*.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con las normas señaladas, la **SALA PENAL DE APELACIONES DE CAJAMARCA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA, RESUELVE:**

IV. RESOLUCION:

1. DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el demandante Víctor Manuel Peláez Lozano en contra de la resolución contenida en la resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis, emitida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, que resuelve declarar improcedente la demanda Constitucional de Hábeas corpus promovida en contra del juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Celendín *Edwin Sergio Chacón Nuñez*.

2. CONFIRMAR la resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis, emitida por el Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Celendín, detallada en el ítem anterior, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

3. MANDAR, que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se **ARCHIVEN** estos autos en el modo y forma de Ley, y se publique la presente sentencia en el Diario oficial, *"El peruano"*, en la forma y plazo de Ley, sin perjuicio de su publicación en el diario, *"La República"*, oficiándose dentro de las cuarenta y ocho horas a donde corresponda, conforme a lo dispuesto en la cuarta Disposición Final de la Ley N° 28237 (*Código Procesal Constitucional*).

4. DISPONER, que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se **COMUNIQUE** a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, y a la Jefatura de la ODECMA de esta corte superior de Justicia, informando sobre el sentido de la presente resolución y adjuntando copia de la presente resolución, para los fines legares correspondientes, en cumplimiento del Oficio Circular N° 020-2007 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Acuerdo de fecha diecisiete de enero de año dos mil siete, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

5. DEVOLVER la correspondiente carpeta al órgano jurisdiccional de origen, conforme a Ley.

Jueces Superiores:-

Ss.

SAENZ PASCUAL.

VERA ORTIZ.

GUTIERREZ VALDIVIEZO.

La Especialista Judicial de la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, certifica el voto singular del Magistrado Oscar Gilberto Vásquez Arana siendo el siguiente:

I. PARTE CONSIDERATIVA:

4.1. FUNDAMENTOS FACTICOS:

1. Estando al contenido de la demanda de Hábeas Corpus, de la resolución impugnada y a los términos en los que viene planteado el recurso de apelación, corresponde a este magistrado suscribiente analizar si los fundamentos de la impugnada son o no el resultado de un juzgamiento racional y objetivo, a través de las cuales, el juzgador ha evidenciado su independencia e imparcialidad en la solución del conflicto, sin arbitrariedades, subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos. En este sentido, corresponde analizar si la impugnada se encuentra motivada mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y que permita entender el porqué de lo resuelto, comprobándose si la resolución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico, debiendo por tanto el órgano jurisdiccional haber explicado las razones de su decisión, pues esto permitirá controlar si la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y de la legalidad.

2. En principio es necesario señalar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2° inciso 24) literal f) de la Constitución Política del Perú, el artículo 9° inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7° inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero no sólo es un derecho subjetivo; sino que también constituye uno de los valores esenciales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, pues se instituye como base de diversos derechos fundamentales y justifica la propia organización constitucional, pudiendo denunciarse también al trato inhumano o degradante que viene siendo víctima un detenido.

3. Dada la naturaleza del bien jurídico que protege el proceso de hábeas corpus, no requiere de firma de letrado, tasa o alguna otra formalidad, pudiendo la demanda presentarse por escrito como lo es en el caso de autos o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación o cualquier otro idóneo, en suma, para su tramitación solo se exigen requisitos mínimos imprescindibles, sin embargo, resulta importante resaltar que el derecho de índole procesal o adjetivo es el mecanismo conducente a materializar el efectivo cumplimiento de un derecho sustantivo previamente reconocido a un titular, por lo que, a tenor del artículo 9° del Código Procesal Constitucional es requisito mínimo e imprescindible para los procesos constitucionales que las diversas pruebas ofrecidas por las partes, no requieran de actuación, toda vez que estos carecen de etapa probatoria, lo cual a su vez conlleva una carga implícita para las partes que participan en el proceso constitucional, esto es, que adjunten un mínimo de medios probatorios suficientes para crear en el juzgador un criterio respecto de existencia de los hechos controvertidos.

4. Cabe señalar que el juez constitucional al recibir una demanda de hábeas corpus, tiene como primera función verificar si esta cumple con los genéricos requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° del Código Procesal Constitucional, pues solo así podrá comprobar si la relación jurídica procesal es válida y por tanto, es factible que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido.

5. Por ello, debemos de tener en cuenta que el proceso de hábeas corpus a diferencia de los procesos de amparo y de cumplimiento no tiene regulado en el Código Procesal Constitucional, causales específicas de improcedencia; sin embargo, ello no significa que el hábeas corpus como proceso no las tenga y que tales causales faculten al juez constitucional a declarar la improcedencia liminar de la demanda. Así, al proceso de hábeas corpus le resultan aplicables las causales de improcedencia prevista en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, en tanto no contradigan su finalidad de tutela de derecho a la libertad y derechos conexos a ellas y naturaleza de proceso sencillo y rápido.

6. Así las cosas, en el caso en concreto se ha podido verificar que el *a quo* decide declarar improcedente la demanda de hábeas corpus presentada por el demandante Víctor Manuel Peláez Lozano al considerar que la misma se dirige en contra de una resolución que no tiene la calidad de firme en razón de haber quedado consentida por el propio accionante al haberse sometido al proceso especial de Terminación Anticipada en el proceso seguido en su contra por la comisión del delito contra la seguridad pública en su modalidad de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, en la cual se lo condena a cinco años de pena privativa de la libertad.

7. Siendo ello así y si bien es cierto, el Segundo y Tercer párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional establece; *"El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se*

respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal".

8. Siendo necesario precisar en este punto, que si bien en el caso de autos, la resolución judicial que el recurrente cuestiona (resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis), no tendría la calidad de firme al haber quedado consentida por el mismo recurrente en el Proceso de Terminación Anticipada instaurado en su contra, implicando ello que en el presente caso no estemos ante la exigencia de procedencia para el cuestionamiento de resoluciones judiciales firmes consagrado en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional antes indicado. Sin embargo debemos indicar, que el Tribunal Constitucional² ha señalado que existen supuestos de excepción en los que no será necesaria dicha exigencia (firmeza de la resolución), tales como: a) cuando no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de la materia, b) que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso, c) que por el agotamiento de los recursos pudiera convertirse en irreparable la agresión, d) que no resuelvan los recursos en los plazos fijados para su resolución".

9. En este contexto, en el caso materia de autos nos encontraríamos ante el criterio de excepción establecido en el supuesto a), es decir: cuando no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de la materia; en el entendido que en el caso en concreto alega el recurrente. Asimismo, que se le habría impuesto una defensa pública deficiente que lejos de ejercer su defensa coadyuvó a que el recurrente sea sentenciado a una pena privativa de la libertad de cinco años con el carácter de efectiva, afectándose de ser cierto gravemente su derecho a la libertad y que no se habría tenido en cuenta su confesión sincera para la determinación de la pena.

10. De esta manera, la excepción a la regla de procedibilidad antes señalada debe ser interpretada en virtud del principio *pro homine*, que postula que los preceptos normativos deben sujetarse a una interpretación que optimice el derecho constitucional y reconozca una posición preferente a los derechos fundamentales; razón por la cual, en el presente caso debe considerarse las cuestiones de fondo planteadas por el recurrente y ordenarse que su demanda en el caso en concreto sea admitida a trámite a efectos de que el mismo *a quo* emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Por las consideraciones expuestas, analizado los hechos y las pruebas con las reglas de la sana crítica, y de conformidad con las normas antes señaladas, mi voto es porque:

1. SE DECLARE FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el demandante Víctor Manuel Peláez Lozano en contra de la resolución contenida en la resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis, emitida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, que resuelve declarar improcedente liminarmente la demanda Constitucional de Hábeas corpus promovida en contra del juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Celendín Edwin Sergio Chacón Núñez.

2. SE REVOQUE la resolución número uno de fecha quince de agosto del año dos mil dieciséis, detallada en el ítem anterior; y, **REFORMANDO** la misma, **DISPONGO** que el *a quo* **ADMITA** a trámite la demanda Constitucional de Hábeas corpus interpuesta en contra del Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Celendín y oportunamente emita la resolución respectiva conforme a ley.

3. DEVOLVER la correspondiente carpeta al órgano jurisdiccional de origen, conforme a Ley. **Notificándose** a las partes en sus respectivas casillas electrónicas que han señalado en autos.

Juez Superior: Vásquez Arana, emitiendo su voto en discordia:

VASQUEZ ARANA.

1 Sentencia de Terminación Anticipada de fecha doce de julio del año dos mil dieciséis, mediante la cual el Juez del Juzgado de investigación preparatoria de la Provincia de Celendín condena al procesado Víctor Manuel Peláez Lozano a cinco años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva, más el pago de S/.500.00 nuevos soles a favor de la parte agraviada- Estado Ministerio del Interior.
2 Exp. N° 03300-2012-PHC/ TC

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

Corte Superior de Justicia de Cajamarca
Primera Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca

EXPEDIENTE : 02217-2017-0-0601-JR-PE-04.
DEMANDANTE : SANTOS RAMÓN SAAVEDRA HERAS.
DEMANDADO : HUGO BLAS LEIVA
MATERIA : PROCESO CONSTITUCIONAL DE HABES CORPUS.
ESP. LEGAL : GRABIELA ELIZABETH RONCAL CHÁVEZ.
ESP. DE AUD. : LUIS ALBERTO GAITÁN MUÑOZ.

SENTENCIA N° 113-2018

RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE

Cajamarca, seis de junio de dos mil dieciocho.-

I. ASUNTO

El recurso de apelación interpuesto por el demandante Santos Ramón Saavedra Heras, contra la resolución número dos de fecha 18 de diciembre de 2017, por la cual se declara infundada la demanda de Hábeas corpus, interpuesta por referido demandante contra Hugo Blas Leiva (Director del establecimiento penitenciario de esta ciudad).

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 14 de diciembre de 2017, el ciudadano Santos Ramón Saavedra Heras (en adelante el impugnante), interpone demanda de Hábeas corpus, contra el ciudadano Hugo Blas Leiva (en adelante al demandado).

2. El demandante atribuye básicamente al demandado que éste en su condición de Director del establecimiento penitenciario de esta ciudad, no ha resuelto su solicitud de libertad por cumplimiento de condena con redención de la pena por trabajo y educación, presentada con fecha 09 de noviembre de 2017.

Al momento de la interposición de la demanda ha transcurrido más de un mes sin que el demandado resuelva dicha solicitud y ordene su inmediata libertad; pues realizado el cómputo de la pena (por redención) el demandado verificaría que el demandante ya cumplió su pena y que en efecto se le debe dar libertad.

En este sentido se viene vulnerando su derecho protegido en el numeral 17) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional¹, referido al derecho del recluso a no ser objeto de trato carente de razonabilidad en cuanto a la forma y condiciones de cumplimiento de la pena.

3. Con resolución número uno de fecha 14 de diciembre de 2017, el Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria esta ciudad (en adelante el *a quo*), admitió a trámite la demanda de Hábeas corpus; programando ciertas diligencias, entre ellas, notificar al demandado para sus descargos respectivos, toma de declaración del demandante, y solicitándose al demandado remita copias del expediente que ha dado origen la solicitud de cumplimiento de pena por redención a la que se ha hecho mención *ut supra*.

4. Una vez realizadas las diligencias ordenadas en el auto admisorio de la demanda, con resolución número dos de fecha 18 de diciembre de 2017, el *a quo* declaró infundada la demanda de Hábeas corpus; en base a los argumentos siguientes:

a) No existe vulneración alguna a la libertad del beneficiario, ello debido a que según la sentencia (folios 32 a 40), dicha persona cumpliría su pena el día **29 de enero del 2018**; habiendo solicitado su excarcelación dos meses y veinte días antes de dicha fecha, contraviniendo el plazo señalado en el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal-(Decreto Supremo N° 015-2003-JUS), el cual dispone que el pedido debe realizarse cuarenta y ocho horas antes de la fecha de cumplimiento de la pena.

b) A la fecha de expedición de la resolución (resolución número dos) el beneficiario se encuentra recluso **8 meses y 27 días**. Según el certificado de cómputo educativo, el beneficiario tiene **126 días** de estudio, hasta fines del mes de octubre del presente año (se deja constancia que no se indica los días laborados por trabajo debido a que no son acumulables de conformidad con el artículo 47 del Código de Ejecución Penal), toda vez que el demandante es reincidente conforme a lo dispuesto en el artículo 46-B del Código Penal³ (tiene sentencia condenatoria en el expediente N° 1819-2014-1, y en el expediente N° 839-2014-1); y de conformidad con el artículo 46° del Código de Ejecución Penal, los reincidentes redimen su pena a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o estudio. En ese sentido, al tener el demandante 126 días de estudio, divididos entre siete, se

obtiene 18 días, los mismos que sumados a los 8 meses y 27 días que tenía al momento de presentar su solicitud, se **obtendría 9 meses y 15 días**; consecuentemente, aún no se cumple la pena (10 meses 8 días) señalada en la sentencia (exp. 1819-2014-1).

5. Con fecha 28 de diciembre de 2017, el demandante interpone recurso de apelación, contra la resolución precedente que declara infundada la demanda de Hábeas corpus. Sus argumentos son:

a) A la fecha de emisión de la resolución impugnada (18 de diciembre de 2017) el impugnante habría cumplido 8 meses y 27 días, de la pena impuesta (10 meses 8 días); al 28 de diciembre de 2017, habría acumulado 10 días más de pena impuesta; es decir 9 meses 7 días.

b) No se ha computado los veinte días de estudio del mes de noviembre de 2017 y 15 del mes de diciembre del mismo año 2017, que sumados ascienden a 35 días, y divididos entre siete, se obtiene 5 días más para la redención por estudio. En consecuencia, sumados estos 5 días, más los 18 días de educación que sumó el *a quo*, más 10 días de cumplimiento de pena al momento de interponer el recurso, se obtiene que el demandante ha cumplido **10 meses 3 días** (al momento de interposición del recurso), de la pena concreta final que se le impuso (10 meses 8 días).

c) A la fecha que se expida la resolución en segunda instancia se habrá cumplido la pena impuesta (10 meses 8 días); por lo que solicita su inmediata libertad.

6. Mediante resolución número tres de fecha 04 de enero 2018, el *a quo* resuelve conceder el recurso de apelación ordenándose se eleve los autos al Superior.

7. Recibido el expediente, esta Sala con resolución número cuatro de fecha 04 de abril de 2018, procedió a señalar la audiencia de apelación de auto, para el 03 de mayo de 2018, la cual no se realizó por la razón de que no se conformó Sala (véase razón que obra a folio 88).

8. Con resolución número cinco de fecha 07 de mayo de 2018, se resolvió programar audiencia para el 30 de mayo de 2018. Sin embargo, con fecha 25 de mayo de 2018, con resolución número seis, por la razón que la asistente de comunicaciones emitió razón informado que el beneficiario del Hábeas corpus ha egresado del establecimiento penitenciario al haber cumplido su pena, se reprogramó la audiencia para el 06 de junio de 2018, la misma que se realizó sin la presencia del impugnante y su abogado defensor; no obstante, al tratarse de una demanda de Hábeas corpus, corresponde resolver; ciñéndonos a la pretensión impugnatoria y fundamentos o agravios; y en atención al principio *tantum apelatum quantum devolutum*, que se sustenta en el principio de congruencia recursal.

III. FUNDAMENTOS:

3.1. Pretensión impugnatoria

1. El recurrente pretende se revoque la recurrida y reformándola se declare fundada la demanda de Hábeas corpus.

3.2. Problema jurídico a resolver en el presente caso:

2. Atendiendo a los términos en que ha sido planteado el recurso de apelación, cabe determinar: **i)** Si se ha vulnerado o no el derecho que alega el demandante, de haber sido tratado de forma carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto a la forma en que cumple una pena; y **ii)** Si luego de presentada la demanda ha cesado o no la agresión o amenaza de violación del derecho invocado.

3.3. Premisas normativas:

3. En principio, el Hábeas Corpus, en términos generales es una garantía constitucional, consagrada en el artículo 200.1° de la Constitución Política del Perú, el cual dispone: "(...) *La acción de Hábeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.* (...)".

4. Los derechos protegidos por el Hábeas corpus, se encuentran regulados en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional (en adelante CPCnst.), que señala: "*Procede el Hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:*

1. (...)

4. *El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.* (...)".

Se precisa solo este derecho por cuanto, el demandante alega su vulneración.

5. Asimismo, el artículo 1 del CPCnst., señala que: "*Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un*

derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, (...)".

6. Por su parte el Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente⁵, en el artículo 321, señala que: "*Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando: 1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional; (...)*". Esta disposición es de aplicación para el caso, en el extremo que respalda un no pronunciamiento sobre el fondo.

Sobre la competencia del Tribunal Revisor

7. Por otro lado, respecto a la competencia del Tribunal Revisor, el inciso 1) del artículo 409° del Código Procesal Penal, prescribe: "*La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales, no advertidas por el impugnante.*"

8. Finalmente, el artículo 419° del Código Procesal Penal establece: "*1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho., 2. El examen de la Sala Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente (...)*".

3.4. Fundamentos fácticos:

9. El hecho que ha dado origen a la interposición de la demanda de Hábeas corpus, se resume en que el demandado en su condición de Director del establecimiento penitenciario de esta ciudad, no ha resuelto la solicitud de libertad por cumplimiento de condena con redención de la pena por trabajo y educación, presentada por el demandante, con fecha 09 de noviembre de 2017.

Al momento de la interposición de la demanda ha transcurrido más de un mes sin que el demandado resuelva dicha solicitud y ordene su inmediata libertad; pues realizado el cómputo de la pena (por redención) el demandado habría cumplido su pena, por tanto se le debe dar libertad, y al no producirse la misma, a criterio del demandante se ha vulnerado su derecho protegido en el numeral 17) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional⁶, referido al derecho del recluso a no ser objeto de trato carente de razonabilidad en cuanto a la forma y condiciones de cumplimiento de la pena.

10. Este hecho ha sido materia de evaluación y corroboración por el *a quo*, quien realizó las diligencias respectiva señaladas *ut supra*, llegando a verificar que en realidad lo que pretende el demandante con la demanda de Hábeas corpus es que a través de este proceso se pueda indagar si efectivamente le corresponde su libertad al efectuarse la sumatoria correspondiente entre los días que lleva recluido más los días que le corresponderían por la redención de pena efectiva por días laborados o por estudio que habría realizado⁷.

Así, el *a quo* al haber verificado la sumatoria por redención de pena de los días de estudio, ha concluido que el demandante al momento de la demanda y la emisión de la resolución de primera instancia, no cumple la pena concreta final que se le impuso; no obstante la sumatoria de pena que se le hizo por redención de pena por estudio; por lo que, no se puede disponer su libertad. Razón por la cual declaró infundada la demanda.

Precisado este aspecto, corresponde entonces analizar los argumentos del impugnante; con el objeto de resolver los problemas jurídicos propuestos. Así veamos:

Sobre la alegada vulneración de haber sido tratado el demandante de forma carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto a la forma en que cumple su pena.

11. Al respecto, de los hechos que expone el demandante, su pretensión no se encuadra dentro de un Hábeas corpus correctivo⁸, pues con este tipo de Hábeas corpus se busca un control constitucional de la restricción del ejercicio de la libertad individual, con el objeto de verificar si este se está llevando fuera de límites razonables o proporcionales; lo cual no es el caso según los hechos expuestos por el demandante; sino que los hechos se encuentran dentro de un Hábeas corpus traslativo⁹; toda vez que, según los hechos que alega el demandante la autoridad penitenciaria le está manteniendo indebidamente en libertad pues ya habría cumplido su pena por redención por estudio y no le dan libertad; por lo tanto, en aplicación del principio *iura novit curia*¹⁰, esta Sala debe aclarar que en el presente caso nos encontramos frente a un Hábeas corpus traslativo. Esta precisión no afecta el derecho de defensa del impugnante, menos del demandado, en consecuencia no se vulnera el debido proceso.

12. Aclarado este aspecto, en síntesis el impugnante alega (conforme se ha precisado en el ítem 4) que a la fecha de emisión de la resolución impugnada (18 de diciembre de 2017) habría cumplido 8 meses y 27 días de la pena impuesta (10 meses y 8 días); al 28 de diciembre de 2017¹¹ habría acumulado 10 días más de la pena impuesta; en total a la fecha de interposición del recurso habría cumplido **9 meses 7 días** de pena.

Asimismo, alega que no se ha computado los 20 días de estudio del mes de noviembre de 2017 y 15 del mes de diciembre del mismo año, que sumados ascienden a 35 días, y divididos entre siete, se obtiene 5 días más para la redención de pena por estudio. Así, sumados los 5 días, más los 18 días de educación que sumó el *a quo*, más 10 días de cumplimiento de pena al momento de interponer el recurso, asciende a 33 días. Ahora, sumando estos 33 días a los 9 meses y 7 días¹², hace un total de **10 meses 3 días**¹³. Que al momento de expedición de la resolución en segunda instancia se habrá cumplido la pena concreta final impuesta (10 meses y 8 días). Por lo que solicita su inmediata libertad.

13. Sobre el particular, se advierte que el demandante al momento de interponer la demanda de Hábeas corpus, no ha cumplido la pena concreta final impuesta en el Exp N° 1819-2014-1 (10 meses 8 días); razón por la cual, fue declarada infundada la demanda en primera instancia. Este hecho, ha sido de conocimiento del demandante; lo cual se infiere de los fundamentos de apelación cuando indica que el cumplimiento de la pena concreta final impuesta (10 meses y 8 días) se cumpliría al expedirse resolución en segunda instancia.

14. Así se advierte que el demandante tenía pleno conocimiento al momento de interponer la demanda de Hábeas corpus, e interponer recurso de apelación, que por más que se sume los días de redención de pena por educación (33 días en total, incluidos los meses de noviembre y diciembre que no los tomó en cuenta el *a quo*) no cumpliría aun la pena concreta final impuesta; sino que lo haría recién al expedirse resolución en segunda instancia.

15. Siendo así, sobre la alegada vulneración del demandante de haber sido tratado de forma carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto a la forma en que cumple su pena; no son de recibo. En cuanto a la adecuación de los hechos al tipo de hábeas corpus traslativo, se considera que la presunta vulneración del derecho a su excarcelación por haber cumplido la pena por redención por estudio, en igual sentido no es de recibo. Por estas consideraciones el recurso de apelación debe ser infundado, en consecuencia confirmada la recurrida.

Sin embargo, atendiendo a que a la fecha de realización de la audiencia de apelación de sentencia (06 de junio de 2018), el demandante ha egresado del establecimiento penitenciario por cumplimiento de pena. Y siendo que, la finalidad del demandante al momento de la interposición del Hábeas corpus, ha sido buscar su excarcelación alegando que ya cumplió su pena; corresponde a este Sala verificar el segundo problema jurídico con el objeto determinar si es posible en este caso aplicar la sustracción de la materia. En atención a ello, se procede a realizar el análisis sobre el segundo problema jurídico.

Sobre si luego de presentada la demanda ha cesado o no la agresión o amenaza de violación del derecho invocado por el demandante.

16. Sobre el particular, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 del CPCnst., los procesos constitucionales de la libertad (entre los que se encuentra el hábeas corpus), tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. De lo cual se desprende que si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión.

17. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el EXP. N° 03018-2011-PHC/TC, fundamento jurídico nueve; señala que: "(...) la procedencia del hábeas corpus se supedita a la real existencia de una afectación, o de una amenaza de afectación de la libertad individual o de algún derecho conexo a ella; por lo que si luego de presentada la demanda ha cesado la agresión o amenaza de violación del derecho invocado, no existe la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo, ya que se ha producido la sustracción de materia".

18. Aplicando dicha doctrina del Tribunal Constitucional al caso concreto consideramos que: **i)** desde la presentación de la demanda el beneficiario con la garantía de Hábeas corpus no cumplió la pena impuesta¹⁴ (10 meses y 8 días), no obstante la sumatoria de pena por redención por estudio que se le hizo; por lo que, no se constató la existencia de una vulneración al derecho que alega el demandante, razón por la cual el *a quo* declaró infundada la demanda; **ii)** el demandante-impugnante invoca en su recurso de apelación que su pena lo cumpliría recién al momento de expedirse la resolución de segunda instancia; y **iii)** tal como se ha precisado en la resolución número seis (folios

94) el demandante ha egresado del establecimiento penitenciario al haber cumplido la pena impuesta, esto es, el demandante ya estaba en libertad antes de la realización de la audiencia de apelación de auto (06 de junio de 2018).

19. En ese sentido, y siendo que la finalidad del Hábeas corpus interpuesto por el demandante ha sido buscar su libertad; esta Sala considera que no existe la necesidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo, ya que se ha producido la sustracción de materia. Máxime si en el presente caso no se ha producido en lo más mínimo un agravio al demandante por parte del demandado; que amerite un pronunciamiento sobre el fondo.

III. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con las normas antes señaladas la **PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA, POR UNANIMIDAD RESUELVE:**

1. **DECLARAR la SUSTRACCIÓN de la materia**, respecto a la demanda de Hábeas corpus, interpuesta por el demandante (agraviado) Santos Ramón Saavedra Heras, contra Hugo Blas Leiva (Director del establecimiento penitenciario de esta ciudad); y, sin pronunciamiento sobre el fondo por las consideraciones expuestas.

2. **MANDAR**, que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se **ARCHIVEN** estos autos en el modo y forma de Ley, y se publique la presente sentencia en el Diario oficial, "*El peruano*", en la forma y plazo de Ley, sin perjuicio de su publicación en el diario, "*La República*", oficiándose dentro de las cuarenta y ocho horas a donde corresponda, conforme a lo dispuesto en la cuarta Disposición Final de la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional). Asimismo, se remita copia de la presente resolución a ODECEMA.

3. **DEVOLVER** la correspondiente carpeta al órgano jurisdiccional de origen, conforme a ley.

Juez Superior: Araujo Zelada, ponente y director de debates. -
Ss.

SÁENZ PASCUAL.

BAZÁN CERDÁN.

ARAUJO ZELADA.

1 Artículo 25 inciso 17 del Código Procesal Constitucional.-

(...)

17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

(...).

2 Artículo 210.-

"Para el cumplimiento de la condena, el interno podrá acumular el tiempo de permanencia efectiva en el establecimiento Penitenciario, con el tiempo de pena redimido por el trabajo o educación. En este caso, dentro del término de cuarenta y ocho horas antes de la fecha de cumplimiento de la pena, a solicitud del interno, el director del establecimiento penitenciario organizará un expediente de libertad por cumplimiento de condena, que deberá contener los siguientes documentos:

1. Copia certificada de la sentencia con la correspondiente constancia de haber quedado consentida o ejecutoriada, 2. Certificado de no tener proceso penal pendiente de juzgamiento con mandato de detención.

3. Certificado de cómputo laboral o estudio.

4. Informe del área legal en el que se compute el tiempo redimido y el tiempo de la pena efectiva de modo que se acredite el cumplimiento total de la condena.

5 (...)

Concluida la formación del citado expediente, el Director del Establecimiento Penitenciario resolverá tal petición dentro de dos días hábiles. En caso de excarcelación, comunicará al Director Regional del Instituto Nacional Penitenciario de su jurisdicción".

3 Artículo 46-B. El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurra en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurra en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

4 Artículo 46.-

(...) Los reincidentes y habituales de cualquier delito, siempre que no se encuentren prohibida la redención, redimen la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, respectivamente.

5 De aplicación supletoria, conforme a la primera disposición final del Código Procesal Civil, que dispone que: Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

6 Artículo 25 inciso 17 del Código Procesal Constitucional.-

(...)

17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

(...).

- 7 Véase fundamento 9 de la recurrida (folios 66).
- 8 *“El objetivo de este hábeas corpus, es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, que con anterioridad a la dación del Código Procesal Constitucional estableció los alcances de este tipo de hábeas corpus en diversas sentencias, sosteniendo que “mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente”. Expediente N° 726-2002-HC/TC, Caso Rodríguez Medrano.*
- 9 Dispuesto en el artículo 25 inciso 14 del CPCnst., el cual establece: *“El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez”. Este tipo de hábeas corpus busca proteger el estado de libertad de los procesados o condenados, eventualmente afectado por la decisión de las autoridades judiciales y penitenciarias, que indebidamente extienden la detención o privación de la libertad”.*
- 10 Artículo VIII.- Juez y Derecho.
El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.
- 11 Fecha de interposición del recurso de apelación.
- 12 Que tenía al momento de interponer el recurso.
- 13 Al momento de interposición del recurso.
- 14 Lo cual ha sido de conocimiento del demandante.

W-1700913-8

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE HUAURA – sede BARRANCA

2° JUZ. DE INVES. PREP. - S. Central de Barranca

2° JUZ. DE INVES. PREP. - Sede Central de Barranca
EXPEDIENTE : 00848-2018-0-1301-JR-PE-02
JUEZ : SEGUNDO ABRAHAM DE LA CRUZ PAREDES
ESPECIALISTA : CHILCA ALVARADO ELIZABETH
BENEFICIARIOS : BENDEZU GIRALDO SAMUEL MARCELINO
NERY JUANA QUIROZ BETETA
DEMANDADOS : ROSA MARIA BETETA DE QUIROZ
ROSA MARIA QUIROZ BETETA

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO

Barranca, veintitrés de marzo del año dos mil dieciocho

I. VISTO: Dado cuenta con el proceso constitucional de Hábeas corpus interpuesto por Samuel Marcelino Bendezu Giraldo y Nery Juana Quiroz Beteta, a favor de sus menores hijas **MARIA DEL MILAGRO BENDEZU QUIROZ** y **MARIA DE JESÚS BENDEZU QUIROZ** contra Rosa María Beteta de Quiroz y Rosa María Quiroz Beteta, por impedirles devolver a sus hijas, vulnerando su derecho a estudiar, crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral, violar sus derechos a que tengan una familia, a la integridad personal, causándoles graves daños psicológicos y otros derechos fundamentales conexos, solicitando se le entregue a sus hijas y educarlos por ser sus padres biológicos.

II. ANTECEDENTES:

2.1. DEMANDA: Con fecha 12 de marzo del 2018, Samuel Marcelino Bendezu Giraldo y Nery Juana Quiroz Beteta interponen demanda Constitucional de Hábeas corpus a favor de sus menores hijas **MARIA DEL MILAGRO BENDEZU QUIROZ** y **MARIA DE JESÚS BENDEZU QUIROZ** contra Rosa María Beteta de Quiroz y Rosa María Quiroz Beteta, por no entregar a sus hijas y educarlos por ser sus padres biológicos.

- Indicando, entre otros aspectos los accionantes que en calidad de padres han estado viviendo en la calle Alfonso Ugarte No. 250 de Puerto Supe -primer piso- conjuntamente con sus hijas antes nombradas, pero resulta que doña Rosa María Beteta de Quiroz quien es abuela y, Rosa María Quiroz Beteta quien es la tía de sus hijas, les piden que en estas vacaciones se queden con ellas y, como son comerciantes y, para mantener siempre unida a la familia, no se han opuesto a que las niñas se queden por vacaciones en la casa de las empleadas ubicada en la calle Alfonso Ugarte No. 250 segundo piso Supe Puerto.

- Sin embargo, ha llegado el momento que sus hijas tiene que ir a clases, pero se dan con la ingrata sorpresa que las demandadas han comenzado a realizar una serie de problemas y se niegan a devolver a sus hijas, causándolas traumas psicológicos que les está afectando como a sus niñas, impidiéndolas que tengan contacto, como les impiden hablar, tomando conocimiento pretende trasladarlas del colegio de

Barranca a Puerto Supe, privándoles de ejercer sus derechos y obligaciones como padres biológicos; manifestando además que las mantienen ocultas y pretenden manipularlas a su antojo, volviéndolas en contra de ellos que son sus padres.

- Demandadas que siempre les han hecho problemas, pretenden quedarse con sus hijos, mantienen ocultas y esconden a sus hijas, no permitiéndolas verlas, a pesar de haberlas pedido que les permitan verlas, pero le han negado en varias oportunidades; que su pretensión no está basado en la dilucidación de temas relativos a tenencia, sino que su pedido tiene relevancia constitucional al no entregarlas a sus hijas, vulnera el derecho que crezcan en un ambiente de afecto y de seguridad moral, reconocido en la declaración de derechos del niño, al no dejarlos acercar a sus hijas constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e, incluso de integridad personal, presentando documentales, entre otros aspectos.

2.2. INVESTIGACIÓN SUMARIA DE Hábeas corpus:

2.2.1. Mediante resolución N° 01 de fecha doce de marzo del 2018, se ordenó admitir a trámite la demanda de Hábeas corpus, ordenándose se reciba la declaración indagatoria de los accionantes, de los demandados, poniéndose en conocimiento de la Presidencia de esta Corte Superior de Justicia y de la ODECMA.

2.2.2. Con fecha trece de marzo del 2018 se recepcionó la declaración Nery Juana Quiroz Beteta, fojas 18 a 20, quien manifestó que conoce a las demandadas, siendo Rosa María Beteta de Quiroz su tía biológica y madre legal, y la señora Rosa María Quiroz Beteta es su prima biológica y hermana legalmente, siendo el motivo de la demanda de hábeas corpus porque las demandadas no lo dejan ver a sus hijas.

- Que la menor María Jesús Bendezu Quiroz **no es su hija biológica, sólo es su hija legal**, debido a que en el Hospital Almenara le dio un paro cardiaco, en ese momento le **robaron sus trillizos**, en consecuencia, **el hospital entregó a la menor antes mencionada y lo reconoció junto con su esposo** y; la menor María del Milagro Bendezu Quiroz **si es su hija biológica** reconocida por su esposo; que el año 2014 sufrió un secuestro por los malditos de Barranca, banda capturada, dentro de ellos está su prima hermana Rosa María Quiroz Beteta, la que la amenazó, inclusive mandó a un fumón a ponerle cuchillo en el cuello de su hijo, y a raíz del secuestro su esposo los deja con sus familiares, por eso se quedaron con sus hijas, y cuando le reclamaron la golpearon y estuvo en ESSALUD dos meses, viviendo sus hijas con las demandadas desde el mes de noviembre del 2017, porque la señora Rosa María Beteta de Quiroz se enfermó, le pidió la suma de cuatro mil soles y encima le golpearon, a pesar de haberla auxiliado no lo quieren entregar a sus hijas.

- **Desconoce, no sabe sobre el Exp. No. 1632-2017 donde el Juzgado de Familia le entrega en forma provisional las menores** antes mencionadas a su abuela materna Rosa María Beteta de Quiroz, desconociendo además la sentencia sobre maltrato psicológico contra la menor María de Jesús Bendezu Quiroz; que sólo quiere que sus hijas estén bien y que jamás las dejará con las demandadas por ser personas que no le darían buen ejemplo.

2.2.3. De fojas 57 a 59 obra la declaración de Rosa María Beteta de Quiroz, quien manifiesta entre otros aspectos lo siguiente, que la demandante Nery Juana Quiroz Beteta es su hija y, el demandado Samuel Marcelino Bendezu Giraldo es el esposo de su hija antes nombrada y Rosa María Quiroz Beteta es su hija, las menores María de Jesús Bendezu Quiroz y María del Milagro Bendezu Quiroz son **sus nietas, viven con ella, María Jesús hace cuatro años y María del Milagro desde el año pasado**; quienes les alimenta, no sabe porque su hija Nery Juana lo ha demandado, piensa que **su hija está enferma**; recogió a sus nietas porque sus padres lo habían abandonado, desde entonces se hizo cargo de sus nietas y, recién hace poco le han dado la tenencia de las menores; recibiendo amenazas vía mensaje de texto por su celular por parte de la demandante; ha tenido problemas con el señor Samuel Marcelino Bendezu Giraldo quien le agredió, pero que no denunció por vergüenza.

- Indicando su abogado defensor que a su patrocinada la han dado la tenencia de las menores debido a que se encontraban en estado de abandono, siendo el padre de las menores el señor Miguel Bendezu Giraldo y no el demandante, entre otros aspectos.

2.2.4. A folios 60 a 61 se encuentra la declaración de Rosa María Quiroz Beteta, quien manifiesta que Rosa María Beteta de Quiroz es su madre, la demandante Nery Juana Quiroz Beteta es su hermana mayor y Samuel Bendezu Giraldo es esposo de su hermana antes nombrada y, las menores son sus sobrinas; sintiéndose apenada, su hermana **la demandante está psicológicamente mal**, no es la primera vez que hace este tipo de denuncias, cuando se va lejos les deja a las menores con ella, pero que a veces no puede atenderlas, menores que en la actualidad están con su madre, por una resolución del Juzgado de Familia que provisionalmente le han dado, en el Exp. No. 163-2017 en el mes de diciembre del 2017; que ella con su madre no han perturbado la libertad de dichas menores, por el contrario ayudan para que las menores salgan adelante, porque sus sobrinas no tiene el apoyo de sus padres; no es cierto que su persona con su madre no quieren devolver a las menores, por

el contrario **las menores no se acercan a su madre, ya que los demandantes maltratan a sus sobrinas**, que su hermana la demandante no está bien, quiere hacer creer que las niñas son de otro padre, que actualmente tienen problemas con la matrícula de sus sobrinas por una deuda de tres mil cien soles, por eso el colegio no quiere entregar las notas, por eso se encuentran como alumnas libres, entre otros aspectos.

2.2.5. A fojas 07 obra la partida de matrimonio de los demandantes Nery Juana Quiroz Beteta y Samuel Marcelino Bendezu Giraldo, así como las **partidas de nacimiento de las menores María del Milagro Bendezu Quiroz, nacida el 28.07.2004 en el distrito de Pativilca, provincia de Barranca** (fs. 08) y, de la menor María de Jesús Bendezu Quiroz, **nacida también el 28.07.2004 en el distrito de Pativilca, provincia de Barranca** (fs. 09), empero, las demandadas han presentado las partidas de nacimiento de las menores, obrante a folios 65 y 66 de autos, donde se aprecia que la menor María de Jesús Bendezu Quiroz, ha nacido el 18.07.2004 en el Hospital Guillermo Almenara Yrigoyen en el distrito la Victoria de la provincia de Lima; y la menor María del Milagro Bendezu Quiroz ha nacido el 03.06.2005, en el dicho hospital antes nombrado, apareciendo en estas dos últimas partidas como madre la demandante Nery Juana Quiroz Beteta, pero como padre no aparece el demandante Samuel Marcelino Bendezu Giraldo, sino el señor MIGUEL ALEJANDRO BENDEZU GIRALDO, firmando esta persona las partidas de nacimiento.

- Es decir, **las menores María del Milagro Bendezu Quiroz y María de Jesús Bendezu Quiroz tienen dos partidas de nacimiento, con fecha y lugar de nacimiento diferentes y con padre diferente.**

2.2.6. A fojas 68 a 88 obra copias certificadas del Exp. No. 163-2017 seguido por Rosa María Beteta de Quiroz a favor de las menores María del Milagro Bendezu Beteta y María de Jesús Bendezu Quiroz, ante el Juzgado Especializado de Familia de esta provincia, donde mediante resolución número uno de fecha 15 de diciembre del 2017 (fs. 79 a 81) se ha resuelto abrir investigación tutelar sobre peligro moral y abandono material a favor de dichas menores, **entregándose provisionalmente dichas adolescente a favor de su abuela materna doña Rosa María Beteta de Quiroz.**

- Obra el **informe social** No. 636-2017-CSJHA-PJ-Barranca, de fecha 18.12.2017 donde la asistente social Ynés Magdalena Medrano Vargas, en sus conclusiones deja constancia que **las menores muestran apego e identificación con la entrevistada (Rosa María Beteta de Quiroz) a quien consideran como figura materna debido al rechazo que sienten por su progenitora** a la cual no lo consideran como una buena madre; ambas menores indican que han encontrado el cuidado y respeto que necesitan para el desarrollo dentro del hogar de su abuela materna (fs. 82-83).

- La menor María del Milagro Bendezu Beteta, de doce años, ha brindado su referencial el 11 de enero del 2018 (fs. 84-85) manifestando que vive con su abuela Rosa María Beteta de Quiroz, su abuela se encarga de los gatos básicos, no recibe apoyo de su mamá, su papá le da plata a su mamá, pero ella se lo gasta, desde que era pequeña su papá le pasaba plata a su mamá, su padrastro, su mamá no le apoya en nada; encontrándose **viviendo con su abuela materna** desde el año pasado, anteriormente con su mamá, viviendo con su abuelita, porque su mamá no estaba con ellas, era irresponsable, llegaba altas horas, se iba temprano y llegaba en la noche, les tenía abandonada, su hermana iba de visita, las cocinaba, le decía cosas feas como peor cosa que le había pasado en la vida, por eso decidió irse con su abuelita, **desearía que lo visite su madre pero sin generar problemas, en forma pacífica**, sin decirle cosas, tomando conocimiento que su papá es su tío y se llama Miguel Alejandro Bendezu Giraldo, a quien su mamá le decía que no es su papá; y que no tiene un lugar donde se establezca, porque desde pequeña está andando de un lugar a otro, no cuenta con las condiciones de una vivienda, entre otros aspectos.

- La menor María Jesús Bendezu Quiroz, de trece años, ha brindado su referencial el 11 de enero del 2018 (fs. 86-87) indica que quien cubre sus gastos de manutención es su abuelita Rosa María Beteta de Quiroz, quien además concurre a las reuniones de su colegio, no recibe apoyo económico de su padres, su papá le dijo a su tía que le da a su mamá, **no desea vivir con su mamá porque es irresponsable**, sale cada rato, además le hace pasar vergüenza en su colegio, discute que se va a quejar; la última vez que discutieron le agarró fuertemente del brazo a ella a su hermana, el 24 de diciembre del 2017, **la insulta** le decía hija del demonio, no debiste haber nacido, eres el peor error que ha cometido en su vida; desea vivir con su abuelita porque es responsable con ella y su hermana; no desea que su madre le visite por ahora, porque debe tomar una terapia psicológica, que recapite, que cambie, y cuando la visite que no genere discordia, discusiones, entre otros aspectos.

2.2.7. Por último a fojas 114 a 116 se encuentra la declaración de Samuel Marcelino Bendezu Giraldo, quien ha manifestado que Nery Juana Quiroz Beteta es su esposa, la demandada Rosa María Quiroz Beteta es hermana de su esposa y la señora Rosa María Beteta de Quiroz es madre política de su esposa, **las dos menores son sus hijas**, siendo la razón de haber interpuesto hábeas corpus es porque **las demandadas no los**

dejan ver a sus hijas; que desde el año pasado no las ve a sus hijas debido a que fue a trabajar, y su esposa estaba mal en Essalud, ahí aprovecharon las demandadas para quitarles a sus hijas; respecto a la entrega provisional de sus hijas a su abuela materna, se han quejado, pero luego refiere que recién toma conocimiento de dicho proceso, entre otros aspectos.

III. FUNDAMENTOS

3.1. PETITORIO:

El objeto de la presente demanda constitucional de hábeas corpus es la entrega de las menores María del Milagro Bendezu Quiroz y María de Jesús Bendezu Quiroz a favor de los demandantes Samuel Marcelino Bendezu Giraldo y Nery Juana Quiroz Beteta, por parte de las demandadas Rosa María Beteta de Quiroz y Rosa María Quiroz Beteta, al afectarse el derecho de las menores de estudiar, crecer, dentro de su familia, como vulneración de su integridad personal.

3.2. PROCESO DE Hábeas corpus

3.2.1. El artículo 200°, inciso 1, de la Constitución Política del Perú, establece que la demanda de hábeas corpus "(...) *procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionalmente conexos*".

3.2.2. El último párrafo del artículo 25° del Código Procesal Constitucional, dispone: "*También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio*".

3.2.3. El objeto del proceso constitucional del Hábeas corpus es proteger la libertad individual de toda persona que se ve amenazada o vulnerada el derecho fundamental como la libertad¹ que es uno de los valores más importantes del ser humano, por ello se encuentra regulado a nivel de la norma suprema, como en nuestra Constitución en el artículo 2° inciso 24), a nivel supranacional en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.2.4. El derecho a la Libertad Personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto; el artículo 2° inciso 24) literales a) y b) de la Constitución Política del Perú establece que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido, en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y, legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado².

3.2.5. El proceso constitucional de Hábeas corpus, con el cual se busca restablecer la libertad individual vulnerada, para su procedencia, requiere el cumplimiento de presupuestos que el Código Procesal Constitucional ha establecido a fin de ser amparado, entre otros, que los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; entre otras causales que dispone el artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

3.3. DERECHO PRESUNTAMENTE VULNERADO

Según lo alegado por los accionantes, los derechos que se estarían vulnerando de sus menores hijas María del Milagro Bendezu Quiroz y María de Jesús Bendezu Quiroz, por parte de las demandadas, al no entregar a sus hijas son los derechos a estudiar, ser educados, crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral dentro de su familia biológica al ser los demandantes sus padres, como afectación de su integridad personal, causando graves daños psicológicos a dichas menores, solicitando que las demandadas entreguen a sus hijas.

3.4. SOBRE EL HABEAS CORPUS PLANTEADO

3.4.1. Conforme se ha indicado precedentemente los demandantes lo que solicitan a través del proceso constitucional de hábeas corpus es la entrega de dos menores de edad, de doce y trece años de edad, indicando que son sus hijas y que las vacaciones de este año fueron con las demandadas, pero que al solicitarlas, no lo quieren entregar afectando los derechos de sus hijas de ser educadas, estudien, crezcan dentro de un ambiente de afecto, seguridad dentro de su familia biológica, causando daños psicológicos y afectación a su integridad personal.

3.4.2. Sobre la patria potestad o, la tenencia de menores, el Tribunal Constitucional ha afirmado que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo entre personas con vínculo de sangre incide en el contenido protegido constitucional de la integridad física, psíquica y moral de la persona (artículo 2 inciso 1, de la Constitución) y se oponen a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad (artículo 4 de la Norma Fundamental). Por lo tanto, ha establecido que estas pueden ser cuestionada a través del proceso constitucional de hábeas corpus.

3.4.3. Empero, ha precisado el máximo intérprete de la norma normarum, como en el Exp. No. 0005-2011-PHC/TC, que a través del Hábeas corpus no pueden atenderse temas propios del proceso de familia, como tenencia, régimen de visitas, ni se puede pretender convertir a este proceso constitucional en un instrumento ordinario de ejecución de acuerdos o sentencias (SSTC 862-2010-PHC/TC, 400-2010-HC/TC, 2892-2010-PH/TC). Sin embargo en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos de tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso de integridad personal, entre otros. Además en el caso que se hayan agotado las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria, puede acudirse a la justicia constitucional (STC No. 02892-2010-PHC/TC, STC No. 01817-2009-PHC/TC), dejando claro que se trata de supuestos excepcionales que se presentan por manifiesta vulneración de derechos reconocidos en los artículos 1 y 2, inciso 1 de la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 8, y en la Declaración de los Derechos del Niño, principio 6, entre otros, todo ello sólo en virtud de dilucidar si el emplazado ha atentado contra los derechos del favorecido, no procediendo acudir la hábeas corpus para dilucidar temas de familia, ni utilizar este proceso como un mecanismo ordinario de ejecución, pues de lo contrario, dicho asunto evidentemente no compete al juez constitucional sino al juez ordinario¹.

3.4.4. Entonces, veamos si en el caso demandado, existen esas circunstancias excepciones de afectación al derecho a la familia de dos menores de edad, y con ello afectación al derecho de crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral e incluso de integridad personal de estar con sus padres, los demandantes o, se han agotado las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria, para que a través de esta vía constitucional se protejan los derechos de las menores antes mencionadas; o se desestime la demanda porque los hechos y el peticitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal con incidencia en el derecho de familia, integridad personal de dichas menores.

3.4.5. Los demandantes han manifestado que sus hijas María del Milagro Bendezu Quiroz y María de Jesús Bendezu Quiroz han estado con ellos, pero que en vacaciones las demandadas les pidieron para que se queden con ellas, pero que llegado el momento que sus hijas tienen que ir a clases, las demandadas han comenzado a realizar una serie de problemas, negándose a devolver a sus hijas, causándoles traumas psicológicos a sus hijas; empero, las demandadas, han manifestado que no es como ha manifestado los accionantes, sino que debido a que dichas menores no tienen apoyo de sus padres es que las ayudan para que salgan adelante, que la demandante Nery Juana Quiroz Beteta no está bien, tiene problemas psicológicos y, que el accionante Samuel Marcelino Bendezu Giraldo no es el padre de las menores, sino otra persona; y en el expediente número 1632-2017 en el mes de diciembre el Juzgado de Familia ha entregado provisionalmente a las menores a cuidado de la demandada Rosa María Beteta de Quiroz en calidad de abuela.

3.4.6. Según copias certificadas de dicho expediente 01632-2017-0-1301-JR-FT-01, el Juzgado de Familia, mediante resolución número uno, de fecha quince de diciembre del 2017, resolvió abrir investigación tutelar sobre peligro moral y abandono material a favor de dichas adolescentes, entregándose provisionalmente las adolescentes María Jesús Bendezu Quiroz y María del Milagro Bendezu Beteta a favor de la abuela materna doña Rosa María Beteta de Quiroz, la misma que puso en conocimiento y a disposición de la Fiscalía Civil de Familia de Barranca a las adolescentes, indicando que respecto de la menor María del Milagro su mamá la ha dejado en su vivienda, se ha retirado sin hacerse cargo de ella y, respecto de la menor María Jesús se encuentra bajo su cuidado desde hace cuatro años atrás, debido a que su progenitora los ha abandonado en casa de un señor de Paramonga, viene asumiendo los cuidados de las menores, concurriendo la demandante al colegio de sus nietas hacerle pasar vergüenza delante de sus compañeros, hecho ocurrido el 14.12.2017, que siempre amenaza con denuncias por secuestro y rapto, y que a la fecha no sabe dónde se encuentra la progenitora. A lo que dichas menores en sus declaraciones ratifican que quieren vivir con su abuelita la demandada, no quieren ver a su madre, que está mal, que tome terapias psicológicas y, que si les visita pero sin generar problemas, enterándose que su verdadero padre es Miguel Alejandro Bendezu Giraldo, verificándose las muestras de apego e identificación de las menores con dicha demandada, su abuela, según informe social de fojas ochenta y dos.

3.4.7. Vemos, entonces, que no es como han manifestado los demandantes de que dichas menores fueron a pasar vacaciones con las demandadas y que éstas no quieren entregarles, sino como indican las adolescentes que no tienen apoyo de sus padres, desean vivir con su abuela, que la demandante Nery Juana Quiroz Beteta tendría problemas psicológicos y, que el demandante Samuel Marcelino Bendezu Giraldo no sería su padre; por lo que no existe afectación al derecho de familia, al derecho de vivir en un ambiente de seguridad moral, material, menos afectación al derecho a la integridad de dichas adolescentes, porque lo que los hechos y el peticitorio al no estar referido en forma directa al contenido constitucional del derecho a la libertad personal de las beneficiarias, menos la justicia ordinaria ha sido desbordada ya que los demandantes al tener conocimiento del proceso 01632-2017 tiene la facultad de ejercitar las acciones legales que crean conveniente, por

lo que debe declararse improcedente la demanda conforme lo dispone el artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el fundamento c. del numeral 16 Exp. Exp. 06218-2007-HC/TC, ya que la pretensión demandada de entrega de las menores a los demandantes no busca proteger el contenido constitucional de la libertad personal de las beneficiarias, menos el derecho de familia, desestimándose la demanda.

3.4.8. Por último, no podemos dejar por alto, lo manifestado tanto por los accionantes, las demandadas, como las propias menores, respecto al padre de dichas adolescentes, ya que los accionantes Nery Juana Quiroz Beteta y Samuel Marcelino Bendezu Giraldo han indicado que son los padres de las menores María del Milagro Bendezu Quiroz y María de Jesús Bendezu Quiroz; por su parte las demandadas refieren que dicha persona no es el padre de las menores sino el padre es el señor Miguel Alejandro Bendezu Giraldo, y las adolescentes indican que se han enterado que su padre es su tío el señor Miguel Alejandro Bendezu Giraldo.

3.4.9. Existiendo dos partidas de nacimiento que tienen cada una de las adolescentes, así a fojas cinco y seis obra las partidas de nacimiento original donde se aprecia que ambas menores han nacido en el distrito de Pativilca, ambas han nacido el 28 de julio del 2004, siendo la madre Nery Juana Quiroz Beteta y el padre **Samuel Marcelino Bendezu Giraldo, ambos padres han declarado y firmado el acta de nacimiento** ante el Registro Civil del distrito de Pativilca.

Pero, también a fojas 65 y 66 obra el acta de nacimiento de dichas menores, donde se aprecia que la menor María Jesús Bendezu Quiroz ha nacido en el distrito de la Victoria, provincia de Lima, en el Hospital Guillermo Almenara Irigoyen el 18.07.2004; y la menor María del Milagro Bendezu Quiroz también ha nacido en el distrito de la Victoria de la provincia de Lima, en el Hospital Guillermo Almenara Irigoyen, pero ésta ha nacido el 03.06.2005, consignándose como madre en ambas partidas a la señora Nery Juana Quiroz Beteta y, como padre a **Miguel Alejandro Bendezu Giraldo, ambos padres declaran y firman las actas de nacimiento** ante el Registro Civil de Lima .

3.4.10. Entonces, cabe las siguientes preguntas: quién es el verdadero padre de dichas menores; nacieron dichas menores el mismo día el 28.07.2004, o nacieron en fechas y lugares diferentes; tiene legitimidad el demandante Samuel Marcelino Bendezu Giraldo para reclamar entrega de dichas menores o, acaso se ha falsificado partidas de nacimiento, se ha alterado la filiación y si está afectando el derecho de identidad y a vivir con su verdadera familia a las menores beneficiarias, por lo que debe remitirse las partidas de nacimiento originales antes indicadas al representante del Ministerio Público - Fiscalía Provincial Penal a fin de que investigue presunto delito de falsificación de documentos públicos o, alteración, supresión de filiación de dichas menores.

POR ESTAS CONSIDERACIONES:

IV. SE RESUELVE:

1. **IMPROCEDENTE** la demanda de Hábeas corpus interpuesta Samuel Marcelino Bendezu Giraldo y Nery Juana Quiroz Beteta, a favor de las menores María del Milagro Bendezu Quiroz y María de Jesús Bendezu Quiroz contra Rosa María Beteta de Quiroz y Rosa María Quiroz Beteta.

2. **REMITASE** copia certificada de la presente resolución y, las dos partidas de nacimiento originales de ambas menores a la Fiscalía Provincial Penal de esta provincia a fin de que proceda en materia al considerando 3.4.10., y actúe conforme a sus atribuciones, dejándose en autos copia de las partidas de nacimiento.

3. **ORDENO** una vez consentida que sea la presente resolución, se publique en el Diario Oficial "El Peruano" y se **archive definitivamente** la causa.

4. **NOTIFIQUESE** a las partes.

SEGUNDO ABRAHAM DE LA CRUZ PAREDES
Juez Especializado Penal del Segundo Juzgado
de la Investigación Preparatoria de Barranca
Corte Superior de Justicia de Huaura
Poder Judicial

MARTIN IVAN JIMENEZ PEREZ
Asistente de Audiencias - Unidad de Apoyo
a los Juzgados Penales de Barranca
Corte Superior de Justicia de Huaura
Poder Judicial

- 1 LIBERTAD. Capacidad autodeterminativa para ejercer y desplegar su actividad física, intelectual, moral sin restricciones que las que disponga la Constitución o las leyes (...). La libertad apunta al libre desarrollo de la personalidad en concordancia con el bien humano. GARCIA TOMA, Víctor y GARCIA YZAGUIRRE, José. "Diccionario de Derecho Constitucional". Gaceta Jurídica, p. 299.
- 2 Exp. No. 05426-2011-PHC/TC. Fundamento 2.
- 3 Exp. No. 2887-2013-PHC/TC - Lima Norte, F. J. 5

respectivo e incorporó la información correspondiente al periodo comprendido entre el 07 de febrero de 2018 y el 06 de mayo de 2018; corresponde determinar el saldo de la cuenta de Promoción, tomando como base el saldo aprobado en el trimestre anterior e incorporando la información de cálculo correspondiente al periodo comprendido entre el 07 de mayo de 2018 y el 06 de agosto de 2018;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 16° del Procedimiento de Liquidación, los factores de ajuste que se aprueben, serán aplicables a partir del primer día del trimestre siguiente a aquel en el que se efectúa la liquidación, es decir, en el presente caso, a partir del 01 de noviembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2019;

Que, se ha emitido el Informe Técnico N° 487-2018-GRT y el Informe Legal N° 486-2018-GRT, los cuales complementan la motivación de la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del artículo 3, del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, y;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM y sus modificatorias; y en lo dispuesto en el TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS y sus normas modificatorias, complementarias y conexas, y;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 033-2018.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Establecer el Saldo de la Cuenta de Promoción de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao, el cual incorpora, al monto aprobado por la Resolución N° 130-2018-OS/CD, los datos correspondientes al periodo comprendido entre el 07 de mayo de 2018 y el 06 de agosto de 2018. El mencionado saldo asciende a USD 1 310 136, cuyo cálculo se encuentra detallado en el numeral 10 del Informe Técnico N° 487-2018-GRT.

Artículo 2.- Aprobar los factores de ajuste correspondientes al Reajuste Tarifario de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao, cuyo cálculo se encuentra detallado en el numeral 11 del Informe Técnico N° 487-2018-GRT, de acuerdo a lo siguiente:

- Factor de Ajuste Asociado a la Promoción (FA1): 0,8768
- Factor de Ajuste Asociado a Cambios de Costo Medio (FA2): 1,0000
- Factor de Ajuste Tarifario (FAT): 0,9908

Artículo 3.- Aprobar el valor de la alícuota aplicable a la Tarifa Única de Distribución de gas natural desde el 01 de noviembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2019, en 6,57% de la tarifa media de cada categoría tarifaria. Los montos recaudados por la aplicación de la alícuota mencionada serán destinados a la cuenta de promociones a que se refiere el literal d) del Artículo 112a del Reglamento de Distribución.

Artículo 4.- Incorporar el Informe Técnico N° 487-2018-GRT y el Informe Legal N° 486-2018-GRT, como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 5.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con sus respectivos Informes en el siguiente enlace de la página Web de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2018.aspx>

DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN
Presidente del Consejo Directivo

1707724-1

Modifican la norma “Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final”

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 172-2018-OS/CD

Lima, 30 de octubre de 2018.

CONSIDERANDO:

Que, en el inciso h) del Artículo 22 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, se establece como función del Consejo Directivo de Osinergmin emitir directivas complementarias para la aplicación tarifaria;

Que, mediante Resolución Osinergmin N° 206-2013-OS/CD, se aprobó la norma “Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final”, vigente desde el 1 de noviembre de 2013;

Que, de conformidad con los cambios introducidos por el Decreto Legislativo N° 1221 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 018-2016-EM, al marco regulatorio vigente, así como, con los cambios en las condiciones de aplicación de la tarifa eléctrica rural para sistemas fotovoltaicos, aprobados por la Resolución Osinergmin N° 122-2018-OS/CD que fijó dicha tarifa; y la aprobación de sectores de distribución típicos para efecto de las fijaciones del Valor Agregado de Distribución de los años 2018 y 2019 efectuada mediante Resolución Directoral N° 292-2017-EM/DGE, se concluye que resulta necesario adecuar la norma “Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final” vigente en beneficio de los Usuarios y el sistema eléctrico en general;

Que, en tal sentido, los aspectos más importantes que justifican la aprobación de las adecuaciones a la norma vigente son: i) la aprobación de la Resolución Directoral N° 292-2017-EM/DGE que aprueba los sectores de distribución típicos para efecto de las fijaciones del Valor Agregado de Distribución de los años 2018 y 2019, en la cual no se establece un sector típico especial ii) la incorporación del Artículo 64-A al Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, mediante el Decreto Supremo N° 018-2016-EM, en el que se establece que las empresas de distribución eléctrica están obligadas a tomar mensualmente la lectura de los medidores que registra el consumo de energía y en base a ello emitir la factura del mes correspondiente iii) el reemplazo de la Resolución Osinergmin N° 153-2011-OS/CD por la Resolución Osinergmin N° 159-2015-OS/CD, que fijó los presupuestos y cargos mensuales de reposición y mantenimiento de la conexión eléctrica, y iv) la publicación de la Resolución Osinergmin N° 122-2018-OS/CD, que fija la tarifa eléctrica rural para sistemas fotovoltaicos, la cual estableció modificaciones en las condiciones de aplicación de la tarifa respecto a la facturación y cobranza, y respecto a la responsabilidad en los costos requeridos por cambio del rango de consumo y/o tipo de consumo;

Que, en cumplimiento del Artículo 25 del Reglamento General de Osinergmin, mediante Resolución Osinergmin N° 141-2018-OS/CD, publicada el 12 de setiembre de 2018, se dispuso la publicación del proyecto de resolución que adecua la Norma “Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final”, contribuyendo de ese modo a garantizar la transparencia y predictibilidad de las acciones que el organismo regulador adopte en el cumplimiento de sus funciones;

Que, los comentarios y sugerencias presentados al proyecto de modificación normativa publicado, han sido analizados en el Informe N° 484-2018-GRT de la División de Distribución Eléctrica e Informe N° 485-2018-GART de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas de Osinergmin. Los citados informes complementan la motivación que sustenta la presente resolución, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM; en lo dispuesto en la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 025-2007-EM y en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 033- 2018.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Modificar los numerales 3.10, 3.15, el literal b) del numeral 4.10, los numerales 20.1 y 21.1, el literal e) del numeral 23.5, el literal b) del Artículo 32 y el literal b) del Artículo 33 de la norma "Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final", aprobada mediante la Resolución N° 206-2013-OS/CD, de acuerdo al siguiente texto:

"3.10 Resolución OSINERGMIN N° 159-2015-OS-CD, que fija los valores máximos de los costos de conexión eléctrica (presupuestos y cargos mensuales de reposición y mantenimiento de la conexión eléctrica), aplicables a los usuarios finales del servicio público de electricidad."

"3.15 Resolución Directoral N° 292-2017-EM/DGE, que establece los Sectores de Distribución Típicos para efecto de las fijaciones del Valor Agregado de Distribución de los años 2018 y 2019."

"4.10 Potencia Instalada, Potencia Conectada y Potencia Contratada

(...)

b) Se entenderá por Potencia Conectada, aquella potencia activa máxima requerida por el usuario al momento de solicitar el suministro y que técnicamente soporta la conexión eléctrica; el mismo que debe adecuarse al derecho de potencia otorgado por cada tipo de conexión eléctrica establecido en la Resolución OSINERGMIN N° 159-2015-OS/CD, o la que la sustituya."

"20.1 Para el caso de los usuarios en BT, la potencia conectada debe adecuarse al derecho de potencia otorgado por cada tipo de conexión eléctrica establecido en la Resolución OSINERGMIN N° 159-2015-OS/CD, o la que la sustituya y podrá ser estimada por medio de la medición de la demanda máxima de potencia activa a través de los instrumentos adecuados o en función del siguiente procedimiento:

(...)"

"21.1 Para el caso de los usuarios en MT, la potencia conectada debe adecuarse al derecho de potencia otorgado por cada tipo de conexión eléctrica establecido en la Resolución N° 159-2015-OS/CD, o la que la sustituya y será estimada por medio de la medición de la demanda máxima a través de los instrumentos adecuados."

"23.5 Facturación del cargo por potencia activa de generación

(...)

e) Tratándose de usuarios con opción tarifaria MT3 y MT4, del Sistema Villacuri, la empresa distribuidora podrá aplicar, opcionalmente, un factor de ajuste en la facturación del cargo de potencia activa de generación, de acuerdo con lo que se indica a continuación:

(...)"

"Artículo 32.- Medición y Facturación en la opción tarifaria BT8

(...)

b) La facturación se efectuará mediante un cargo mensual de energía equivalente, correspondiente a la ubicación de zonas, al rango de consumo y tipo de suministro. La empresa distribuidora podrá efectuar la facturación y reparto del talonario de recibos o facturas en forma mensual, semestral o anual; mientras que, para todos los casos, la cobranza se efectuará de forma mensual, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución N° 122-2018-OS/CD, o la que la sustituya o modifique."

"Artículo 33.- Cambio del rango o tipo de consumo

(...)

b) En caso de cambio del rango de consumo y/o del tipo de consumo, la empresa deberá asumir los costos requeridos para la adecuación de sus instalaciones al nuevo rango y/o tipo de consumo, en los montos que establezca OSINERGMIN."

Artículo 2.- Dejar sin efecto el literal c) del numeral 4.12 de la norma "Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final", aprobada mediante la Resolución N° 206-2013-OS/CD.

Artículo 3.- Las modificaciones aprobadas en los Artículos 1 y 2 de la presente Resolución entrarán en vigencia el 1 de noviembre de 2018.

Artículo 4.- La presente Resolución y la norma deberán ser publicados en el diario oficial El Peruano y consignada, en el portal de internet de Osinergmin, <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2018.aspx>, junto con el Informe Técnico N° 484-2018-GRT y el Informe Legal N° 485-2018-GRT, que forman parte integrante de esta resolución.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA. - Aplicación de la norma "Opciones Tarifarias y Condiciones de Aplicación de las Tarifas a Usuario Final" sin considerar las modificaciones aprobadas

Excepcionalmente la Resolución Osinergmin N° 206-2013-OS/CD continuará aplicándose sin considerar las modificaciones aprobadas en la presente resolución para las empresas: Electronorte Medio S.A.; Electrocentro S.A.; Electro Sur Este S.A.A.; Electronoroeste S.A.; Electro Oriente S.A.; Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.; Electronorte S.A.; Electro Puno S.A.A.; Electro sur S.A.; Electro Ucayali S.A.; y, Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A., hasta que entre en vigencia la resolución que fije el nuevo Valor Agregado de Distribución (VAD) para el periodo 2019 – 2023 correspondiente a dichas empresas, de conformidad con la prórroga del VAD dispuesto por la Resolución Ministerial N° 530-2016-MEM/DM.

DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN
Presidente del Consejo Directivo

1707724-2

Aprueban Factor de Recargo del Fondo de Compensación Social Eléctrica aplicable a cargos tarifarios de los usuarios del servicio público de electricidad de los sistemas interconectados

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN
EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 173-2018-OS/CD

Lima, 30 de octubre de 2018