

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FRANJA ELECTORAL OTORGADA A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

(Comentario a la STC 1049/2006, Exp. N.º 0003-2006-PI/TC)*

CARLO MAGNO SALCEDO CUADROS¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO. III. SUPUESTA INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMA CUESTIONADA CON OTRAS NORMAS INFRACONSTITUCIONALES; 1. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS RECURSOS NATURALES Y EL DESTINO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO; 2. LA AFECTACIÓN A LA JERARQUÍA NORMATIVA COMO CONDICIÓN PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD; 3. LA IGUALDAD JERÁRQUICA ENTRE LAS LEYES ORGÁNICAS Y LAS LEYES ORDINARIAS. IV. CUESTIONES CONSTITUCIONALES DE FONDO; 1. EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO INDIRECTO DE LOS PARTIDOS A TRÁVES DE LA FRANJA ELECTORAL; 2. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN; 3. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN; 4. LA FRANJA ELECTORAL NO AFECTA LA PROPIEDAD PRIVADA NI LA LIBERTAD DE EMPRESA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

El objeto de estos apuntes es analizar y comentar la sentencia del Tribunal Constitucional, expedida en el Exp. N.º 0003-2006-PI/TC (STC 1049/2006), sobre proceso de inconstitucionalidad del artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, N.º 28094, norma legal que establece el derecho de los partidos a acceder gratuitamente, en los términos establecidos en la referida ley, a los medios de radiodifusión y televisión de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral².

A propósito del referido análisis, pretendemos demostrar no sólo que la referida norma legal no incurre en inconstitucionalidad alguna, sino que el régimen legal peruano sobre la franja electoral es aún bastante conservador, ya que, en la práctica, no genera ninguna obligación especial a los medios de comunicación privados, los cuales al ser contratados por el Estado para otorgar la franja electoral a favor de los partidos políticos, no están necesariamente cumpliendo la función social que les es atribuida por la Constitución, sino, simplemente, están haciendo un negocio más, por el cual son adecuadamente retribuidos.

En tal sentido, consideramos que incluso en el supuesto que por mandato legal se obligue a los medios de comunicación privados a otorgar gratuitamente la franja electoral a favor de los partidos, sin recibir una retribución a cambio, no se estaría incurriendo en un vicio de

* Puede consultar la STC 1049/2006, Exp. N.º 0003-2006-PI/TC, publicada a texto completo en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Año 1, N.º 9, setiembre 2006, Lima (página 213 y ss.)

1 Profesor de la Diplomatura en Gestión de Procesos Electorales de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM y de la Escuela de Ciencia Política de la misma universidad. Jefe del Área Electoral y Constitucional de la ONPE.

2 *Ley de Partidos Políticos, Ley N.º 28094*

«Artículo 37º.- Franja electoral

Desde los treinta días hasta los dos días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito, de acuerdo a lo establecido en esta ley, a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral.

El Estado compensa a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético.

El Estado pone a disposición de los partidos su infraestructura de radio y televisión para la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral.»

inconstitucionalidad, sino más bien, se estaría siendo coherente con las disposiciones constitucionales que establecen la función social de los medios de comunicación y el dominio soberano que el Estado mantiene sobre los recursos naturales, dentro de los que se incluye al espectro radioeléctrico.

II. El caso

El 16 de enero de 2006, más de 5000 ciudadanos, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones³, interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el referido artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, en el extremo en que dispone que desde los 30 hasta los 2 días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de radiodifusión de propiedad privada y pública en una franja electoral, para cuyo efecto el Estado compensará a los medios de comunicación privados a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético. Según los demandantes, la norma cuestionada contraviene los artículos 2, (incisos 4 y 16), 23, 35, 59 y 70 de la Constitución, por las siguientes consideraciones:

– El artículo 35 de la Constitución sólo reconoce el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación social de propiedad del Estado, pero no a los de propiedad privada.

– El acceso gratuito de los partidos a los medios de comunicación de propiedad privada afecta el derecho de propiedad y la libertad de empresa de las entidades de radiodifusión, impidiendo la continuación de sus actividades empresariales, pues incide sobre la única fuente de ingresos que tienen: la publicidad (lo que vulnera el derecho de propiedad consagrado por los artículos 2, inciso 16, y 70 de la Constitución, y el derecho a la libertad de empresa consagrado por el artículo 59); y atenta contra los trabajadores de las referidas empresas y sus familias, desconociendo el derecho a recibir una retribución por el servicio que se presta, consagrado por el artículo 23 de la Constitución.

– Asimismo, genera negativas consecuencias para el ejercicio de la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, consagradas en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución.

– La Ley de Telecomunicaciones (Decreto Legislativo N.º 702, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 013-93-TCC) y la Ley de Radio y Televisión, N.º 28278, establecen el destino de los ingresos por el pago del canon por el uso del espectro electromagnético, por lo que la norma impugnada no puede dar un destino distinto a esa recaudación.

– Vulnera el artículo 194 de la Ley Orgánica de Elecciones, N.º 26859, que establece que la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) adquiere de acuerdo a la tarifa correspondiente al horario, los espacios que serán puestos a disposición de las organizaciones políticas. Esta norma, al ser de ley orgánica, tiene mayor jerarquía que la impugnada, lo que genera que esta incurra en inconstitucionalidad por la forma.

³ En realidad, aunque el artículo 203, inciso 5, de la Constitución establece que la demanda de inconstitucionalidad puede ser interpuesta por cinco mil ciudadanos *con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones*, dicho organismo electoral, en los hechos, no comprueba las firmas de los ciudadanos, sino el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, vía una suerte de tercerización de tal función.

– Es un despropósito pretender que con el ingreso recaudado por el cobro del canon se cubran los costos del espacio destinado a la franja electoral, por cuanto aquella suma es muy inferior.

El Congreso de la República contestó la demanda solicitando que se declare infundada, por las siguientes consideraciones:

– La norma cuestionada no afecta el artículo 35 de la Constitución, por cuanto no obliga a los medios de comunicación privados a difundir publicidad de los partidos políticos de forma gratuita. Estos medios son compensados, de un lado, con la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico y, de otro, con los abonos en efectivo que realice el Estado a través de la ONPE, como se infiere de la Ley N.º 28679, que asigna S/. 20'000,000 (veinte millones de soles) a la ONPE para que contrate con los medios de comunicación privados.

– La franja electoral permite a los partidos políticos presentar sus propuestas y ejercer la participación política; atenúa las desigualdades presupuestarias existentes entre estos, de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución; y permite impartir educación cívica a la ciudadanía al explicar la importancia del derecho al sufragio, la forma de ejercerlo correctamente, y poder informarse y generarse una opinión pública libre y responsable; siendo que, según el artículo 14 de la Constitución, los medios de comunicación social públicos y privados deben contribuir con tales objetivos.

– La labor de comunicación social exige la explotación del espectro radioeléctrico, que es un recurso natural de dominio público y patrimonio de la Nación, correspondiéndole al Estado regular su explotación, de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución. El espectro radioeléctrico debe ser aprovechado y regulado por el Estado en armonía con el interés nacional y el bien común de la sociedad que resulta beneficiada con la difusión de la franja electoral, y no en base al interés de lucro de los medios de comunicación privados.

– En el desarrollo de una economía social de mercado y conforme al contenido social de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada en el marco del Estado social y democrático de derecho, los medios de comunicación privados brindan un servicio de radiodifusión de interés público y, por tal motivo, están sometidos al cumplimiento de una serie de obligaciones —como promover el principio democrático, así como los derechos de participación política y participación ciudadana, contribuir a formar una opinión pública informada y garantizar la información necesaria y oportuna para ejercer el derecho de sufragio— y a determinadas restricciones sustentadas en dicho interés público.

– La norma impugnada no afecta la libertad de empresa, pues no se impide su creación ni su acceso al mercado, no se vulnera la libertad de organización del empresario en ninguna de sus manifestaciones, ni se afecta la libertad de dirección de la empresa.

– Asimismo, lejos de vulnerar las libertades de información, expresión y opinión, la promueve, pues la franja electoral permite ejercer el derecho a la libertad de expresión de los partidos políticos y candidatos en contienda electoral, y promueve el derecho de opinión y de información de los ciudadanos.

– La franja electoral como espacio que se contrata en una etapa del proceso electoral por el Estado no puede equipararse o compararse con la publicidad política contratada de manera particular con los partidos políticos para los cuales sí pueden los demandantes hacer sus respectivos cálculos en puro afán lucrativo.

– No existe un desvío del destino del canon, ya que lo que se dispone es que antes de que los medios de comunicación social hagan efectivo el pago del canon, el Estado extinga la

obligación de pago o la reduzca en compensación por el uso del espectro radioeléctrico. Incluso en el supuesto que la LPP haya modificado el destino de los fondos recaudados por concepto de canon por el empleo del espectro radioeléctrico, fijado por la Ley de Radio y Televisión, dicha modificación sería constitucional, ya que se trataría de una simple modificación hecha por una ley posterior. El principio que rige las relaciones entre la ley orgánica y la ley ordinaria no es el de jerarquía, sino el de competencia. De conformidad con la Constitución, el tema referido a la propaganda electoral a través de la franja electoral, no es una materia que corresponda ser regulada por ley orgánica, por tal motivo, la LPP ha derogado tácitamente en todo cuanto se le oponga o contravenga, el artículo 194 de la Ley Orgánica de Elecciones.

El Tribunal Constitucional, sobre la base de las consideraciones que serán reseñadas y comentadas seguidamente, declaró infundada la demanda.

III. Supuesta incompatibilidad de la norma cuestionada con otras normas infraconstitucionales

Antes del análisis sobre las cuestiones constitucionales de fondo planteadas en el proceso de inconstitucionalidad bajo comentario, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la presunta incompatibilidad del artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos con las disposiciones contenidas en normas legales: la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Radio y Televisión y la Ley Orgánica de Elecciones.

En lo que se refiere a la Ley de Telecomunicaciones y la Ley de Radio y Televisión, los demandantes consideran que sus disposiciones establecen los fines a los que deben ser destinados los montos recaudados por el cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico, motivo por el cual artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, cuya entrada en vigencia es posterior, no puede modificarlos, puesto que —según estos— tiene menor jerarquía que aquellas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional considera necesario determinar si la norma cuestionada modifica los fines hacia los que se encuentra destinado el canon recaudado a los medios de comunicación social por el uso de espectro radioeléctrico, establecido por el artículo 17 del capítulo II complementario del Decreto Legislativo N.º 702⁴ y por el artículo 62 de la Ley de Radio y Televisión⁵, así como determinar si estas disposiciones tienen una jerarquía superior a la disposición impugnada.

Por otro lado, respecto a la Ley Orgánica de Elecciones, los demandantes consideran que su artículo 194 —que establece que la ONPE adquiere los espacios que serán puestos a disposi-

4 El artículo 37 del capítulo II complementario del Decreto Legislativo N.º 702, es el actual artículo 101 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N.º 013-93-TCC), que en adelante denominaremos, simplemente, Ley de Telecomunicaciones, cuyo texto es el siguiente:
Ley de Telecomunicaciones, D. Leg. N.º 702, TUO D. S. N.º 013-93-TCC

«Artículo 101.- Aplicación de los ingresos

Los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas, luego de la aplicación a los fines específicos que se considera en esta Ley, serán destinados exclusivamente al desarrollo de las telecomunicaciones, al control y monitoreo del espectro radioeléctrico y a sufragar las obligaciones contraídas con los organismos internacionales de telecomunicaciones»

5 *Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278*

«Artículo 62.- Franja electoral

El Consejo Consultivo de Radio y Televisión contará con el apoyo administrativo y logístico que le brinde el Ministerio, en lo que respecta a radiodifusión.

Para el cumplimiento de los fines que se encarga al Consejo Consultivo de Radio y Televisión, se empleará parte de los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas a que se refiere el artículo 101 de la Ley de Telecomunicaciones».

ción de las organizaciones políticas (para la franja electoral)—, es una norma de mayor jerarquía que el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, por tratarse de una ley orgánica que regula la estructura y funcionamiento de una entidad del Estado prevista en la Constitución, según el artículo 106 de la Carta magna. Consecuentemente, la norma cuestionada es inconstitucional por la forma, porque contraviene expresamente una norma contenida en una ley orgánica.

Sobre ese particular, el máximo intérprete de la Constitución considera necesario determinar si las leyes orgánicas tienen superior jerarquía que las leyes ordinarias; así como determinar si establecer el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación de radiodifusión en una franja electoral, y la reducción proporcional del canon en compensación a los medios de comunicación por el uso por parte de los partidos políticos del espectro electromagnético, son materias reservadas a la ley orgánica.

1. El régimen constitucional de los recursos naturales y el destino del canon por el uso del espectro radioeléctrico

Sobre la supuesta afectación de los fines a los que debe ser destinado el canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético, el Tribunal Constitucional considera que el referido espectro es un recurso natural de dimensiones limitadas.

Al ser un recurso natural, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación, lo que implica que su explotación en ningún caso puede ser separada del interés nacional y el bien común, por constituir una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Entonces, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto, quedando proscrita su explotación con fines exclusivamente individualistas.

En tal sentido, el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, por lo que es bajo su *ius imperium* y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce, correspondiéndole a este su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del Derecho. Los recursos naturales, entonces, en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, estando constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por la ley.

Desarrollando la norma constitucional citada, el artículo 20 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N.º 26821, establece que todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.

En tal sentido, el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones, ha establecido que la utilización del espectro radioeléctrico dará lugar al pago de un canon que deberán satisfacer los titulares de estaciones radioeléctricas emisoras y también las meramente receptoras que precisen de reserva radioeléctrica. Asimismo, el artículo 101 de dicha ley, establece determinadas finalidades a las que debe ir destinada el referido canon: el desarrollo de las telecomunicaciones, el control y monitoreo del espectro radioeléctrico, y coadyuvar en el cumplimiento de las obligaciones asumidas con los organismos internacionales de telecomunicaciones. Por su parte, el artículo 62 de la Ley de Radio y Televisión dispone que parte de los ingresos recaudados por concepto de canon se dirijan a colaborar con las funciones del Consejo Consultivo de Radio y Televisión.

Como se mencionó, a criterio de los demandantes, el destino del referido canon ha sido alterado por la norma impugnada, por lo que incurriría en un vicio de inconstitucionalidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que es erróneo afirmar que el destino del canon haya sido modificado por el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, ya que esta norma no modifica el destino del cobro del canon, sino que establece que dicho monto sea reducido proporcionalmente en compensación a los medios de comunicación por el uso del espectro electromagnético por parte de los partidos políticos a través de la franja electoral. Variar el destino del canon supondría efectuar su cobro y dirigirlo a propósitos distintos a los previamente establecidos. Sin embargo, en este caso, dicha variación no existe, pues el único objeto que persigue la disposición impugnada es que los medios de comunicación privados paguen un monto menor por concepto de canon, en compensación por el uso por parte de los partidos políticos de la denominada franja electoral.

Sin embargo, sobre la posición del Tribunal Constitucional en este punto específico, debemos manifestar nuestra discrepancia. Consideramos que la norma cuya inconstitucionalidad pretenden los demandantes, de ser efectivamente implementada, sí modificaría el destino del cobro del canon.

Es pertinente señalar que, tal como mencionan los demandantes en los fundamentos de su demanda, «es un despropósito pretender que con el ingreso recaudado por el cobro del canon se cubran los costos del espacio destinado a la franja electoral, por cuanto aquella suma es muy inferior.» En efecto, el monto anual total que el Estado recauda por concepto del referido canon es, aproximadamente, S/. 1'500,000 (un millón y medio de soles), lo que incluye la recaudación correspondiente a todos los medios de comunicación radial y televisiva del país, monto que resulta irrisorio en relación con el costo efectivo de la franja electoral⁶.

De hecho, en la práctica, la referida compensación no se hizo efectiva. Por ejemplo, en las últimas Elecciones Generales, el Estado pagó directamente a los medios de comunicación para que emitan la franja electoral, para lo cual el Congreso de la República, a través de la Ley N.º 28679 (Ley que autoriza a la ONPE la realización de la franja electoral para las Elecciones Generales del año 2006), autorizó al organismo administrativo electoral a que destine, con cargo a su presupuesto institucional, la suma de S/. 20'000,000 (veinte millones de soles) para que contrate la franja electoral con los medios de comunicación de propiedad privada y del Estado. La referida ley autorizó el uso de dicho monto, sin perjuicio de la compensación prevista por el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos. No obstante, como hemos señalado, esta compensación no llegó a ser efectiva.

Teniendo en cuenta lo señalado, si el Estado ha previsto cobrar determinado monto por concepto del referido canon, y en virtud de la aplicación de la norma cuestionada deja de cobrarlo o cobra un monto menor, en esencia, habría ocurrido la modificación total o parcial del destino del cobro del canon, ya que todo o una parte importante del referido monto, en lugar de destinarse a las finalidades señaladas por la Ley de Telecomunicaciones y la Ley de Radio y Televisión, se habría destinado a compensar a los medios de comunicación por la emisión de la franja electoral.

Entonces, variar el destino del canon no sólo supone efectuar su cobro y dirigirlo a propósitos distintos a los previamente establecidos, como considera el Tribunal, sino también supone dejar de cobrarlo para compensar otra obligación.

6 Cabe precisar que del millón y medio de soles recaudado anualmente por el Estado por concepto del canon, sólo podría utilizarse para una compensación la parte correspondiente a los medios de comunicación con los que efectivamente se contrata la franja electoral.

No obstante lo manifestado, consideramos que no existe problema constitucional alguno por el hecho que la Ley de Partidos Políticos haya modificado lo dispuesto por las leyes Telecomunicaciones y de Radio y Televisión, sobre el destino del cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico, por los mismos argumentos señalados por el Tribunal Constitucional respecto a que en este caso no se ha producido afectación de la jerarquía normativa, conforme se reseña seguidamente.

2. La afectación a la jerarquía normativa como condición para declarar la inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional se pone en el supuesto que el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos hubiese modificado el destino del canon. En ese supuesto —que a nuestro juicio sí ha ocurrido—, el Tribunal señala que dicha alteración no daría lugar a vicio alguno de inconstitucionalidad, ya que la misma no incurre en una infracción directa (incompatibilidad directa con la Constitución) o indirecta (incompatibilidad con una norma de rango legal a la que la Constitución ha conferido una determinada delimitación) de una norma de superior jerarquía: la Constitución.

En tal sentido, el Tribunal considera que es totalmente incorrecto lo señalado por los demandantes respecto que los artículos 101 de la Ley de Telecomunicaciones y 62 de la Ley de Radio y Televisión, tienen una jerarquía superior al artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos.

Tal como señala el Tribunal, todas esas normas tienen el mismo rango, esto es, rango de ley, de conformidad con el artículo 200, inciso 4 de la Constitución. Por ende, al existir incompatibilidad entre sus contenidos normativos, la misma no debe ser resuelta en virtud del principio de jerarquía, sino apelando a los distintos modos de solución de antinomias entre disposiciones de igual rango: principios de plazo de validez, posterioridad, especificidad, favorabilidad, envío, subsidiariedad, complementariedad, suplementariedad, ultractividad expresa y competencia excluyente.

3. La igualdad jerárquica entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias

Según los demandantes, las leyes orgánicas serían jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias, lo cual se derivaría del artículo 106 de la Constitución⁷.

Al respecto, el Tribunal Constitucional reitera su posición de que el artículo 106 de la Constitución no establece una relación de jerarquía entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, sino, simplemente, de competencia material. Por tanto, cada vez que una ley ordinaria colisiona con una ley orgánica, no se genera un problema de inconstitucionalidad. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria infrinja directamente el mencionado artículo de la Constitución, al regular una materia reservada a ley orgánica, sin haber sido aprobada con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, mayoría exigida por tal artículo.

Asimismo, la inexistencia de una relación jerárquica entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, surge del artículo 51 de la Constitución, que consagra el principio de jerarquía

⁷ *Constitución Política del Perú*
«Artículo 106.-

Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso».

normativa y supremacía normativa de la Constitución, y que sitúa a la ley (sin distinción) en el segundo rango del sistema normativo nacional, después de la Constitución; del artículo 200 inciso 4 de la Constitución que establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas; y del artículo 102 inciso 1, en cuanto dispone que es atribución del Congreso de la República dictar las leyes. Por tanto, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes orgánicas, las cuales tienen la misma jerarquía jurídica.

Siendo así, el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos sólo podría resultar inconstitucional en el supuesto que se hubiese ocupado de una materia reservada a una ley orgánica. En tal caso, la eventual inconstitucionalidad no derivaría de su incompatibilidad con alguna ley orgánica (infracción indirecta de la Constitución), sino con el artículo de la Constitución que hubiese reservado la materia a ley orgánica (infracción directa de la Constitución).

Ahora, el que una norma establezca el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de radiodifusión, de propiedad privada y del Estado, en una franja electoral, y la reducción proporcional del canon en compensación a los medios de comunicación por el uso del espectro electromagnético, como resulta evidente, no se encuentra entre las materias que han sido expresamente reservadas a la ley orgánica por la Constitución.

De otro lado, considera el Tribunal, el hecho de que la Ley Orgánica de Elecciones haya recibido el *nomen iuris* de «Orgánica», no significa que todas y cada una de sus disposiciones adopten ese carácter, puesto que habiendo sido aprobada con más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, sólo aquellas que se ocupen de una materia reservada a ley orgánica, adoptarán este carácter; no siendo ese el caso de su artículo 194, dado que dicho artículo, al igual que la norma cuestionada, se ocupa de regular la franja electoral, materia propia de la ley ordinaria.

Por tanto, el Tribunal concluye —conclusión con la cual coincidimos— que no tiene sustento alegar que la disposición cuestionada ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad al ocuparse de una materia reservada a ley orgánica por la Constitución; y menos aún puede sostenerse que su supuesto vicio de invalidez constitucional reside en ser incompatible con el mandato del artículo 194 de la Ley Orgánica de Elecciones, que versa sobre materia ordinaria.

En consecuencia, las eventuales antinomias entre estos preceptos no pueden ser resueltas apelando al principio de jerarquía, sino a los distintos modos de solución de antinomias entre disposiciones de igual rango, conforme ya ha sido señalado.

IV. Cuestiones constitucionales de fondo

Respecto a las cuestiones constitucionales de fondo, el Tribunal Constitucional considera necesario determinar si la disposición impugnada vulnera el artículo 35 de la Constitución en cuanto dispone que los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación de propiedad del Estado, para cuyo efecto considera indispensable determinar la función que los partidos políticos cumplen en un Estado social y democrático de derecho, en el marco de un pluralismo democrático ejercido en condiciones de igualdad, así como la función social de los medios de comunicación.

Asimismo, el Tribunal considera necesario determinar si la disposición cuestionada vulnera los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información, a la propiedad y a la libertad de empresa.

1. El financiamiento público indirecto de los partidos a través de la franja electoral

Partiendo de la calificación realizada a la República peruana como democrática por el

artículo 43 de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que el principio democrático, además de fundamentar el Estado social y democrático de derecho, articula las relaciones entre los ciudadanos, las organizaciones partidarias, las entidades privadas en las que subyace el interés público y las entidades públicas.

En tal sentido, el principio democrático se materializa mediante la participación directa de la persona como titular de un conjunto de derechos: derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.; así como en su participación asociada, a través de las organizaciones políticas reconocidas por el artículo 35 de la Constitución, las cuales están orientadas a canalizar el pluralismo político y concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, siendo instituciones fundamentales para la participación política y base del sistema democrático.

Al respecto, el Tribunal Constitucional destaca al valor del pluralismo como inherente y consubstancial al Estado social y democrático de derecho; entendiéndose que el Estado Constitucional surge y se explica como el resultado de una opción libre y plural de varias posibilidades. Asimismo, considera que los partidos políticos representan el tránsito de una concepción individualista a una idea comunitaria y social de la representación y, por ello, son pilar fundamental como expresión del pluralismo político y democrático organizado, teniendo por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses al interior de la sociedad se proyecte en igual grado de fragmentación al interior de las entidades estatales representativas, pues, si ello ocurre, resultaría minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los problemas del país.

Siendo esto así, el Tribunal considera como un deber constitucional del Estado, en tiempos de elecciones, la adopción de medidas razonables para que los medios de radiodifusión coadyuven a difundir las propuestas de los partidos, atendiendo a que lo esencial de la práctica política es la persuasión de los votantes en torno a unas ideas o personas específicas, y la utilización de los medios de comunicación social se constituyen en el instrumento más importante para realizar los objetivos buscados por la práctica política. Entonces, ya que las organizaciones políticas dependen tanto de la publicidad, impedir esta posibilidad es tanto como truncar la participación.

Tendiendo en cuenta lo manifestado, la franja electoral en los medios de comunicación de señal abierta deviene en un instrumento imprescindible para que el pluralismo político, expuesto en vía de un pluralismo informativo, llegue a las masas ciudadanas y permita el ejercicio de un derecho de voto informado, razonado y, por ende, responsable.

Asimismo, sirve para aminorar las desigualdades con las que los partidos políticos pueden ingresar a la campaña electoral, pues es un mecanismo que permite a todos ingresar en contacto con el electorado, concretizando el principio-derecho de igualdad reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución.

En tal medida, el Tribunal Constitucional interpreta que cuando el artículo 35 de la Constitución dispone que los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación del Estado, no significa que tales partidos tengan obligación de pagar los costos de la franja electoral en los medios de radiodifusión privada, sino tan sólo que mientras en el caso de los medios de radiodifusión estatal, el Estado no tiene el deber de pagar dichos costos (ya que el Estado no tiene obligación de pagarse a sí mismo), en el caso de los privados, algún pago o compensación debe verificarse. Para los partidos políticos, sin embargo, en todos los casos (se trate de medios de radiodifusión públicos o privados), el acceso a la franja electoral debe ser gratuito.

De ahí que los demandantes han incurrido en un error de interpretación del artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, ya que una cosa es que dicho precepto disponga el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación privada y otra, muy distinta, que estos medios no vayan a recibir una compensación en razón del uso que los partidos hagan de la franja electoral.

De esta manera, el Estado, en cumplimiento del deber de promover y garantizar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, debe compensar económicamente a los medios de comunicación con la reducción del canon por el uso de la franja electoral que realicen dichos partidos, sin que a estos les irroge gasto alguno. Ahora, siendo insuficiente dicha compensación, el Estado ha dictado la Ley N.º 28679, mediante la cual se ha facultado a la ONPE a destinar S/. 20'000,000.00 (veinte millones de soles) con cargo a su presupuesto institucional para contratar la franja electoral con los medios de comunicación.

De lo hasta acá manifestado, podemos concluir que el derecho de los partidos políticos a acceder gratuitamente a los medios de radiodifusión y televisión de propiedad privada, en una franja electoral, en modo alguno afecta los intereses de los medios de comunicación privados, ya que estos son adecuadamente retribuidos por el Estado por el uso gratuito que los partidos hacen de dicha franja.

En suma, el derecho a la franja electoral les corresponde a los partidos políticos y la obligación de satisfacer ese derecho le corresponde al Estado, el cual, retribuyendo adecuadamente a los medios de comunicación, posibilita el efectivo ejercicio del derecho de los partidos.

Por ello, como bien señala el Tribunal Constitucional, la franja electoral constituye una forma de financiamiento público *indirecto* de los partidos políticos por parte del Estado, el cual se suma al financiamiento público directo reconocido por el artículo 29 de la misma Ley de Partidos Políticos⁸.

Sobre el financiamiento público directo, sin embargo, debemos manifestar que este aún no se ha hecho efectivo, toda vez que la tercera disposición transitoria de la Ley de Partidos Políticos dispone que: «La distribución de fondos públicos prevista por el artículo 29 se aplica a partir de enero del año 2007, de acuerdo a los resultados de las últimas elecciones generales para elegir al Congreso de la República y de manera progresiva, con arreglo a las previsiones presupuestarias para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.»

Siendo que la citada disposición establece que el financiamiento público directo, a favor de los partidos políticos, se otorgará de acuerdo a las posibilidades de la economía nacional, en la práctica el otorgamiento o no de del mismo queda en la potestad del Poder Ejecutivo, el cual puede determinar, según sus propias valoraciones, si la situación económica del país permitiría que el Estado cumpla con otorgar el referido financiamiento. Y eso es lo que efecti-

8 Ley de Partidos Políticos, Ley N.º 28094

«Artículo 29.- Financiamiento público directo

Sólo los partidos políticos que obtienen representación en el Congreso reciben del Estado financiamiento público directo.

Con tal fin, el Estado destinará el equivalente al 0.1% de la Unidad Impositiva Tributaria por cada voto emitido para elegir representantes al Congreso.

Dichos fondos se otorgan con cargo al Presupuesto General de la República y son recibidos por los partidos políticos para ser utilizados en actividades de formación, capacitación e investigación durante el quinquenio posterior a la mencionada elección, así como para sus gastos de funcionamiento ordinario. La transferencia de los fondos a cada partido político se realiza a razón de un quinto por año, distribuyéndose un cuarenta por ciento en forma igualitaria entre todos los partidos políticos con representación en el Congreso y un sesenta por ciento en forma proporcional a los votos obtenidos por cada partido político en la elección de representantes al Congreso».

vamente ha ocurrido, ya que el actual gobierno ha manifestado públicamente su voluntad de no otorgar el financiamiento público directo, ya que, a su juicio, existen asuntos más importantes que atender.

2. Las libertades de expresión e información

El Tribunal considera que en la posición de los demandantes subyace un desconocimiento o error de interpretación del rol de las libertades de información y de expresión, y de la función social de los medios de comunicación en el Estado social y democrático de Derecho.

Mientras que con la libertad de expresión se garantiza la *difusión* del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz.

Las libertades de la comunicación del discurso tienen una doble dimensión, ambas condicionadas recíprocamente: una individual y otra social. La primera consiste en que nadie pueda ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, libertad que no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o a escribir, sino que comprende, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. Por su parte, 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.

Dichas libertades son, pues, garantía de la difusión del pensamiento y la información, por ende, base inseparable del pluralismo democrático. Se tratan, por tanto, no sólo de derechos fundamentales, sino de garantías institucionales para la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática.

Teniendo en cuenta lo manifestado, para el Tribunal Constitucional resulta evidente que la pretensión de los demandantes ha sido hecha desde una perspectiva única y exclusivamente rentista o de lucro comercial; sin considerar que la franja electoral no puede ser concebida como si tuviera por objeto difundir ante la población un producto o servicio más de los muchos que se distribuyen en el mercado bajo las reglas de la oferta y demanda, sino que se trata de un medio para canalizar el pluralismo político, garantizar la igualdad y situar a los partidos políticos en contacto con la mayor cantidad posible de ciudadanos, en momentos en los que la necesidad de viabilizar la información política partidaria alcanza su máxima expresión, esto es en los días próximos al acto de sufragio.

En consecuencia, el Tribunal no comparte el criterio de los demandantes según el cual la franja electoral genera consecuencias negativas en la efectiva vigencia de las libertades de expresión e información. Por el contrario, considera que la franja electoral optimiza el contenido constitucionalmente protegido de dichas libertades, permitiendo que el electorado conozca, valore y divulgue las propuestas e ideas de los distintos partidos políticos y sus más representativos candidatos, en aras de fortalecer la cultura democrática de la sociedad, la institucionalidad de los partidos y la responsabilidad debida en el ejercicio del derecho de voto.

Por nuestra parte, compartimos plenamente el criterio del Tribunal Constitucional, ya que es un despropósito asumir que el derecho de los partidos políticos a tener acceso gratuito a los medios de comunicación, privados y del Estado, con el objeto de realizar parte de su campaña política, pueda generar consecuencias negativas para el ejercicio de las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, consagradas por el artículo 2, inciso 4, de la Constitución, tal como sostienen los demandantes.

3. La función social de los medios de comunicación

Sobre la función social de los medios de comunicación, el Tribunal Constitucional considera que estos cumplen un rol de vital importancia en el Estado social y democrático de Derecho, toda vez que no solo permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo inherente a una sociedad democrática, sino que, por su cada vez mayor alcance difusivo, se convierten en potencial instrumento de integración social.

En tal sentido, los medios de comunicación deben orientarse a asegurar la plena vigencia de las libertades de expresión e información, y del pluralismo democrático. De ahí que el Constituyente haya previsto no sólo que los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación (último párrafo del artículo 2 inciso 4 de la Constitución), sino también que la prensa, la radio, la televisión, los demás medios de expresión y comunicación social y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado o de los particulares.

Respecto a los monopolios comunicativos, el Tribunal señala que la captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión de la información y de la expresión, coarta la libre formación del pensamiento, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, sea consensual o disidente. La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías.

Ahora, así como existen monopolios comunicativos impuestos por gobiernos autoritarios, los medios de comunicación podrían ceder ante una suerte de monopolio «natural», producto del eventual e inadecuado ejercicio del poder que les viene asignado en las sociedades de nuestro tiempo.

El Tribunal Constitucional considera que estos peligros pueden ser evitados si los medios de comunicación privados cumplen con el deber que les asigna la Constitución: colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la sociedad (artículo 14 de la Constitución), además de las otras obligaciones propias de la función social que deben cumplir en el Estado social y democrático de Derecho y que se encuentran señalados en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Radio y Televisión: la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad; garantizar la libertad de expresión, de pensamiento y de opinión; respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural; la defensa del orden jurídico democrático y de los derechos fundamentales; garantizar la libertad de información veraz e imparcial; la protección y formación integral de los niños y adolescentes; la promoción de los valores y la identidad nacional; el respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar; y el respeto al derecho de rectificación.

En atención a lo expuesto, así como la franja electoral no puede considerarse como producto o servicio mercantil, tampoco los medios de comunicación pueden ser concebidos como comunes entidades empresariales, ya que estas tienen una responsabilidad social en el Estado social y democrático de Derecho.

Es así que los medios de comunicación tienen un deber social inherente, que le obliga a relativizar sensiblemente su ánimo de lucro (sin extinguirlo) cuando de coadyuvar con la consolidación de los valores constitucionales y democráticos se trata –entre los que se encuentra, sin duda, el pluralismo político en condiciones de igualdad–. En efecto, siendo la franja electoral un medio de efectivizar la información y participación políticas, tanto partida-

ria (a nivel activo), como ciudadana (a nivel pasivo), promueve la educación política y contribuye a crear una moral pública en compromiso con los valores democráticos. Por ello, de una adecuada interpretación del artículo 14 de la Constitución, deriva el deber de los medios de comunicación social privados y públicos de difundir la franja electoral.

En suma, teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos no atenta contra las funciones que los medios de radiodifusión privados cumplen en un Estado social y democrático de Derecho. Por el contrario, resulta plenamente compatible con ellas, optimizándolas.

Por nuestra parte, compartimos la posición del máximo intérprete de la Constitución respecto a la función social de los medios de comunicación; sin embargo, teniendo en cuenta lo señalado por el propio Tribunal en el sentido que el espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural de dimensiones limitadas, y que por ser tal en ningún caso queda excluido del dominio soberano del Estado; consideramos que en realidad el régimen legal peruano sobre la franja electoral es aún bastante conservador, ya que el derecho que le otorga a los partidos políticos (acceder gratuitamente a los medios de radiodifusión y televisivos de propiedad privada y del Estado), únicamente obliga al Estado, el cual en la práctica cubre íntegramente los costos de la franja electoral, ya que los medios de comunicación son retribuidos íntegramente, y a precio de mercado, por permitir el acceso de los partidos políticos en la franja electoral.

Es decir, en realidad los medios de comunicación privados no realizan ninguna contribución por el hecho de otorgar la franja electoral a los partidos políticos. En buena cuenta, el mecanismo consiste en que el Estado contrata publicidad electoral a favor de los partidos políticos, es decir, les otorga un financiamiento público indirecto, sin que ello irroque costo alguno para los medios de comunicación, ya que estos cobran lo mismo que le cobrarían directamente a los partidos políticos si es que estos contratasen por sí mismos los espacios de radio o televisión para sus objetivos publicitarios.

De hecho, para los medios de comunicación, el que el Estado contrate con ellos la franja electoral, lejos de constituir un perjuicio, resulta siendo beneficioso. Tan es así que los medios de comunicación compiten entre sí para que el Estado, a través de la ONPE, los tome en cuenta para celebrar los contratos respectivos. Por tanto, para los medios de comunicación, en el caso de la franja electoral, el Estado es un cliente más.

Siendo así, cuando los medios de comunicación son contratados por el Estado para otorgar la franja electoral a los partidos políticos, no están necesariamente cumpliendo la función social que les es atribuida por la Constitución, sino, simplemente, están haciendo un negocio más dentro de su rubro de actividad empresarial.

Si es cierto que en virtud a su responsabilidad social en el Estado social y democrático de derecho, los medios de comunicación privados no deben considerar a la franja electoral como un producto o servicio mercantil más, teniendo por tanto el deber de relativizar sensiblemente su ánimo de lucro (sin extinguirlo, reiteramos), cuando de coadyuvar con la consolidación de los valores constitucionales y democráticos se trata —tal como ha señalado el Tribunal Constitucional—; entonces, bien podría el Estado disponer que los medios de comunicación privados otorguen gratuitamente la franja electoral a favor de los partidos, sin recibir una retribución a cambio.

Para no ir muy lejos, en Chile, la Ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios (Ley N.º 18.700), establece que los partidos que compiten en una elección tienen el derecho de acceder a la televisión a través de una franja electoral gratuita; gratuita no sólo para los partidos, sino también para el Estado.

En efecto, la referida ley, dispone que los canales de televisión de libre recepción (lo que nosotros denominaríamos de señal abierta), deben destinar gratuitamente 30 (treinta) minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral en las siguientes elecciones: de Presidente de la República; de diputados y senadores; únicamente de diputados; y en los plebiscitos nacionales. Asimismo, la misma norma dispone que los mismos canales de televisión, deben destinar gratuitamente 40 (cuarenta) minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral, cuando se realicen elecciones conjuntas de Presidente de la República y de diputados y senadores.

Si el Estado chileno ha expedido una disposición como la reseñada, es precisamente porque en Chile se considera que los medios de comunicación tienen una función social que cumplir.

4. La franja electoral no afecta la propiedad privada ni la libertad de empresa de los medios de comunicación

Sobre la supuesta afectación de la propiedad privada mencionada por los demandantes, el Tribunal Constitucional considera que los medios de comunicación privados no ejercen propiedad alguna sobre el espectro electromagnético, sino que su derecho de propiedad se reduce al dominio ejercido sobre la infraestructura que les permite dispensar el servicio público de telecomunicación (estación de televisión o equipos técnicos, por ejemplo), la que, por lo demás, no es utilizada para difundir la franja electoral, puesto que, tal como dispone el propio artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, el Estado pone a disposición de los partidos su infraestructura de radio y televisión para la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral.

Ahora, conforme ya ha sido explicado al hacer referencia al régimen constitucional de los recursos naturales, al ser el espectro radioeléctrico un recurso natural y bien de dominio público, su uso se atribuye y se ejerce en armonía con el interés público y el bienestar de la sociedad; por lo que el Estado puede autorizar a los medios de radiodifusión su uso, pero en ningún caso transmitir el dominio que sobre él ejerce, manteniendo para sí la supervisión y un control general del espectro en aras de garantizar que sus fines en ningún caso disientan del interés público y social que le es inherente.

En tal sentido, la regulación de la franja electoral al permitir el acceso de los partidos políticos a la señal que utilizan los medios de comunicación privados, comulga con tales objetivos, por lo que el Tribunal no la considera inconstitucional, sino, más bien, asume que tiene el deber de promoverla y garantizarla.

Por otro lado, respecto a la supuesta afectación de la libertad de empresa referida por los demandantes, el Tribunal considera que la libertad de empresa, consagrada por el artículo 59 de la Constitución, debe ser ejercida con sujeción a la Constitución y la ley, siendo sus limitaciones básicas las que derivan del interés público, el bien común, la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente. Asimismo, su ejercicio debe respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

Conforme refiere el Tribunal Constitucional, los demandantes consideran que la norma cuestionada vulnera una de las dimensiones de la libertad de empresa: la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; pues consideran que las consecuencias directas de su aplicación, restringirán lo que denominan «la única fuente de ingresos» de las empresas de radiodifusión (la publicidad), impedirán la permanencia de sus actividades y, consecuentemente, su concurrencia en el mercado.

Sobre el particular, para el Tribunal, el deber social de los medios de comunicación privados en el Estado social y democrático de Derecho, no podría suponer exigir a tales empresas que restrinjan su margen de utilidades hasta el extremo de poner en riesgo su permanencia en el mercado del servicio público de radiodifusión. Sucede, sin embargo, que a la luz del análisis

de los ingresos que la publicidad comercial genera para los medios de comunicación privados, puesto en conocimiento por los propios demandantes, el Tribunal concluye que el argumento de los recurrentes no es acertado.

En tal sentido, atendiendo a los elevados ingresos que obtienen los medios de comunicación privados, considerar que una franja electoral que sólo toma entre 10 y 30 minutos durante 28 días del año, y que no se difunde todos los años, pueda situar en riesgo financiero a las empresas radiodifusoras, es un argumento que carece de sustento y que sólo podría encontrar asidero desde una perspectiva netamente utilitarista, ajena a la función social que los medios de comunicación deben cumplir en un Estado social y democrático de Derecho como el peruano. En tal sentido, el Tribunal tampoco considera que la disposición cuestionada afecte la libertad de empresa.

Respecto a las referidas consideraciones del Tribunal, debemos añadir —en el mismo sentido señalado al referirnos a la función social de los medios de comunicación— que el otorgamiento de la franja electoral gratuita a favor de los partidos políticos, no afecta el derecho de propiedad ni el de libertad de empresa de los medios de comunicación privados, bajo ningún supuesto.

No los afecta bajo el régimen actual, que en la práctica carga todos los costos de la franja electoral al Estado, ya que los medios de comunicación privados son retribuidos a precio de mercado por otorgar la franja electoral a los partidos políticos.

Asimismo, tampoco lo afectaría en el supuesto que se establezca la obligación legal de que los medios de comunicación deban otorgar la referida franja gratuitamente, tal como ocurre en Chile; ya que, en ese supuesto, la obligación de los medios de comunicación se enmarcaría dentro de la función social de los medios de comunicación y del dominio soberano que el Estado mantiene sobre los recursos naturales, incluido el espectro radioeléctrico.

V. Conclusiones

1. Los medios de comunicación de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, para poder realizar sus actividades propias requieren del espectro radioeléctrico o electromagnético, el cual es un recurso natural de dimensiones limitadas.

2. Los recursos naturales, entre ellos el espectro radioeléctrico, en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, estando constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por la ley. En tal sentido, la Ley de Telecomunicaciones ha establecido que la utilización del espectro radioeléctrico dará lugar al pago de un canon que deberán satisfacer los titulares de estaciones radioeléctricas emisoras y también las meramente receptoras que precisen de reserva radioeléctrica.

3. La Ley de Telecomunicaciones y la Ley de Radio y Televisión establecen el destino que el Estado debe dar al monto recaudado por concepto de canon por el uso del espectro radioeléctrico. A criterio de los demandantes, el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos modifica el destino del referido canon (por lo que incurriría en vicio de inconstitucionalidad); mientras que para el Tribunal Constitucional no lo modifica, ya que variar el destino del canon supondría efectuar su cobro y dirigirlo a propósitos distintos a los previamente establecidos, lo que no ha ocurrido. Por nuestra parte, consideramos que la norma cuestionada, de ser efectivamente implementada, sí modificaría el destino del cobro del canon, ya que el Estado dejaría de cobrar o cobraría un monto menor, modificando el destino del cobro del canon, ya que todo o una parte importante del referido monto, en lugar de destinarse a las finalidades señaladas por las leyes de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión, se destinaría a compensar a los

medios de comunicación por la emisión de la franja electoral. Es decir, variar el destino del canon no sólo supone efectuar su cobro y dirigirlo a propósitos distintos a los previamente establecidos, sino también implica dejar de cobrarlo para compensar otra obligación.

4. Sin perjuicio de lo manifestado, no existe problema constitucional alguno por el hecho que la Ley de Partidos Políticos haya modificado lo dispuesto por las leyes Telecomunicaciones y de Radio y Televisión, sobre el destino del cobro del referido canon, atendiendo a que dicha alteración no daría lugar a vicio alguno de inconstitucionalidad, ya que la misma no incurre en una infracción directa (incompatibilidad directa con la Constitución) o indirecta (incompatibilidad con una norma de rango legal a la que la Constitución ha conferido una determinada delimitación) de una norma de superior jerarquía: la Constitución.

5. Todas las leyes, ordinarias y orgánicas, tienen el mismo rango, por lo que, de existir incompatibilidad entre sus contenidos normativos, la misma debe resolverse apelando a los distintos modos de solución de antinomias entre disposiciones de igual rango: principios de plazo de validez, posterioridad, especificidad, favorabilidad, envío, subsidiariedad, complementariedad, suplementariedad, ultractividad expresa y competencia excluyente.

6. Cada vez que una ley ordinaria colisiona con una ley orgánica, no se genera un problema de inconstitucionalidad. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria infrinja directamente el artículo 106 de la Constitución, al regular una materia reservada a ley orgánica, sin haber sido aprobada con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. Ese no es el caso del artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos respecto al artículo 194 de la Ley Orgánica de Elecciones, ya que la regulación de la franja electoral no es un tema que haya sido reservado a ley orgánica por la Constitución. El hecho de una *ley orgánica* reciba el *nomen iuris* de «orgánicas», no significa que todas y cada una de sus disposiciones adopten ese carácter. Sólo aquellas normas que se ocupen de una materia reservada a ley orgánica, adoptarán tal carácter.

7. La franja electoral constituye un mecanismo de financiamiento público indirecto de los partidos políticos que, a su vez, constituye un instrumento imprescindible para lograr el pluralismo político necesario en una democracia y, asimismo, sirve para aminorar las desigualdades con las que los partidos políticos pueden ingresar a la campaña electoral.

8. Según el Tribunal Constitucional, cuando el artículo 35 de la Constitución dispone que los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación del Estado, no significa que tales partidos tengan obligación de pagar los costos de la franja electoral en los medios de radiodifusión privada, sino tan sólo que mientras en el caso de los medios de radiodifusión estatal, el Estado no tiene el deber de pagar dichos costos (ya que el Estado no tiene obligación de pagarse a sí mismo), en el caso de los privados, algún pago o compensación debe verificarse. Para los partidos políticos, sin embargo, en todos los casos (se trate de medios de radiodifusión públicos o privados), el acceso a la franja electoral debe ser gratuito.

9. La franja electoral no sólo no genera consecuencias negativas en la efectiva vigencia de las libertades de expresión e información, sino que, por el contrario, optimiza el contenido constitucionalmente protegido de dichas libertades, permitiendo que el electorado conozca, valore y divulgue las propuestas e ideas de los distintos partidos políticos y sus más representativos candidatos, en aras de fortalecer la cultura democrática de la sociedad, la institucionalidad de los partidos y la responsabilidad debida en el ejercicio del derecho de voto.

10. Los medios de comunicación tienen una responsabilidad social en el Estado social y democrático de Derecho, ya que permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo inherente a una sociedad democrática, y, por su cada vez mayor

alcance difusivo, se convierten en potencial instrumento de integración social. En tal sentido, los medios de comunicación privados cumplen con el deber constitucional de colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la sociedad, además de las otras obligaciones propias de la función social que deben cumplir en el Estado social y democrático de Derecho y que se encuentran señalados en la Ley de Radio y Televisión: la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad; garantizar la libertad de expresión, de pensamiento y de opinión; respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural; la defensa del orden jurídico democrático y de los derechos fundamentales; garantizar la libertad de información veraz e imparcial; la protección y formación integral de los niños y adolescentes; la promoción de los valores y la identidad nacional; el respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar; y el respeto al derecho de rectificación.

11. Por lo señalado, los medios de comunicación deben relativizar sensiblemente (sin extinguirlo) su ánimo de lucro cuando de coadyuvar con la consolidación de los valores constitucionales y democráticos se trata, entre los que se encuentra, sin duda, el pluralismo político en condiciones de igualdad.

12. Teniendo en cuenta lo señalado por el propio Tribunal en el sentido que el espectro radioeléctrico es un recurso natural, y que por ser tal en ningún caso queda excluido del dominio soberano del Estado, así como la función social de los medios de comunicación, consideramos que el régimen legal peruano sobre la franja electoral es aún bastante conservador, ya que el derecho que le otorga a los partidos políticos (acceder gratuitamente a los medios de radiodifusión y televisivos de propiedad privada y del Estado), únicamente obliga al Estado, el cual en la práctica cubre íntegramente los costos de la franja electoral, ya que los medios de comunicación son retribuidos íntegramente, a precio de mercado, por permitir el acceso de los partidos políticos en la franja electoral. Entonces, cuando los medios de comunicación son contratados por el Estado para otorgar la franja electoral a los partidos políticos, no están necesariamente cumpliendo la función social que les es atribuida por la Constitución, sino, simplemente, están haciendo un negocio más.

13. Si es cierto que en virtud a su responsabilidad social en el Estado social y democrático de Derecho, los medios de comunicación privados no deben considerar a la franja electoral como un producto o servicio mercantil más, teniendo por tanto el deber de relativizar sensiblemente (sin extinguirlo) su ánimo de lucro, cuando de coadyuvar con la consolidación de los valores constitucionales y democráticos se trata —tal como señala el Tribunal Constitucional—; entonces, bien podría el Estado disponer que los medios de comunicación privados otorguen gratuitamente la franja electoral a favor de los partidos, sin recibir una retribución a cambio, tal como ocurre en Chile.

14. El otorgamiento de la franja electoral gratuita a favor de los partidos políticos, no afecta el derecho de propiedad ni el de libertad de empresa de los medios de comunicación privados, bajo ningún supuesto. No los afecta bajo el régimen actual, que en la práctica carga todos los costos de la franja electoral al Estado, ya que los medios de comunicación privados son retribuidos a precio de mercado por otorgar la franja electoral a los partidos políticos. Y tampoco lo afectaría en el supuesto que se establezca la obligación legal de que los medios de comunicación deban otorgar la referida franja gratuitamente, ya que, en ese supuesto, la obligación de los medios de comunicación se enmarcaría dentro de la función social de los medios de comunicación y del dominio soberano que el Estado mantiene sobre los recursos naturales, incluido el espectro radioeléctrico.