

Exp. 02-2001-AI/TC

Defensoría del Pueblo

Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los cuatro días de abril del año dos mil uno, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados: Aguirre Roca, Presidente, Rey Terry, Vicepresidente, Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez, Revoredo Marsano y García Marcelo, pronuncia la siguiente sentencia, por unanimidad, con los fundamentos del voto del Magistrado Aguirre Roca que se adjunta;

ASUNTO:

Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, encargado por Resolución Defensorial N° 66-2000/DP, contra el segundo párrafo del artículo 191° de la Ley N° 26859 –Ley Orgánica de Elecciones-, modificado por el artículo 17° de la Ley N° 27369.

ANTECEDENTES:

El Defensor del Pueblo Encargado interpone demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 191° de la Ley N° 26859, modificado por el artículo 17° de la Ley N° 27369 (en adelante LOE), por violación del artículo 2° inciso 4) de la Constitución, así como de los principios de "razonabilidad" y "proporcionalidad".

Sostiene el demandante que el segundo párrafo del artículo 191° de la LOE, que limita la difusión de proyecciones de encuestas a boca de urna, es inconstitucional, por afectar los derechos de información y expresión, ya que: a) la limitación de tales libertades se ha realizado con el propósito de preservar el orden interno, la credibilidad de la ONPE y la confiabilidad de los resultados del proceso electoral, olvidando que, si bien las libertades informativas no son ilimitadas, se debieron ponderar los diversos derechos y bienes en conflicto, y no subordinarlos todos a uno, porque ello no se condice con los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica; b) es irrazonable y desproporcionada, pues la legitimidad de una institución del sistema electoral, del proceso mismo, e incluso del orden interno, no depende exclusivamente de la prohibición de difundirse las proyecciones señaladas, sino que tiene que ver con la vocación de respeto a la Constitución y a las leyes por parte de las autoridades, así como la existencia de un marco legal: instituciones electorales justas, transparentes y legítimas; y c) asimismo, es desproporcionada porque existen otros medios para alcanzar los fines que se persiguió con su expedición.

El apoderado del Congreso de la República solicita se desestime la demanda, esencialmente, por considerar: a) que la norma impugnada se aprobó como parte del conjunto de propuestas que surgieron de la Mesa de Diálogo y Concertación para el Fortalecimiento de la Democracia en el Perú, auspiciado por la Organización de Estados Americanos; b) que ella se aprobó con el objeto de evitar distorsiones del orden público, y evitar que se produjeran los mismos sucesos que se observaron durante las últimas elecciones generales de abril del 2000, como fue la inexactitud de la información propalada, lo que generó desconfianza en las instituciones del sistema electoral; y c) la limitación impuesta a las libertades informativas no excluye ni anula su ejercicio, pues se trata de una restricción temporal, razonable y proporcional, y con el objeto de preservar fines constitucionales, tales como el normal desarrollo del proceso electoral y el mantenimiento del orden público.

FUNDAMENTOS:

1. El Tribunal considera necesaria una aclaración preliminar respecto a la tesis formulada por el apoderado del Congreso de la República, según la cual, al obedecer la restricción de la norma impugnada a una "decisión política del legislador", ésta no puede ser evaluada mediante "un juicio de constitucionalidad". Esta aseveración no puede pasar inadvertida, fundamentalmente porque el Tribunal Constitucional entiende que detrás de tal planteamiento podría existir una negación de la función trascendental que la Constitución ha confiado a este Tribunal, y que no es otra que la de ser el "órgano de control de la

constitucionalidad"; y porque admitiéndola o guardando silencio, podría entenderse que las decisiones adoptadas por el legislador bajo "criterios políticos", se encontrarían excluidas del control jurisdiccional, es decir, se estaría admitiendo, en forma genérica, la existencia de "cuestiones políticas no justiciables".

Debe recordarse que la atribución para evaluar la validez constitucional de las leyes no es una atribución que este Colegiado haya recibido del Congreso de la República, sino, precisamente, de la Constitución misma. En efecto, la condición de órgano de control de la Constitución que se ha atribuido a este Tribunal, es una competencia asignada por el Poder Constituyente, y no por ningún poder constituido. El Congreso de la República es uno más de los poderes constituidos, entre los cuales se encuentra este mismo Tribunal. Y si la Constitución le ha encargado a aquél, entre otras funciones, la función legislativa, a este Colegiado le ha encargado, entre otras, la de controlar la producción legislativa a fin de que no se transgreda el principio de supremacía constitucional.

De ahí que para este Tribunal Constitucional, la tesis según la cual existirían determinadas normas que por su naturaleza política se encuentren ajenas al control de constitucionalidad, no sea atendible en un Estado Constitucional de Derecho.

ALCANCES INTERPETATIVOS DEL ARTICULO 191º, MODIFICADO, DE LA LEY ORGANICA DE ELECCIONES

2. El Tribunal Constitucional advierte, en primer lugar, que la limitación contenida en el segundo párrafo del artículo impugnado de la LOE puede interpretarse de distintas formas, algunas de las cuales no coinciden con los expresados por el Defensor del Pueblo Encargado y por el Congreso de la República.

La norma, es sabido, una vez promulgada y publicada adquiere lo que se ha dado en llamar "vida propia". Se desliga de la intención de su creador y adquiere vigencia autónoma, ubicándose en el contexto legislativo coexistente, frente a los futuros intérpretes y a las situaciones del porvenir.

3. El artículo 191º de la Ley Orgánica de Elecciones, prescribe, *in toto*:

"La publicación o difusión de las encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones.

El día de la elección sólo se pueden difundir proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales luego de la difusión del primer conteo rápido que efectúe la ONPE o a partir de las 22:00 horas, lo que ocurra primero. En caso de incumplimiento, se sancionará al infractor con una multa entre 10 y 100 Unidades Impositivas Tributarias que fijará el Jurado Nacional de Elecciones; lo recaudado constituirá recursos propios de dicho órgano electoral".

4. La Defensoría del Pueblo ha planteado la acción de inconstitucionalidad sólo respecto al segundo párrafo del artículo 191º transcrito.

Dicha acción de inconstitucionalidad se refiere también a las llamadas "encuestas a boca de urna" y a sus proyecciones, pues la demandante interpreta que el párrafo segundo del artículo 191º prohíbe también, y principalmente, tanto las encuestas como las proyecciones basadas en el muestreo "a boca de urna", es decir, a las que tienen como base las respuestas obtenidas por empresas encuestadoras de los votantes, inmediatamente después de la emisión del voto. El Congreso de la República, de modo coincidente, considera que tales encuestas a "boca de urna" y sus proyecciones se encuentran prohibidas por el segundo párrafo del artículo 191. Así se desprende, por lo demás, de los escritos de demanda y de contestación a la demanda, y de los alegatos de los representantes de la Defensoría del Pueblo y del Congreso de la República en la Vista de la Causa.

5. Analizando el texto impugnado, el Tribunal Constitucional opina que caben, al respecto, distintas interpretaciones.

En efecto, una interpretación literal del "texto" del segundo párrafo del artículo 191° de la Ley Orgánica de Elecciones, lleva a una primera conclusión: que durante el período limitativo ÚNICAMENTE está prohibida la difusión de las PROYECCIONES de las encuestas, pero no la realización y difusión de las encuestas mismas. Esta opción interpretativa se deriva de la distinción entre "encuestas" y "proyecciones" que se realiza en el primer párrafo del artículo 191° de la LOE, en tanto que el segundo párrafo –que contiene la restricción- sólo se refiere a las proyecciones. Desde esta perspectiva, como no lo prohíbe en su texto, la norma del segundo párrafo permite las llamadas encuestas a "boca de urna" por parte de las empresas encuestadoras. También permite, - porque tampoco lo prohíbe- por parte de los medios de información, su difusión, divulgando el número de votos que obtuvo cada candidato o cada lista de candidatos. El adverbio "sólo" que utiliza la norma impugnada estaría referido únicamente a la difusión de PROYECCIONES de las encuestas.

Además, el análisis literal del texto impugnado lleva a una segunda conclusión: que no toda proyección está prohibida, sino únicamente las proyecciones basadas en el muestreo de las ACTAS ELECTORALES. En consecuencia, están permitidas todas las demás, esto es, las que no se basen en el muestreo de actas electorales. Es decir, se permiten las proyecciones de resultados basadas en cualquier otra fuente de información, y entre ellas, las proyecciones basadas en las encuestas a boca de urna, ya que éstas no consultan las actas electorales.

A una conclusión distinta, sin embargo, lleva la interpretación que da preeminencia a la intención del legislador, pues se desprende claramente de las actas de los debates de la Mesa de Diálogo de la OEA y de los escritos de la Defensoría del Pueblo en su demanda, y del Congreso de la República en su contestación, que fue intención del legislador incluir en la prohibición la difusión de los resultados numéricos de las encuestas a boca de urna y sus proyecciones, durante el período limitativo: si bien no el texto, el "espíritu" de la norma prohibiría la difusión de los resultados de este tipo de encuestas hasta las 22 horas o hasta el primer conteo rápido efectuado por la ONPE, lo que ocurra primero.

En el dispositivo, el legislador quiso referir el adverbio "sólo" únicamente a la restricción temporal, lo que significa que deseaba prohibir todos los resultados y todas las proyecciones de cualquier tipo de encuestas "sólo" hasta el primer conteo rápido que efectúe la ONPE o hasta las 22 horas.

ENCUESTAS Y PROYECCIONES A BOCA DE URNA

6. Frente a las distintas interpretaciones a que se presta el texto del segundo párrafo del artículo 191° de la Ley Orgánica de Elecciones, el Tribunal Constitucional se ve obligado a considerar el Principio de Legalidad que debe respetar toda norma, bajo pena de perder su carácter obligatorio.

Este Principio incluye entre sus elementos la obvia necesidad de que la norma exista y de que tenga certeza, pues mal se puede obligar a los ciudadanos a cumplir leyes inexistentes o indescifrables.

Más aún, cuando se restringen los derechos privilegiados de la libertad de expresión y de información, considera este Tribunal que la ley restrictiva debe expresarse con claridad y precisión especiales, lo cual supone una redacción concordante con la convicción y certeza que requiere transmitir a los ciudadanos a fin de ser cumplida por éstos.

En este sentido sentenció la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Conally vs. General Cons.* La Corte señaló que:

"Una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del Principio de Legalidad".

La Corte Norteamericana explica que una ley confusa o poco clara puede inducir a los particulares a no ejercer sus derechos a expresarse, y también se presta a interpretaciones arbitrarias por parte de autoridades o funcionarios que actúan según su propia interpretación.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional descarta, en este caso, la interpretación de la Defensoría del Pueblo y del Congreso de la República basada en la intención del legislador, pues considera que la voluntad del legislador no ha quedado plasmada en el texto del párrafo segundo del artículo 191° de la Ley Orgánica de Elecciones, y que tal interpretación violaría el Principio de Legalidad.

PROYECCIONES BASADAS EN LAS ACTAS ELECTORALES

7. Por otra parte, el dispositivo impugnado por la Defensoría del Pueblo, sí prohíbe, bajo ciertas circunstancias y condiciones, la difusión de las proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales.

Usualmente, los medios de comunicación divulgan el número de votos que en cada mesa obtuvo cada candidato y/o cada lista de candidatos, y la proyección consiguiente de esas preferencias electorales. Nótese que en su texto, la norma impugnada no prohíbe el "muestreo" de las actas por las empresas encuestadoras, ni la difusión del número de votos obtenidos por los candidatos, sino únicamente la difusión de "proyecciones", y ello durante el período restrictivo. El Tribunal Constitucional procede pues a pronunciarse sobre la constitucionalidad del texto exacto de la norma impugnada.

La Constitución peruana protege la comunicación sin trabas de la información y de pensamiento. Al prohibirse las proyecciones lo que resulta prohibido es el derecho a pensar, ya que lo que la norma prohíbe es realizar la "proyección" de los resultados, negando el derecho a interpretarlos, es decir, a traducir los resultados numéricos en proyecciones mediante una simple operación mental matemática, lo que contraría el inciso 4) del artículo 2° de la Constitución que protege el derecho a la libertad de pensamiento y a la de la información sin trabas de ninguna clase. 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.

8. Siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es necesario valorar si la limitación impuesta al derecho de expresión y de información por el segundo párrafo del artículo 191° de la LOE, cumple, además del requisito de legalidad ya analizado, con los de necesidad, legitimidad de su fin y proporcionalidad de la medida restrictiva con el fin perseguido.

¿Es necesaria la medida de retrasar la información al público, respecto a las proyecciones de las encuestas realizadas en base a las actas electorales? El Congreso de la República ha señalado tres razones que justificarían tal necesidad: la preservación del orden interno, la protección de la credibilidad de la ONPE, y la credibilidad en los resultados del proceso electoral.

En la contestación a la demanda se expresa que los resultados de las encuestadoras difieren por lo general en proporción no desdeñable del cómputo oficial; que la difusión de las proyecciones pueden generar expectativas infundadas e inestabilidad en la población, si no concuerdan con los resultados de la ONPE; que es necesario en estas elecciones extremar los cuidados, habida cuenta de lo ocurrido en las elecciones generales del año pasado, donde las encuestadoras daban por ganador a un candidato y la ONPE a otro, lo que generó desórdenes y desmanes. Es pues, principalmente, en resguardo del orden interno que se hace necesaria la medida restrictiva –sólo por unas horas- a las libertades de expresión y de información, sin que con esto se vulnere el principio de unidad de la Constitución. Agrega que debe protegerse la credibilidad y confianza de la población en la ONPE y en el propio proceso electoral.

Si bien es cierto que la defensa del orden público interno es un bien constitucional, de tal importancia que en ciertos casos sí puede constituir razón valedera para restringir el derecho a la información, ello ocurre exclusivamente, según la doctrina constitucional, cuando el peligro de desorden público es grave e inminente.

La divulgación de las proyecciones de las encuestas realizadas sobre el muestreo de las actas de las mesas, tendría entonces –para ser admitida- que influir negativa, inminente y peligrosamente en el orden interno, y, de igual manera, en la credibilidad de la ONPE y en la confianza ciudadana respecto a la legitimidad del proceso electoral. En otros términos, el impacto comunicativo de esas proyecciones en la población debe ser de tal peligrosidad que se haga necesario postergar su divulgación, por 6 u 8 horas.

9. El Tribunal ha sopesado el grado de peligrosidad que entraña la divulgación de las proyecciones de las empresas encuestadoras y ha decidido que no se trata de un peligro grave, claro ni inminente, pues si bien en las elecciones generales del año 2000 se produjeron desmanes, ello fue debido, principalmente, a la particular situación política que vivía el país en esos momentos y a la predisposición de la ciudadanía – respaldada por organismos internacionales que observaban el proceso- para sospechar un fraude electoral, más que al error de las encuestadoras en sus proyecciones respecto al ganador. La gran mayoría de la población es consciente de que los resultados de las encuestadoras no son exactos, y que deben esperar el resultado oficial, pacíficamente, como en efecto ha ocurrido en la gran mayoría de procesos electorales.

Considera el Tribunal que en el momento actual es relativa la gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos, comparados al valor de la oportunidad para pensar, expresarse e informarse, derechos éstos que tienen los ciudadanos especialmente durante los procesos electorales, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos y cuyos resultados interesan a todos ellos. No habría, pues, proporción entre el grado de peligro y el recorte al derecho de acceso a la información que tienen los ciudadanos.

El juez norteamericano Holmes, en el caso "Schenck vs. United States", propició la doctrina del peligro "claro e inmediato". Señaló que el Estado no tiene razón en "matar una mosca con cañonazos", restringiendo el derecho a la información por una lejana posibilidad de desorden público.

La dosis de peligro al orden público que entraña la difusión de las proyecciones, en verdad, no justifica la restricción a derechos tan importantes como la libertad de expresión e información. El eventual peligro de que la población se confunda y promueva el desorden, puede, por lo demás, prevenirse: bastaría exigir que las encuestadoras adviertan previamente al público que la información que divulgan no es exacta, y que puede ser distinta de los resultados oficiales.

Es cierto, por un lado, que la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. El Principio de Unidad obliga a que el ejercicio de esos derechos se armonice con el de otros derechos y bienes también fundamentales, entre ellos el orden público interno (artículo 44). Pero también es verdad que los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre. Por eso, tales derechos ocupan un lugar privilegiado en la pirámide de Principios Constitucionales. Esto, el Tribunal lo interpreta en el sentido que si se pretende una restricción a esos derechos, se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera "racionalidad" en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente. El Tribunal opina que la "necesidad" de retrasar la divulgación de las proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales no es una necesidad social, susceptible de justificar la limitación del ejercicio de los derechos privilegiados a la libre expresión y a la información. Desde este punto de vista, no es respetuosa del Principio Constitucional de Razonabilidad ni al de Proporcionalidad.

10. Además, señala el Congreso de la República que la norma, de un lado, pretende reducir la influencia que las proyecciones señaladas pueden ejercer en el ánimo y en el comportamiento de los ciudadanos, y a evitar, de otro, que la ONPE sufra presiones de las agrupaciones políticas y de los medios de comunicación.

No se comprende entonces, por qué se permite el muestreo de las actas electorales y su divulgación numérica sin proyecciones, cuando éstas no agregan nada a los datos proporcionados por el muestreo de actas, como no sea la simple aplicación, a las mismas, de elementales reglas matemáticas al alcance de cualquiera. No se comprende, tampoco, por qué la norma impugnada permite divulgar los resultados de las actas electorales y sus proyecciones a las 22:00 horas, aún en el caso que la ONPE no haya efectuado el primer conteo rápido. Los medios de difusión pueden, a esa hora, informar a los ciudadanos de quién o quiénes son los ganadores de las elecciones, y también sería posible la temida presión de los grupos políticos y de los medios de prensa sobre la ONPE. Este argumento se refuerza si, como señaló la Defensoría del Pueblo en la Vista de la Causa, la ONPE no realizará el conteo rápido en las próximas elecciones.

Lo que temió el legislador, según parece, es el *impacto comunicativo* del muestreo de las actas electorales, mejor dicho: de las consiguientes proyecciones. Pero ello no constituye un objetivo legítimo ni suficiente para prohibir su difusión, salvo que el Congreso demuestre que se trata de un peligro grave e inminente, lo cual ya se ha descartado.

Por lo demás, las otras razones que dieron origen a la ley que modificó el artículo 191° de la Ley Orgánica Electoral no subsisten hoy día, por lo que no deben ser utilizados para justificar la norma.

11. Conviene agregar otro tipo de consideraciones: Si bien no se discute el propósito del Congreso de la República de proteger la credibilidad de las instituciones del sistema, entre ellas la ONPE, ello sería razonable siempre que la ONPE -o cualquier otra institución gubernamental- la mereciera. Por eso, es importante que los ciudadanos puedan estar informados a través de otras vías, no sólo para fiscalizar a la ONPE, sino también para exigir explicaciones a ella o a las empresas encuestadoras, en caso difieran en los resultados.

Por tanto, concluimos: la adopción de la medida limitadora que se ha cuestionado resulta excesiva y no tolerable en un régimen democrático, donde la libertad de informar sólo puede ser limitada en la medida de lo estrictamente debido. Las encuestas y su difusión y proyección constituyen un importante elemento para conocer lo que piensa un sector de la sociedad, y como tales, representan un medio válido para la formación de una opinión pública, a la vez de representar también un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos responsables del proceso electoral, y en esa medida, de la propia transparencia del proceso electoral.

12. Estima el Tribunal Constitucional que la norma impugnada afecta el principio de igualdad consagrado por el artículo 2° inciso 2) de la Constitución y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, de conformidad con la norma impugnada, durante el período comprendido entre las cuatro de la tarde y las diez de la noche, no es posible la proyección de encuestas, ya sea cuando éstas se basen en las actas electorales o, pudiendo interpretarse también, en las denominadas encuestas "a boca de urna". Aunque resulte obvio señalarlo, esta prohibición se circunscribe al territorio del Estado peruano, y no alcanza a las proyecciones difundidas en medios de prensa de Estados extranjeros; por lo tanto, la información de proyecciones difundidas por dichos medios podrá ser obtenida a través del "internet" o de televisión por cable; de este modo, la prohibición establecida por la norma impugnada, tendría como resultado que determinado sector de la población -el minoritario- pueda acceder a estos medios, aún privilegiados, y el otro -el mayoritario- que no pueda efectuarlo. La circunstancia que determinará que el ciudadano pueda incluirse dentro de uno u otro sector es, fundamentalmente, al margen de otros factores aleatorios, su condición o posibilidad económica y, además cultural, en el caso del acceso a internet; económica, en tanto el acceso a dichos medios (televisión por cable e internet) supone el pago de servicios cuyas tarifas no están precisamente al alcance de la capacidad económica de la totalidad de la población; cultural, porque 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. Planteado en estos términos, el problema constitucional consiste en que el acceso a la información mencionada (el derecho a la información) se ve condicionado por el acceso (o no) a determinados medios de comunicación (internet y televisión por cable), lo cual, a su vez, estará supeditado a las condiciones económicas y culturales de cada persona.

En razón de lo expuesto, el Tribunal considera que el segundo párrafo del artículo 191° de la Ley Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 17 de la Ley N° 27369, es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se derivan del principio del Estado Democrático de Derecho, y a los derechos constitucionales reconocidos en los incisos 2) y 4) del artículo 2° de la Constitución; dejando subsistente la limitación de difundir cualquier información relacionada a la votación hasta la hora del cierre de la misma.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado, y su Ley Orgánica,

FALLA:

Declarando **FUNDADA**, en parte, la demanda interpuesta por el Defensor del Pueblo Encargado y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el segundo párrafo del artículo 191° de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 17° de la Ley N° 27369, en el extremo que dispone:

"El día de las elecciones sólo se pueden difundir proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales luego de la difusión del primer conteo rápido que efectúe la ONPE o a partir de las 22.00 horas, lo que ocurra primero", el mismo que, a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, quedará sin efecto, dejando subsistente la limitación de difundir cualquier información relacionada con la votación, cualquiera sea su fuente, antes de la hora del cierre de la misma; Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y su archivamiento.

SS

AGUIRRE ROCA

REY TERRY

NUGENT

DÍAZ VALVERDE

ACOSTA SÁNCHEZ

REVOREDO MARSANO

GARCÍA MARCELO

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL VOTO CONCORDANTE DEL DOCTOR MANUEL AGUIRRE ROCA.

Sin perjuicio de concordar plenamente con el fallo, los fundamentos esenciales en que se apoya mi voto son los siguientes:

1. El dispositivo legal impugnado puede entenderse de dos maneras, según el alcance que se dé al adverbio "sólo" que aparece (sexta palabra) en su texto. En efecto: a) si se considera que ese adverbio ("sólo") se

- refiere, únicamente, a la naturaleza o procedencia de la información utilizada en la elaboración de las proyecciones prohibidas, y no a las condiciones o circunstancias en que las proyecciones sí pueden difundirse, se llegaría a la conclusión de que únicamente ("sólo") se permite la difusión de proyecciones basadas en "muestreos de actas", esto es, en datos oficiales –aunque no finales- y objetivos, y no de las basadas en otro tipo de información, como, por ejemplo, la recogida de las declaraciones de los sufragantes, esto es, de las llamadas "encuestas a boca de urna"; y b) si se considera que el adverbio ("sólo") se refiere únicamente a las condiciones en que no se prohíbe la difusión de las proyecciones basadas en el "muestreo de las actas electorales", se llegaría a la conclusión de que la difusión de las proyecciones basadas en otra fuente de información, incluyendo en la procedente de las encuestas a "boca de urna", no estaría comprendida en la norma, ni, por tanto, prohibida en momento alguno.
2. En el caso a) no parece razonable que la difusión de las proyecciones basadas en muestreos de actas (que serían las únicas permitidas), no puedan efectuarse sino después del primer conteo rápido de la ONPE, o, en su caso, de las 10:00p.m., lo que ocurra primero. Y no lo parece, puesto que al no prohibirse la difusión de los datos numéricos ni de los muestreos correspondientes, sino sólo de las proyecciones, lo que resulta prohibido, en último análisis, es la difusión del pensamiento, puesto que las llamadas "proyecciones" no son sino el resultado de la aplicación de sencillas reglas matemáticas, al alcance de cualquier persona normal, a los datos contenidos en los muestreos y sus resultados numéricos. Nada hay, ni puede haber, en efecto, en las proyecciones sobre eventuales resultados finales de la votación, que no resulte ya comprendido en los datos que sirven para su elaboración. Permitir, en consecuencia, la difusión de tales datos, pero no la de las proyecciones correspondientes, es, sencillamente, negar el derecho de interpretar y razonar, esto es, de pensar y, además, de difundir el resultado del ejercicio de la libertad de pensamiento que, como se sabe, es uno de los derechos fundamentales contemplados y protegidos por el artículo 2º, inciso 4) de la Carta Magna.
 3. En el caso b), resultaría, según se ha visto, que sí está permitida la difusión de proyecciones basadas en fuentes informativas distintas de las correspondientes al "muestreo de actas", de modo que, respecto de tal extremo, no habría limitación (ni, por tanto, posible violación) de derechos constitucionales; pero subsistiría la limitación o restricción en el extremo relativo a la difusión de proyecciones basadas en el "muestreo de actas electorales", esto es, la restricción examinada en el párrafo precedente, que ya ha sido considerada incompatible con la libertad de pensamiento y de la difusión del mismo, y que, según se ha señalado, la Constitución ampara y garantiza.
 4. Como en ninguna de las dos posibles interpretaciones, la norma impugnada resulta compatible con la vigencia de los derechos constitucionales correspondientes, y ya mencionados, debe ampararse la demanda, sin perjuicio de reconocer que las restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales impugnados en ella, al momento de establecerse, traducían, de un lado, el respeto de un acuerdo multipartidario, perfectamente comprensible en tales circunstancias, celebrado en la Mesa de Diálogo y Concertación para el Fortalecimiento de la Democracia en el Perú, auspiciado por la OEA, y al cual ha hecho referencia, en defensa de la norma, el señor apoderado del Congreso de la República, y, de otro, al atendible propósito de evitar los peligros mencionados en la contestación de la demanda de autos. No obstante, pues, el indudable sano propósito que explica la etiología del precepto atacado, este Tribunal, por las razones expuestas, no puede estimarlo constitucionalmente válido, a mayor abundamiento, si se considera que, según es público y notorio, las razones que se invocaron para promulgar el dispositivo impugnado, ya han desaparecido, puesto que ya no hay razones para dudar de la corrección de los órganos encargados de dirigir y controlar el proceso electoral ad portas.