TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo III

(enero 2007 - diciembre 2009)

INVENTARIO
LIBROS
TC-2020

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE DOCUMENTACION
TC_02616

Edición Oficial
2013

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo Tercero
(enero 2007 - diciembre 2009)

Gerardo Eto Cruz
(Editor)

Centro de Estudios Constitucionales

Edición Oficial, 2013

Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional - Tomo Tercero

Hecho en el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2013-18878

Edición Oficial del Tribunal Constitucional del Perú

© Copyright: Tribunal Constitucional del Perú
Jr. Ancash 390, Cercado de Lima - Lima

Primera edición: diciembre 2013
Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en el Perú

Q&P Impresores S.R.L.
Av. Ignacio Merino 1546 - Lince
Telf. 470-1788 - 266-0754
qypimpresores2005@yahoo.com

ÍNDICE
(TOMO III)

A. PROCESOS ORGÁNICOS

AÑO 2007

Sentencia N° 0006-2006-PC/TC, caso *Poder Ejecutivo*
Se resuelve el proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. El caso de casinos de juego y máquinas tragamonedas 11

Sentencia N° 0007-2006-PI/TC, caso *Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari*
Se declara la constitucionalidad parcial de la Ordenanza N° 212-2005 expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, que establece una restricción del horario de funcionamiento de los locales ubicados en las calles San Ramón y Figari, conocida como Calle de las Pizzas y demás zonas de influencia del distrito de Miraflores 28

Sentencia N° 0014-2006-PI/TC, caso *Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima*
Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 28726 que incorpora y modifica las figuras de reincidencia y habitualidad al Código Penal y al Código Procesal Penal 39

Sentencia N° 0026-2006-PI/TC, caso *Javier Valle Riestra en representación del más del 25% del número legal de congresistas*
Sobre la modificación del Reglamento del Congreso de la República. El caso de la inmunidad parlamentaria 56

Sentencia N° 0007-2007-PI/TC, caso *Colegio de Abogados del Callao*
Se declara la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley N° 28642, modificatoria del artículo 5°, numeral 8), de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, el cual se deja sin efecto por impedir el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito del Jurado Nacional de Elecciones y vulnerar el artículo 200.2° de la Constitución 110

Sentencia N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), caso *Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la República*
Se declara la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 28925 que modifica el párrafo 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27692, en el extremo que establece "así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada"; y, el inciso d) del artículo 22° de la Ley N° 27692, adicionado por el artículo 9° de la Ley N° 28925 "La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley", con el párrafo siguiente "El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años" 149

Sentencia N° 0013-2007-PI/TC, caso *Jorge Santistevan de Noriega en representación de más de cinco mil ciudadanos*
Se declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, entendiendo que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales 175

AÑO 2008

Sentencia N° 0005-2007-PI/TC, caso *Colegio de Abogados de Lambayeque*
Se declara la inconstitucionalidad de los efectos que viene produciendo el derogado artículo 1° de la ley N° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia Militar Policial 264

Sentencia N° 0025-2007-PI/TC, caso *Colegio de Profesores del Perú*
Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 29062 que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial; así como la interpretación del penúltimo párrafo del artículo 65° de dicha Ley en el sentido de que entre las entidades públicas a las que puede retornar, después de 5 años, el docente destituido por las causales previstas en los literales a), d), e), f), g) y h) del artículo 36° de la misma Ley, no se encuentran las que prestan servicio público docente 281

Sentencia N° 0006-2008-PI/TC, caso *Presidente de la República*
Se declara la inconstitucionalidad de de la Ordenanza Regional N° 022-2008 de la Región Puno que reconoce a la planta de coca como patrimonio cultural 299

AÑO 2009

Sentencia N° 0014-2007-PI/TC, caso *Más del 25% del número legal de Congresistas de la República*
Se declara la inconstitucionalidad, en parte, de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada 321

Sentencia N° 0033-2007-PI/TC, caso *Juan Carlos Díaz Montes y 8,971 ciudadanos*
Se reafirma la constitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos que prohíbe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional para los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3° de la mencionada Ley 339

Sentencia N° 0002-2008-PI/TC, caso *31 Congresistas de la República*
Se declara la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 29166, Ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las fuerzas armadas en el territorio nacional 355

Sentencia N° 0009-2008-PI/TC, caso *Colegio de Arquitectos del Perú*
Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones 376

Sentencia N° 0031-2008-PI/TC, caso *Poder Ejecutivo*
Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 29223, Ley que precisa la aplicación de la Ley N° 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del programa de homologación de los docentes de las universidades públicas 389

Sentencia N° 0001-2009-PI/TC, caso *Colegio de Abogados de Lima*
Se declara la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 4° de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial 398

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

AÑO 2007

Sentencia Nº 0679-2005-PA/TC, caso *Santiago Enrique Martin Rivas*
El caso de las Leyes de Amnistía Nºs 26479 y 26492, y la cosa juzgada constitucional 435

Sentencia Nº 9600-2005-PA/TC, caso *Rosana Francisca Podestá Torres*
Sobre el derecho a las prestaciones de salud y la seguridad social 445

Resolución Nº 1004-2006-PHD/TC, caso *Miguel Alejandro Guerra León*
Sobre libertad religiosa y abandono de confesión religiosa 451

Sentencia Nº 2700-2006-PHC/TC, caso *Víctor Alfredo Polay Campos*
Sobre la naturaleza del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao y el derecho a la libertad religiosa 453

Sentencia Nº 3501-2006-PA/TC, caso *Ricardo David Chávez Caballero*
Sobre la Constitución y régimen jurídico de los trabajadores de confianza 458

Sentencia Nº 4223-2006-PA/TC, caso *Máximo Medardo Mass López*
Sobre las antenas de telecomunicaciones y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado 463

Sentencia Nº 5228-2006-PHC, caso *Samuel Gleiser Katz*
Se estableció la razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal 471

Sentencia Nº 7873-2006-PC/TC, caso *Juan Félix Tueros Del Risco*
Sobre la adecuación del proceso constitucional de cumplimiento a uno de amparo 478

Sentencia Nº 10422-2006-PA, caso *Mauro Serrano García*
Sobre el despido nulo ejecutado por Minera Yanachocha S.R.L 485

Sentencia Nº 0168-2007-Q/TC, caso *Banco Continental*
Se establece la procedencia excepcional del recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia 488

Sentencia Nº 0654-2007-AA/TC, caso *Ministerio de la Producción*
Sobre las competencias reservadas a los órganos del Estado y su relación con el derecho constitucional de defensa 492

Sentencia Nº 1078-2007-PA/TC, caso *José Miguel Ángel Cortez Vigo*
Sobre la naturaleza tributaria del FONAVI 500

Sentencia Nº 6546-2006-PA/TC, caso *César Augusto Zuñiga López*
Sobre el derecho fundamental al agua potable 510

AÑO 2008

Sentencia Nº 3169-2006-PA/TC, caso *Pablo Cayo Mendoza*
Sobre los rincipios de legalidad y proporcionalidad en el despido laboral 517

Sentencia Nº 6572-2006-2006-PA/TC, caso *Janet Rosas Dominguez*
Se precisa que el artículo 53º del Decreto Ley Nº 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez 522

Sentencia Nº 9332-2006-2006-PA/TC, caso *Reynaldo Armando Shols Pérez*
Se precisa que el hijastro(a) forma parte de la nueva estructura familiar, y se reconoce los eventuales derechos y deberes especiales que se derivan de dicha situación jurídica 529

Resolución Nº 0201-2007-Q/TC, caso *Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno.*
Sobre la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial 534

Sentencia Nº 2432-2007-PHC/TC, caso *Rolando Apaza Chuquitarqui*
Sobre el derecho a no ser privado del DNI y el reconocimiento del derecho a la personalidad 536

Sentencia Nº 3574-2007-PA/TC, caso *Club Deportivo Wanka*
Sobre la justicia constitucional y arbitraje en el futbol 540

Sentencia Nº 4053-2007-PHC/TC, caso *Alfredo Jalilie Awapara*
Precisa los alcances de la gracia presidencial 550

Resolución Nº 4441-2007-PA/TC, caso *Nicolás de Bari Hermosa Ríos*
Sobre la obligación estatal de investigar los hecho y sancionar a los responsables por violación de derechos humanos 563

Sentencia Nº 4922-2007-PA/TC, caso *Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT y SUNAD*
Sobre el derecho de igualdad remunerativa 566

Sentencia Nº 5652-2007-PA/TC, caso *Rosa Bethzabé Gambini Vidal*
Sobre la discriminación laboral por razón de sexo (situación especial de embarazo) 571

Sentencia Nº 6201-2007-PHC/TC, caso *Moisés Wolfenson Woloch*
Sobre el abono de los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena 581

Sentencia Nº 0728-2008-PHC/TC, caso *Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares*
Sobre el Hábeas corpus contra resoluciones judiciales y derecho a la motivación de las resoluciones judiciales 599

Sentencia Nº 1317-2008-PHC/TC, caso *Felipe Tudela y Barreda*
Sobre la prueba circunstancial a propósito de la promoción de un hábeas corpus atípico .. 611

Sentencia Nº 2725-2008-PHC/TC, caso *Roberto Boris Chauca Temoche*
El test de la triple identidad para evaluar la afectación del principio constitucional de ne bis in idem 625

Sentencia Nº 3610-2008-PA/TC, caso *World Cars Import*
Sobre la Constitución Ecológica y las consecuencias generadas por la importación de vehículos usados sobre la salud y vida de la población en el Perú 631

Sentencia Nº 4331-2008-PA/TC, caso *Raúl Alfredo Salazar Cosio y otro*
Sobre los requisitos de ascenso para la categoría de ministro de la carrera diplomática 643

AÑO 2009

Sentencia N° 5842-2006-PHC/TC, caso *Internados en la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado-Hideyo Noguchi"*
Se reconoce el derecho al trato digno y humanitario de los internos de establecimientos de salud mental 649

Sentencia N° 0926-2007-PA/TC, caso C.F.A.D.
Sobre los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual, a no ser discriminado y al debido proceso en el ámbito administrativo disciplinario policial 681

Sentencia N° 1575-2007-PHC/TC, caso *Marisol Elizabeth Venturo Ríos*
Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el acceso al beneficio de visita íntima de mujeres condenadas a terrorismo 697

Sentencia N° 3343-2007-PA/TC, caso *Jaime Hans Bustamante Johnson*
Se establecen obligaciones medioambientales y sociales de las empresas como requisito para la continuación de proyectos de inversión en Áreas de Conservación. Se desarrolla el derecho a la identidad étnica y cultural, a los recursos naturales, a la consulta y a la participación de las comunidades nativas 709

Sentencia N° 5311-2007-PA/TC, caso *Compañía Distribuidora S.A.*
Sobre el arbitraje y los límites constitucionales a la libertad de contratación 722

Sentencia N° 6218-2007-PHC/TC caso *Víctor Esteban Camarena*
Se interpretan determinadas causales de improcedencia del proceso de hábeas corpus ... 733

Sentencia N° 2480-2008-PA/TC, caso *Ramón Medina Villafuerte*
Se reconoce al Estado como primer garante del derecho a la salud mental de las personas 739

Sentencia N° 5287-2008-PA/TC, caso *Mario Lovón Ruiíz-Caro*
Sobre represión de actos lesivos homogéneos 746

Sentencia N° 5527-2008-PHC/TC, caso *Nidia Yesenia Baca Barturén*
Discriminación por razón de sexo (especial situación de embarazo) en la Policía 759

Sentencia N° 4878-2008-PA/TC, caso *Viuda de Mariátegui e hijos S.A.*
Sobre la doctrina de represión de actos lesivos homogéneos 765

Sentencia N° 1817-2009-PHC/TC, caso J.A.R.R.A. y V.R.R.A.
Se precisa el interés superior del niño como principio de rango constitucional 776

Sentencia N° 2005-2009-PA/TC, caso *ONG "Acción de Lucha Anticorrupción"*
Sobre el derecho fundamental a la vida y el caso de la píldora del día siguiente 786

Sentencia N° 2389-2009-PA/TC, caso *Asociación Club Petróleos*
Sobre el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el derecho de asociación de un club privado 814

Sentencia N° 3509-2009-PHC/TC, caso *Walter Gaspar Chacón Málaga*
Sobre el derecho fundamental al plazo razonable de la duración del proceso y las consecuencias de su afectación 822

C. PRECEDENTES VINCULANTES

AÑO 2007

Sentencia Nº 4853-2004-PA/TC, caso *Dirección Regional de Pesquería de La Libertad*
Se establecen reglas para la procedencia del mecanismo procesal de "amparo contra amparo" 833

Sentencia Nº 9381-2005-PA/TC, caso *Félix Augusto Vasi Zevallos*
Sobre el bono de reconocimiento - ONP 844

Sentencia Nº 10063-2006-PA, caso *Gilberto Moisés Padilla Mango*
Nuevos criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de riesgos profesionales 848

Sentencia Nº 7281-2006-PA/TC, caso *Santiago Terrones Cuba*
Sobre el procedimiento de desafiliación de una AFP 874

Sentencia Nº 1333-2006-PA/TC, caso *Jacobo Romero Quispe*
Sobre la no ratificación de jueves y el reingreso a la carrera judicial 880

AÑO 2008

Sentencia Nº 5430-2006-PA/TC, caso *Alfredo De la Cruz Curasma*
Se establecen reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses 936

Sentencia Nº 4762-2007-PA/TC, caso *Alejandro Tarazona Valverde*
Se establecen reglas para acreditar períodos de aportaciones en el proceso de amparo 941

Sentencia Nº 0061-2008-PA/TC, caso *Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.*
Sobre el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo - arbitraje 948

AÑO 2009

Sentencia Nº 1412-2007-PA/TC, caso *Juan de Dios Lara Contreras*
Se cambió el precedente vinculante en relación a la motivación de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) sobre la evaluación y ratificación de magistrados 954

Sentencia Nº 2513-2007-PA/TC, caso *Ernesto Casimiro Hernández Hernández*
Se unifican los criterios vinculantes respecto del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) 962

Sentencia Nº 3908-2007-PA/TC, caso *Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provías Nacional)*
Se deja sin efecto el precedente que establecía la procedencia excepcional del recurso de agravio constitucional a favor del precedente 973

ÍNDICE TEMÁTICO 983

A. PROCESOS ORGÁNICOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BIBLIOTECA

Exp. N° 0006-2006-PC/TC *[Proceso Competencial promovido por el Poder Ejecutivo. Se resuelve el proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. El caso de casinos de juego y máquinas tragamonedas].*

Fecha de Resolución: 13 de febrero de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de marzo de 2007

Resumen: El 22 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional publicó la STC 0006- 2006-CC, en la que declaró fundada la demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo), representado por la Procuradora Pública Ad Hoc a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

A juicio del órgano colegiado, en dicha causa se configuró un conflicto de atribuciones por menoscabo, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, produjo un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de diversas demandas de amparo y de cumplimiento.

Sobre la afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes, el Colegiado declaró que si bien la Constitución (artículo 138) reconoce al Poder Judicial la atribución de ejercer la función jurisdiccional; tal ejercicio, para que sea constitucionalmente legítimo, debe estar dentro del marco constitucional establecido.

En relación con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, el Congreso de la República dictó la Ley N.° 27153. Tal Ley fue cuestionada respecto de su conformidad con la Constitución a través de una demanda de inconstitucionalidad (Expediente N.° 009- 2001-AI/TC). El Tribunal Constitucional en dicho proceso de inconstitucionalidad declaró fundada en parte la demanda y, con ello, inconstitucionales los artículos 38, inciso 1, 39, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.° 27153 y, por conexidad, el artículo 1 de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones.

El Tribunal mencionó que dicha sentencia. Propugnó la intervención del legislador a través de la expedición de Ley N.° 27796. Asimismo, señaló que la empresa Royal Gaming S.A.C. interpuso demanda de amparo (Exp. N.° 4227-2005-AA/TC) solicitando, entre otros pedidos, que se declaren inaplicables al caso concreto algunos artículos de la Ley N.° 27796. Cuando se resolvió dicha causa, se estableció la constitucionalidad del artículo 17, y de la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.° 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.° 052-2003/SUNAT, se señaló dichos preceptos como precedente vinculante de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

Bajo este contexto, el Tribunal sostuvo que al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley N.º 27153, modificada por la Ley N.º 27796, previsión que se despliega en las facultades de autorizar, fiscalizar, supervisar e imponer sanciones en el ámbito de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. De ahí que consideró que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce.

Por otra parte, en relación con la afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales, el Colegiado afirmó que en el Poder Ejecutivo reposa la obligación de hacer cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227- 2005-AA/TC. Asimismo, afirmó que tal atribución, igual que la prevista en el artículo 118, inciso 1, fue menguada por la inconstitucional tutela de determinadas demandas de amparo y de cumplimiento por parte de algunos jueces del Poder Judicial, en abierto desconocimiento de la eficacia normativa de las sentencias constitucionales emitidas.

Es del caso anotar, que en la sentencia N.º 0006-2006-CC/TC el Tribunal enfatizó que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, la *cosa juzgada* constitucional. Explicó que ésta se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Finalmente, en dicho fallo, el Colegiado declaró la nulidad de aquellas resoluciones judiciales que fueron dictadas desconociendo la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC. Esto fue puesto en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ.

Temas Claves: Cosa juzgada constitucional - efectos temporales en las sentencias de inconstitucionalidad - finalidad del proceso competencial - tipología de conflictos competenciales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
006-2006-PC/TC

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De 12 de febrero de 2007

PROCESO COMPETENCIAL
Poder Ejecutivo (demandante) c. Poder Judicial (demandado)

SÍNTESIS

Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo), representado por la Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

Magistrados firmantes:

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.° 0006-2006-PC/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento del Magistrado Bardelli Lartirigoyen.

I. ASUNTO

Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, representado por la Procuradora Pública Ad Hoc a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 13 de octubre de 2006, Patricia del Carmen Velasco Sáenz, Procuradora Pública Ad Hoc a cargo de la representación del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en los procesos judiciales relacionados con casinos de juego y máquinas tragamonedas, interpone demanda de conflicto de competencias contra el Poder Judicial por considerar que, en sede judicial, se vienen afectando las esferas de competencia del Poder Ejecutivo; concretamente, el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución; así como el artículo 121° y 128° de la Constitución[1]. En consecuencia solicita: (1) que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; (2) que se declare la nulidad de lo siguiente:

- Resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el Decreto Supremo N.° 04-94-MITINCI modificado por el Decreto Supremo 04-97-MITINCI, y las resoluciones judiciales recaídas en procesos de cumplimiento que ordenan al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) abstenerse de restringir o modificar la situación de las empresas que se dedican a la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N.° 27153 con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 0009-2001-AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N.° 27153 con posterioridad a la publicación de la sentencia emitida del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 0009-2001-AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable la Ley 27796, norma que modificó la Ley N.° 27153.
- Todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originen conflicto de competencias entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).

Fundamentos de la demanda: La demandante alega:

- Que, después de la promulgación de la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, ciertos grupos empresariales recurrieron al Poder Judicial con el objeto de sustraerse de los alcances de dicha regulación, principalmente mediante la interposición de procesos constitucionales de amparo.
- Que, al respecto, pueden identificarse dos escenarios; el primero de ellos está determinado por la vigencia de la Ley N.° 27153 y la declaración de inconstitucionalidad de sus artículos 38° y 39°, así como de su primera y segunda disposiciones transitorias, estando las demás disposiciones de la Ley conformes a la Constitución. El segundo tiene lugar desde la vigencia del texto que modifica la Ley N.° 27153 –Ley N.° 27796– y se caracteriza por la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo, la misma que se orienta a convalidar el régimen tributario y administrativo de las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas (Expedientes. N.° 4227-2005-PA/TC, N.° 9165-2005-PA/TC, N.° 1882-2004-AA/TC, N.° 0681-2004-AA/TC, N.° 1594-2004-AA/TC, entre otros).
- Que, en consecuencia, pese a que las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas son constitucionales, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo se ha visto imposibilitado de ejecutarlas debido a que un importante número de operadores de dicha actividad cuenta con sentencias favorables emitidas por el Poder Judicial, que pese a ser contrarias a los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional, han adquirido la calidad de cosa juzgada.
- Que la Ley N.° 27153 –modificada por la Ley N.° 27796–, Ley de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, confiere a la Dirección Nacional de Turismo facultades para autorizar, fiscalizar, supervisar, evaluar y sancionar actividades vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Ello, en virtud de que dicha actividad económica se permite excepcionalmente, como parte de la actividad turística en nuestro país; siendo el MINCETUR el sector competente para llevar a cabo funciones de administración, fiscalización y sanción en dicha materia.
- Y que, no obstante, el Poder Judicial viene otorgando licencias de funcionamiento a través de sus sentencias, pese a que ello implica dejar sin efecto normas convalidadas por el Tribunal Constitucional e, incluso, han implementado plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere. A ello se suma que algunos funcionarios del Poder Ejecutivo han sido denunciados por operadores informales, bajo el argumento de que cuentan con sentencias favorables; sin embargo, dichas sentencias

fueron emitidas sobre la base de normas que en la actualidad han perdido vigencia y nuestro ordenamiento no contempla la aplicación ultractiva de las normas.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 30 de enero de 2007, el Presidente del Poder Judicial se apersona al proceso, contesta la demanda y solicita que sea desestimada, por los siguientes fundamentos:

- Que, de conformidad con lo establecido en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y las sentencias emitidas por el propio Tribunal Constitucional, en el presente caso no se configura un supuesto de conflicto de competencias, pues de la revisión de la demanda se desprende que lo que se pretende en este proceso es que se lleve a cabo una nueva revisión de sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que son, por tanto, inmodificables, irrevisables y de obligatorio cumplimiento.
- Que dichas resoluciones fueron emitidas en el marco de procesos judiciales en los cuales el MINCETUR pudo ejercer plenamente su derecho de defensa; y, en todo caso, aun en el supuesto de que algunos jueces hubiesen fallado en un sentido distinto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello configuraría un error de juzgamiento, pasible de ser cuestionado a través de los medios impugnatorios regulados en cada tipo de proceso y no mediante un proceso competencial.
- Que no se ha arrogado indebidamente facultades; por el contrario, el Poder Judicial se ha limitado a ejercer legítimamente el ejercicio de sus atribuciones constitucionales de controlar jurídicamente los actos de gobierno (artículos 148° y 200°, inciso 2 de la Constitución), sin pretender, en ningún momento, asumir la facultad de otorgar licencias de funcionamiento, puesto que resulta evidente que dicha atribución le corresponde al Poder Ejecutivo en ejercicio de su potestad administrativa.
- Que el MINCETUR atribuye al Poder Judicial haberse arrogado competencias que al primero no le han sido atribuidas ni por la Constitución ni por las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, sino por la Ley N.° 27153, norma que no forma parte del bloque de constitucionalidad según los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, con lo cual se incumple lo establecido por el artículo 109° del Código Procesal Constitucional.
- Y, finalmente, que la independencia de los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional no sólo constituye una garantía de los ciudadanos, sino también un derecho que la Constitución le reconoce expresamente a cada magistrado (artículo 139°, inciso 2), derecho que se pretende infringir mediante el proceso constitucional incoado.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

El Tribunal Constitucional estima que, para la resolución de la presente controversia, será necesario responder las siguientes cuestiones de relevancia constitucional:

1) ¿El ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las competencias o atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales?
2) ¿Cuál es la competencia o atribución del Poder Ejecutivo afectada ilegítimamente por el Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional?

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio de la demanda

1. Del análisis de la demanda y de los demás actuados se aprecia que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la presunta afectación de las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo por los artículos 118°, incisos 1 y 9, y 121° y 128° de la Constitución[2], y, como consecuencia, (1) determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; y (2) declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas que contravienen dichos pronunciamientos.

2. No obstante, antes de resolver la cuestión de fondo, este Colegiado considera conveniente, en primer lugar, pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado; y, en segundo lugar, realizar algunas consideraciones de relevancia constitucional.

§2. Sobre las excepciones propuestas por el demandado

3. El demandado, en la vista de la causa, ha propuesto las siguientes excepciones: 1) de representación defectuosa y 2) de litispendencia.
Respecto a la primera, alega que el demandante no ha cumplido con adjuntar el informe técnico legal que sustente la procedencia de la demanda, tal como lo establece el artículo 1° del Decreto Supremo 060-2006-PCM[3]. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento, por cuanto el hecho de que no se haya acompañado el informe técnico legal a la demanda no implica que se haya incumplido con lo establecido en dicho dispositivo legal; por el contrario, se aprecia claramente del Oficio N.° 424-2006-SCM-PR[4], de fecha 3 de octubre de 2006, que, antes de interponer la presente demanda, se han emitido los informes técnicos respectivos.

4. Respecto a la segunda, el demandado sostiene que existen, por lo menos, dos procesos constitucionales de amparo pendientes de resolver en los cuales ambos poderes del Estado son parte y por tanto con el mismo interés en el objeto respecto de la pretensión. Sobre este argumento el Tribunal Constitucional tampoco aviene con el demandado. No debe perderse de vista, como ya lo ha dicho este Colegiado[5] que si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas

posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

5. Precisamente sobre la base de esta especificidad del Derecho Procesal Constitucional es pertinente precisar que el competencial es un proceso constitucional autónomo respecto de otros procesos judiciales o constitucionales y, a diferencia del proceso de amparo, está orientado predominantemente a la tutela del orden constitucional objetivo, el cual se asienta en los principios de redistribución territorial del poder –división vertical– y en el de separación tanto de poderes como de órganos constitucionales –división horizontal–, sin que ello implique omitir la presencia de la dimensión subjetiva. Condicionar la resolución del presente proceso competencial a lo que se resuelva en los procesos de amparo a los que hace referencia el demandado, implicaría que este Colegiado abdique de su función de ser el órgano encargado del control constitucional, según establece el artículo 201° de la Constitución y, en particular, de la tutela de los fines de los procesos constitucionales previstos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Dilucidadas estas cuestiones, el Tribunal Constitucional ingresará al fondo de la controversia.

§3. Presupuestos del proceso competencial

6. En sentencia anterior[6] el Tribunal Constitucional ha señalado que, para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. Así, se ha señalado que el elemento subjetivo implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales por expresa disposición hoy del art. 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata de un caso de legitimidad especial.

7. Mientras que, de acuerdo al elemento objetivo, la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, deberá tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, prima facie, de las leyes orgánicas respectivas, quedando, de este modo, fuera de la competencia de este Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, ya sea porque no existe coincidencia de sujetos o porque se advierte falta de materia constitucional. Se reconoce, así, una reserva de jurisdicción constitucional de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.

8. En el caso de autos el elemento subjetivo se configura plenamente pues se trata de dos Poderes del Estado cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente por la Constitución (artículo 200°, inciso 3) y por el artículo 109° del Código Procesal Constitucional, según el cual "(...) el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: (...) 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí (...)".

9. En lo que toca al elemento objetivo, el demandante señala que las atribuciones afectadas por el Poder Judicial son las previstas en los artículos 118°, incisos 1 y 9, y 121° y 128° de la Constitución. Frente a tal aserto, el demandado estima que no existe un conflicto de naturaleza constitucional por dos razones: 1) porque es evidente que las atribuciones previstas a favor del Poder Ejecutivo en las disposiciones constitucionales antes mencionadas no precisan ser reconocidas a través de un proceso competencial; 2) porque el supuesto conflicto se daría en virtud a una ley ordinaria y no a una de naturaleza constitucional o ley orgánica.

10. El Tribunal Constitucional disiente de las afirmaciones del demandado. De primera intención debe recalcarse que la jurisprudencia de este Colegiado distingue entre conflicto constitucional de competencias y conflicto constitucional de atribuciones. Así, mientras el primero está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización), el segundo tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales[7].

11. La comprobación de la presencia del elemento objetivo en el proceso competencial, si bien tiene como punto de partida lo que las partes del proceso señalan, le corresponde al Tribunal Constitucional dada su condición de instancia suprema y única de resolución de los conflictos constitucionales de competencias y de conflictos constitucionales de atribuciones. Por ello si bien el demandante hace mención a las atribuciones del MINCETUR previstas en las Leyes 27153 y 27796, que regulan la explotación de los Juegos de Casino y Máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional aprecia que, en estricto, el conflicto constitucional gira en torno a las atribuciones previstas en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución.

§4. Atribuciones constitucionales y ejercicio de la función jurisdiccional

12. La determinación de los elementos objetivo y subjetivo en el presente proceso competencial no

significa, de por sí, que exista una afectación de las atribuciones reconocidas al Poder Ejecutivo por el citado artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución. Necesario es, primero, determinar, de manera general, si el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales; y, en el supuesto afirmativo, esclarecer si, en el presente caso, el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo -más específicamente, del MINCETUR-.

13. En cuanto a lo primero cabe señalar que la Constitución prevé que "[l]a potestad de administrar justicia emana del Pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes" (artículo 138° de la Constitución). Esta disposición concuerda con lo establecido en el artículo 45° de la Norma Suprema; y ello es así porque uno de los principios fundantes de todo Estado Constitucional de Derecho es aquél según el cual el poder del Estado emana del Pueblo, aunque es bueno siempre reiterar que el ejercicio de ese poder se realiza dentro de las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

14. La potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por medio de sufragio directo -salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular (artículo 152° de la Constitución)-. Sin embargo el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y plenario respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.

15. Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado -checks and balances of powers- y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138° inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado.

16. En tal línea puede predicarse entonces que así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo -motivo por el cual puede oponer su reserva de ley a los actos administrativos y resoluciones judiciales que la invadan-, por igual razón la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. Esto, como es evidente, no impide que el Poder Judicial ejerza su atribución constitucional de impartir justicia, lo que se configura también como una reserva jurisdiccional inmune a los actos políticos; esta indemnidad, no obstante, no ocurre frente a la jurisdicción constitucional, a tenor del artículo 202°, inciso 3 de la Constitución, pues ella es la encargada de examinar los conflictos de competencia y atribuciones, a fin de que no se produzcan superposiciones o menoscabos de las atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado.

17. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias. Mientras el conflicto constitucional positivo se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional, el conflicto constitucional negativo se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

18. Junto a ellos se ha advertido también el conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro[8].

19. Esta reseña no agota el catálogo de las formas en las que puede manifestarse un conflicto constitucional. En efecto, más allá de lo previsto en el artículo 110° del Código Procesal Constitucional, en los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, el recurrente puede aducir que sus atribuciones son perturbadas por un acto o comportamiento que se considere ilegítimo del demandado y que le ocasione un perjuicio, o bien por interferir en su esfera de competencias, o por impedir ejercitar atribuciones propias, o por obstaculizar la eficacia de sus actos, o turbar su independencia como poder del Estado[9].

20. En este tipo de conflicto podemos encontrar que en el ejercicio de su función jurisdiccional el Poder Judicial afecte las atribuciones que la Constitución reconoce a otros poderes del Estado u órganos constitucionales. Tal situación ha sido también prevista en la doctrina, precisándose que serían competencia de la Corte aquellos conflictos relativos a atribuciones jurisdiccionales, producidos cuando un poder del Estado considera que un órgano jurisdiccional pretende definir una relación de la que se deriva una lesión a su esfera de atribuciones. En ese sentido, estaría incluida no sólo la casación y la magistratura ordinaria, sino también las jurisdicciones especiales[10].

Sería así en el supuesto que el Poder Judicial pretendiese perturbar la facultad del Congreso de la República de indagar, a través de las comisiones de investigación o de cualquier otra comisión dotada de tal facultad, de acuerdo con el artículo 97° y 139° inciso 2 de la Constitución, o también si interfiriese en las atribuciones que la Constitución (artículo 118°) le reconoce al Poder Ejecutivo.

21. En estos casos, es evidente que el conflicto de atribuciones no se configura como una disputa por una competencia o atribución entre poderes del Estado u órganos constitucionales –conflicto constitucional positivo–, como una negativa a asumir competencias o atribuciones –conflicto constitucional negativo–, o como un conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio; antes bien, "el conflicto de atribuciones entre poderes puede surgir también por el hecho de que un poder, sin invadir la esfera de competencias de otro poder, por el modo ilegítimo en que obra en la esfera de sus competencias, turbe su actividad y le impida desarrollar, en todo o en parte, la actividad que le compete"[11].

22. Se trata aquí de un tipo de conflicto que se ha venido a denominar como conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales. Puede este clasificarse en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión. En el conflicto constitucional por menoscabo ensentido estricto, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.
En el conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el conflicto constitucional por menoscabo de omisión, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

23. Es por ello, que el Tribunal Constitucional precisa, a través de la presente sentencia, que también cabe hablar, dentro de los tipos de conflictos de competencia y de atribuciones, de un conflicto constitucional por menoscabo, según el cual, junto a la configuración subjetiva se añade otra, objetiva, más amplia, que atañe no sólo a la titularidad o pertenencia de la competencia, sino al modo como, sustancial y procesalmente, ésta se ejerce. En tal supuesto, lo que es materia de controversia es el hecho de cómo una atribución –cuya titularidad no se discute– está siendo ejercitada; siempre que en la ilegítima modalidad del ejercicio pueda ser derivada, una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales ajenas, un impedimento o un menoscabo, tal como también lo reconoce la doctrina constitucional atinente[12].

§5. Análisis del caso concreto

24. Habiéndose determinado, en abstracto, la posibilidad de que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial genere un conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones, corresponde plantear la siguiente cuestión: ¿el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, en el presente caso, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo previstas en el artículo 118°, inciso 1 y 9 de la Constitución?

25. Al respecto, el demandante sostiene que el Poder Judicial, a través de sus diferentes instancias, viene adoptando decisiones que afectan las esferas de las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo, específicamente del MINCETUR[13]. Por su parte, el demandado afirma que no ha adoptado decisiones que lesionen las atribuciones del MINCETUR, que su actuación ha sido la de dar solución a un conflicto intersubjetivo suscitado en cada caso particular, donde el MINCETUR salió desfavorecido, lo cual en modo alguno puede afectar sus competencias y atribuciones[14].

26. A juicio del Tribunal Constitucional, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones por menoscabo, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118°, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118°, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento, tal como consta en autos de fojas 27 a 302.

27. En el presente caso, dada la peculiar configuración de este tipo de conflicto, no cabe recurrir al test de la competencia, pues no está en juego la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado. En todo caso, el principio de jerarquía (de las sentencias del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones del Poder Judicial en materia de los procesos constitucionales) es el que se muestra como el más idóneo para determinar la legitimidad de los actos jurisdiccionales que estarían menoscabando algunas de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo.

28. Esto, conviene enfatizar, no convierte al Tribunal Constitucional en parte en el presente proceso constitucional, ni tampoco comporta la sustitución de las facultades y deberes que, como parte legitimada, le corresponden al Poder Ejecutivo. La consideración de las sentencias y de los precedentes vinculantes como parámetro de legitimidad y validez constitucionales de las resoluciones del Poder Judicial, por tanto, no compromete ni pone en cuestión la imparcialidad e independencia de este Colegiado, ni tampoco su condición de instancia única y suprema de resolución de los procesos de conflicto

de competencias o de atribuciones, tal como dispone el artículo 202°, inciso 3 de la Constitución.

5.1. Afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes

29. Es cierto, como ya se ha señalado supra, que la Constitución (artículo 138°) reconoce al Poder Judicial la atribución de ejercer la función jurisdiccional. Pero no se puede negar que dicho ejercicio, para que sea constitucionalmente legítimo, debe estar dentro del marco constitucional establecido. Dicho esto cabe precisar que el Congreso de la República había dictado la Ley 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

30. Esta Ley fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de una demanda de inconstitucionalidad[15]. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38°, inciso 1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1° de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones. Esta sentencia, posteriormente, mereció la intervención del legislador a través de la Ley 27796, a fin de proveerla de la conformidad reclamada.

31. El Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, estableció un precedente vinculante[16], cuyo tenor es el siguiente:
al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.° 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.° 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

44. Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

32. Siendo así, al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley 27153, modificada por la Ley 27796. Es verdad que la Constitución ha establecido que todos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38°), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional.

33. La potestad del Poder Ejecutivo de exigir el cumplimiento de la ley antes mencionada es indiscutible, no sólo porque tal atribución le viene dada, inequívocamente, por la Constitución, sino también porque la comentada es una norma vinculada con aspectos tributarios cuyo ámbito de regulación desborda el plano de mera legalidad y repercute en diversos aspectos fijados por el orden constitucional, tales como la salud pública, la moral y la seguridad pública. En efecto, la finalidad de la Ley 27153 (artículo 1°) es "regular la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas a fin de proteger a la ciudadanía de posibles perjuicios o daños que afecten la moral, la salud y seguridad pública; así como promover el turismo receptivo; y establecer el impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas".

34. Esta atribución constitucional del Poder Ejecutivo se ve reforzada por la propia Ley 27153, modificada por la Ley 27796, la cual prevé que su cumplimiento se encarga (artículo 24°) a la Dirección Nacional de Turismo –entidad adscrita al MINCETUR y, finalmente, al Poder Ejecutivo–, previsión que se despliega en las facultades de autorizar, fiscalizar, supervisar e imponer sanciones en el ámbito de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. De ahí que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce.

5.2. La afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales

35. En cuanto a la atribución constitucional de cumplir y hacer cumplir la sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales, en el Poder Ejecutivo reposa la obligación de hacer cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, tal como expresamente lo prevé el artículo 118°, inciso 9 de la Constitución. Sin embargo, esta atribución, al igual que la prevista en el artículo 118°, inciso 1, se ha visto menguada por la inconstitucional tutela de determinadas demandas de amparo y de cumplimiento por parte de algunos jueces del Poder Judicial, en abierto desconocimiento de la eficacia normativa de las sentencias constitucionales emitidas.

36. Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201°) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202°), entonces sus

sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares.

37. Particularmente, las sentencias que recaen en los procesos de inconstitucionalidad tienen efectos erga omnes, fuerza vinculante y calidad de cosa juzgada. Por ello, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución. Tal como lo ha establecido este Colegiado en resolución anterior, la Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista, la cual debe proyectar sus consecuencias en el derecho procesal constitucional. Una consecuencia de ello es la apertura del proceso constitucional a la pluralidad de "partícipes" en la interpretación del texto supra. La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad[17].

38. De otro lado, el control constitucional de las leyes, más allá del examen de compatibilidad, formal o material, de una ley con la Constitución, cumple también otras funciones trascendentales para un Estado constitucional de Derecho. Particularmente es pertinente poner de relieve la función pacificadora y ordenadora del Tribunal Constitucional, según la cual, las sentencias que éste expida y queden firmes, considerando su posición de instancia única en el control abstracto de constitucionalidad, son irrecurribles en el orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 205° de la Constitución Política del Perú y, en ese sentido, deben ser actuadas en sus propios términos por todos los poderes públicos y, singularmente, por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Pero, al mismo tiempo, constituye cosa juzgada material, impidiendo que la misma controversia constitucional pueda proponerse nuevamente, poniéndose así en cuestión la función pacificadora de restablecer el orden jurídico constitucional asignada a este Tribunal, al mismo tiempo que los principios de seguridad y certeza jurídicas[18] (subrayado agregado).

39. Debe puntualizarse, asimismo, que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia. Ello se refrenda con la Constitución (artículo 204°), que señala que «la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación dicha norma queda sin efecto». y con el artículo 82° del Código Procesal Constitucional, que dispone que "Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos".

40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no sólo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones –ratio decidendi–. Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado que las sentencias no sólo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente en un Tribunal que suele identificarse como "supremo intérprete de la Constitución" (art. 1.° de la LOTC), son precisamente las "interpretaciones" que se ubican en la parte de la justificación del fallo. Como se ha observado, dentro de la motivación hay que ubicar la denominada ratio decidendi -o "hilo lógico" del razonamiento de los jueces- , que comprende en los sistemas del common law tanto el principio de derecho como el hecho relevante considerado por el Juez (holding), como también las denominadas obiter dicta o razones subsidiarias. Son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o deaggiornamento (obiter dicta)[19].

41. Es necesario precisar, por ello, que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no sólo respecto al decisum o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos –ratio decidendi– que constituyen su fundamentación[20]. Y es que, a diferencia de los obiter dicta –que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios–, la ratio decidendi constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el decisum, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima[21].

42. Es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que (...) Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

De igual modo, el artículo VII precisa que
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando

el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

44. Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía[22]. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella.

45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.

46. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138° de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, pues tal como se ha señalado anteriormente al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto (...)[23].

47. De ahí que sea necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto, resultaría claramente inadmisible y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de última ratio de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución.

48. De otro lado, en cuanto al incumplimiento del precedente vinculante dictado en la sentencia 4227-2005-AA/TC, es menester indicar que también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, tal como lo señala la Constitución en su artículo 118°, inciso 1. En este caso, la ilegitimidad constitucional de la estimación de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en detrimento del Poder Ejecutivo, es aún más notoria.

49. En efecto, el Tribunal Constitucional, tal como lo señala en el propio precedente, ya había advertido que en sede judicial se vienen dictando sentencias –que han adquirido la calidad de firmes– en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringen el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de este Tribunal, en virtud de los cuales los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad[24] (subrayado agregado).

50. Por eso mismo dispuso que tal sentencia, constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.° 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.° 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas. 44. Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas (subrayado agregado).

51. No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200°, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial.

52. Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo "de control de la Constitución" (artículo 201°), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo. De ahí que (...) puesto que prácticamente toda cuestión jurídico-constitucional puede ser planteada de alguna manera al Tribunal Constitucional (...) su interpretación tiene, como consecuencia de la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional para todos los órganos del estado, tribunales y poderes públicos (...) una importancia extraordinaria. Los Tribunales Constitucionales deciden sobre el derecho constitucional de manera vinculante en última instancia y por tanto con autoridad. Esto es diferente en estados sin justicia constitucional. En estos la clarificación determinante de las normas constitucionales es practicada por otros órganos constitucionales (Parlamento, Jefe de Estado)[25]. Dado que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de justicia constitucional, un juez, si es leal a la Constitución y a la ley, jamás puede ir en contra de los valores democráticos y del respeto de la Constitución y de su interpretación.

53. El respeto por el precedente establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial, se concretó en la Resolución de Jefatura N.° 021-2006-J-OCMA/PJ, de fecha 13 de marzo de 2006[26], en la cual se dispuso que:
todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes (...) N.° 4227-2005-AA/TC (...)
Aunque, poco después el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de un Comunicado de fecha 4 de abril de 2006, que por cierto no tiene carácter jurídico y carece de efectos legales, pretendió desconocer los efectos normativos de dicho precedente (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), recurriendo a una inconstitucional interpretación de la independencia jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial (artículo 146°, inciso 1 de la Constitución).

54. Todo ello muestra que la estimación de las demandas de amparo y de las demandas de cumplimiento por parte Poder Judicial desconociendo los efectos normativos de las sentencias aludidas supra, menoscaba la atribución constitucional que la Constitución (artículo 118°, inciso 9) le reconoce al Poder Ejecutivo; en otros términos, se ha configurado una mengua en las atribuciones constitucionales del primero con respecto a las atribuciones constitucionales de este último, por lo que es necesario, ahora, que se determine, para el presente caso, los efectos de la sentencia atendiendo a la particularidad de este tipo de conflicto de atribuciones.

§6. Los efectos de la sentencia del presente proceso competencial

55. La primera cuestión que se debe precisar es que, como se ha visto, el de autos no es un conflicto de atribuciones constitucionales positivo, negativo o de omisión en cumplimiento de acto obligatorio. Además de la vinculación a los poderes públicos y efectos erga omnes, para el primer caso, el Código Procesal Constitucional (artículo 113°) prevé que la sentencia
(...) determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos (subrayado agregado).
56. Para el supuesto de los conflictos de competencias o atribuciones negativas, el mismo dispositivo establece que la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.
De lo cual se concluye que, normalmente, la sentencia sobre el fondo que pone fin al proceso competencial tiene como fin principal determinar la titularidad de las competencias o atribuciones que correspondan a un determinado poder del Estado u órgano constitucional, seguido, algunas veces, de la anulación de los actos viciados de incompetencia que se hayan dictado.

57. Sin embargo, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones constitucionales por menoscabo; por ende, es necesario que este Tribunal determine los efectos de éste conflicto. La doctrina señala que esta decisión va, en principio, unida a la declaración sobre la competencia, de forma que si el órgano que emanó el acto o disposición impugnados carecía de competencia, o si aún teniéndola la ejerció de forma tal que lesionó la competencia de otro órgano, el Tribunal Constitucional debe necesariamente declarar su nulidad[27] (subrayado agregado).

58. Es evidente, entonces, que la sentencia en este caso no tiene como contenido principal determinar la titularidad de las atribuciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, pues ambos entes han actuado en el

marco de sus atribuciones constitucionales; antes bien, lo que hará será declarar la nulidad de aquellos actos -en este caso jurisdiccionales- viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo las sentencias del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, y que causan un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo. En esta forma de decisión, los efectos de la sentencia trascienden a las partes legitimadas en el proceso competencial.

59. Más aún, dichos actos jurisdiccionales se han dictado, como señala el demandante, al margen de lo que prescrito por el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial[28], el cual establece que "cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular".

60. Este vicio de ilegitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente de Derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado:

(...) así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.° de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional (...)
Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente[29].

61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado[30]. Y ello es así porque la norma fundante básica [la Constitución] es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen[31].

62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie, su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra.

63. Por ende, en aplicación del artículo 113° del Código Procesal Constitucional, el cual establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional anula las disposiciones o actos viciados de incompetencia, debe declararse la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que han estimado sendas demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las sentencias 009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC y que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 118°, inciso 9, tenía la atribución constitucional de cumplir y hacerlas cumplir.

§7. Sobre las solicitudes presentadas por la Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas y otros

64. La Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas, con fecha 2 de noviembre de 2006, Sun Inversiones S.A.C., con fecha 16 de noviembre de 2006, así como Los Faraones S.A.C., Import & Export Golden S.A.C., Exactum Game S.A.C., Abraxsa S.A.C., Sagitario S.A.C., El AZ Ganador S.A.C., Apex Corporation S.A.C., de fecha 2 de noviembre de 2006, presentaron solicitudes a fin de que el Tribunal Constitucional permita su intervención en este proceso.

65. Debe precisarse al respecto que, si bien el proceso competencial, como todo proceso constitucional, tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva, es evidente que, principalmente, está vinculado a la garantía del orden objetivo constitucional; además, el Tribunal Constitucional resuelve, en este tipo de conflictos de atribuciones por menoscabo, más que por lo que puedan argumentar las partes o los que quisieran intervenir en el proceso, por el contraste del acto o disposición con el conjunto del ordenamiento constitucional.

66. Debe puntualizarse que en el proceso competencial se resuelven las controversias jurídicas de los sujetos legitimados por la Constitución (artículo 202°, inciso

3) y el Código Procesal Constitucional (artículo 109°). Ciertamente, sus efectos -como todo acto legislativo, judicial o administrativo- pueden incidir, directa o indirectamente, sobre la esfera jurídica de terceros, pero no puede decirse que de ahí se derive, necesariamente, una afectación del derecho al debido proceso; más aún si se considera que los derechos fundamentales no son absolutos, sino susceptibles de afectaciones legítimas por parte del Estado.

67. No obstante ello, mediante decreto de fecha 1 de enero de 2007, este Tribunal ha dispuesto que se tenga en consideración, en lo que sea constitucionalmente relevante, para la resolución de la presente controversia constitucional, las apreciaciones de los solicitantes. Siendo ello así, de los escritos presentados se puede extraer que la cuestión esencial que se plantea es que se estaría afectando, en caso se declare fundada la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo, la garantía de la cosa juzgada reconocida por el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución[32].

§8. Sobre la cosa juzgada constitucional

68. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento de los solicitantes. En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6° del Código Procesal Constitucional. Al efecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201°), y que, en determinados procesos constitucionales -hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento-, es instancia final de fallo (artículo 202°, inciso 2 de la Constitución) de las resoluciones del Poder Judicial; en otros –proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial– es instancia única (artículo 202° inciso 1); de ahí que sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la LOTC).

69. Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.

70. Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139°, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

71. Bajo estas consideraciones, es evidente que en el presente caso las resoluciones judiciales que se dictaron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y los efectos normativos de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la sentencia 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional y, por ende, no puede afirmarse que su nulidad constituya una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, ambos principios reconocidos en el artículo 138°, incisos 2 y 3 de la Constitución, respectivamente. Y es que de la relación que existe entre la Constitución y el proceso se deriva que éste no puede ser concebido como un instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral de cara la realización de determinados valores constitucionales, pues esta es una práctica propia del positivismo y relativismo procesalista; antes bien, debe entenderse como un instrumento jurídico comprometido con la realización de valores democráticos y con el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales.

§9. Sobre la Ley N.° 28945

72. Con fecha 24 de diciembre de 2006, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N.° 28945, Ley de Reordenamiento y Formalización de la Actividad de Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas; el artículo 2° de la Ley mencionada establece que

"También podrán acogerse al procedimiento de reordenamiento y formalización previsto en el presente artículo, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, vienen explotando salas de juego de máquinas tragamonedas con Autorización Expresa otorgada por la Dirección Nacional de Turismo en cumplimiento de un mandato judicial.

Igualmente, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, han venido explotando salas de juego de máquinas tragamonedas en virtud de acuerdos privados celebrados con titulares de sentencias o resoluciones judiciales que restringieron el ejercicio de las facultades de autorización, fiscalización y sanción de la Dirección Nacional de Turismo".

73. Sobre esto es necesario reiterar que el ocio que promueve a través el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta que pueden generar adicción –ludopatía– con efectos económicos

y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas[33].

74. En ese sentido, si bien tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo han considerado necesario dictar una normativa que permita la formalización y regularización de las empresas que se dedican a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional estima que, en ningún caso, las resoluciones judiciales antes mencionadas pueden dar lugar a la exoneración o incumplimiento de los requisitos legales establecidos para dicha actividad. En todo caso, es legítimo que la autoridad correspondiente exija el pleno acatamiento de tales requisitos y, en los casos que corresponda, que aplique las sanciones administrativas y medidas correctivas previstas en las leyes correspondientes.

75. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional estima pertinente recordar que, de acuerdo con el artículo 47° de la Constitución, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos, los que deben actuar con la responsabilidad y diligencia debida a fin de resguardar el cabal cumplimiento del orden público constitucional. Del mismo modo, recomienda que el Poder Ejecutivo, en general, y la procuraduría pública del MINCETUR, en particular, realicen todos los actos necesarios que coadyuven al cumplimiento efectivo del mandato constitucional reconocido en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución.

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 24 de enero de 2003, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de declaración de certidumbre (Exp. N.° 066-2002) seguido por Sociedad Exportadora Santa Isabel S.A.C., Harumi Company S.A.C., Sun Nippon Company S.A.C., Pacific Entertainments S.A.C., Famh E.I.R.L, Inversiones CMM S.A.C. y MCM Recreativos S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Primera Sala Mixta de Junín, mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2004, y fue elevada en casación, siendo declarada improcedente por la Sala Civil Suprema mediante resolución de fecha 9 de agosto de 2005; por conceder, a favor de las empresas demandantes, plazos irrazonables y manifiestamente excesivos de adecuación a la Ley 27153 (entre 15 y 20 años); apartándose de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 009-2001-AI/TC, en el extremo en que este Tribunal se pronunció sobre la necesidad de establecer un plazo razonable de adecuación, acorde con el principio de proporcionalidad (fundamento 17).
- La resolución de fecha 18 de junio de 2006, emitida por Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, en el proceso de amparo (Exp. N.° 125-2004) seguido por Vaclau S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo; por otorgar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 7 de enero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 179-2004) seguido por Nevada Entretenimientos S.A.C., Juegos Recreativos Huascarán S.A.C., Inversiones Las Siete Tinajas S.A.C., Tourist Entretenimientos S.A.C., Alpamayo Inversiones S.A.C., Entretenimientos del Centro S.A.C., Oroya Turística S.A.C., Sierra Machines S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Mixta de Junín, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2005; por contradecir los fundamento 3, 4 y 8, entre otros, de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 4 de febrero de 2005, emitida por el Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.° 804-2004) seguido por la Empresa Raymi & Games S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Civil de Cajamarca, mediante sentencia de fecha 6 de julio de 2005; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 13 de mayo de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Maynas, en el proceso de amparo (Exp. N.° 018-2004) seguido por Inversiones Malok S.A.C., Driza Holding S.A.C., Corporación Kodra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Maynas, mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2005; por contradecir lo dispuesto en el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, esto es, que los requisitos previstos en la Ley 27153 no afectan el derecho a la libre iniciativa privada ni el principio de igualdad.
- La resolución de fecha 9 de diciembre de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 149-2005) seguido por J.W. Corporation S.A.C., JD General Investment S.A., Merchant Investment Corporation, Red One S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 8 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 30 de enero de 2006, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 180-2005) seguido por Inversiones Andean del Centro S.A.C., Slots Zeta Games S.A.C., Slots Omega Investments S.A.C., Recreativos Slots

del Pacífico S.A.C., La Máquina de la Suerte Investment S.A.C., Juego y Aventura Real S.A.C., Inversiones Palacio del Juego S.A.C., International Juegos Huari S.A.C., Gaming Services Investment, Corporation Machines & Entertainment S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 5 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.

- La resolución de fecha 19 de noviembre de 2004, emitida por el Juzgado Mixto de Casma, en el proceso de amparo (Exp. N.° 364-2004) seguido por Z & Z Interset S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Chimbote, mediante sentencia de fecha 12 de agosto de 2005; por disponer aplicar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 31 de agosto de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 097-2005) seguido por Camacho Games S.R.L., Saltadistas de la Suerte S.A.C., Machines Los Antes Slots S.A.C., Juegos Slots Multinacionales S.A.C., Sun Inversiones S.A.C., Metropolis Games S.A.C., Andean Slots S.A.C., Diversiones JR. S.A.C., Mak's International S.R.L. y Mundo Electrónico S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4, 5 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 22 de agosto de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Yanahuanca-Cerro de Pasco, en el proceso de amparo (Exp. N.° 014-2005) seguido por Mex Lim S.R.L. e Inversiones Vizcarra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 2 de setiembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Mixto de Cutervo, en el proceso de amparo (Exp. N.° 043-2005) seguido por Estrella de la Suerte S.A.C., Inversiones Balora S.A.C., Inversiones Bambamarca S.A.C. y Juegos y Diversiones Las Tullpas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de mayo de 2006, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.° 275-2006) seguido por la Empresa Los Faraones S.A.C. y Willians Gaming S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC y el FJ 40 de la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional.
- Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional.

2. Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de amparo (Exp. N.° 408-1997) seguido por Compañía Hotelera Lima S.A., Compañía Hotelera Talara S.A., Consorcio de Inversiones Santa Fe S.A., Corporación Aventura S.A., Crystal Palace S.A., Diversiones y Entretenimientos del Perú S.A., Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., Fantasy Club del Perú S.A., Flamingo Games S.A., Inversiones Las Vegas S.A., Inversiones Hobby S.A., Inversiones Yeniva S.A., La Silueta S.A., Machine Games S.A., Poker S.R.L., Promotora El Dorado S.R.L, Suttner & Visher S.A., The Palace Fortune S.A., Tourist Invesment S.A. y Xanthus S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de cumplimiento (Exp. N.° 1265-1997) seguido por Corporación de Inversiones Santa Fe S.A., La Silueta S.A., Textilco S.A., Diversiones y Entretenimiento del Perú S.A., Fantasy Club del Perú S.A., y Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
- La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Andahuaylas, en el proceso de amparo (Exp. N.° 0302-2001) seguido por el Consorcio de Inversiones Cathay S.A., Recreativos Fargo S.A., Balshem Gaming S.A. y Zlata Actividades Recreativas S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
- La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N.° 2153-2004) seguido por Inversiones KNN S.A. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.
- La resolución de fecha 17 de enero de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Tingo María, en el proceso de amparo (Exp. N.° 174-2004) seguida por Siglo XXI S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Huánuco, mediante sentencia de fecha 9 de agosto de 2005.
- La resolución de fecha 24 de febrero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Moquegua, en el proceso de amparo (Exp. N.° 060-2005) seguido por Magic Center S.C.R.L. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- La resolución de fecha 4 de noviembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.° 585-2005) seguido por Apex Corporation S.A.C. y 9 Reynas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

3. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de

conformidad con la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de abril de 2006.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

00006-2006-PCC/TC
Poder Ejecutivo c. Poder Judicial

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Si bien coincido con la mayoría de los argumentos en que se sostiene la demanda me es preciso añadir lo siguiente:

Considero que la facultad otorgada al Tribunal Constitucional para declarar los efectos de su sentencia en el proceso competencial y con ello anular las resoluciones emitidas a partir de un viciado ejercicio de la competencia a que se refiere el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, debe efectuarse mediante un estricto test que aprecie las consecuencias de dicha anulación, mas aún si el efecto de la sentencia recaerá sobre resoluciones judiciales emitidas por una entidad a la que la Constitución le ha conferido el deber de impartir justicia, como lo es el Poder Judicial.

Por otro lado no es sólo la doctrina la que debe procurar elementos para apreciar la necesidad de corregir algún eventual ejercicio de las atribuciones del Poder Judicial que menoscaban las atribuciones de otros órganos constitucionales (en el caso el Poder Ejecutivo) sino también debe tenerse en cuenta la imbricación entre la Constitución y la ley con la realidad en la cual se desenvuelven y de la cual el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el propio Tribunal Constitucional no pueden situarse al margen.

En el caso que nos ocupa el artículo 138 de la Constitución Política otorga al Poder Judicial el ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en el inciso 13) del artículo 139, sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional, la Constitución establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; por otro lado nuestra Carta Magna establece que le corresponde al Poder Ejecutivo, específicamente al Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y las sentencias de los órganos jurisdiccionales (incisos 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución); y el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y ejerce tal atribución mediante la resolución de las causas que se someten a su conocimiento.

No cabe duda que el reparto de competencias establecido por la Constitución no puede conspirar contra el orden constitucional y provocar, en vez de la armonía y el balance de poderes una situación de conflicto permanente y lagunas exentas de control que desautoricen al Estado como componente esencial de la democracia. Es en este sentido que conforme a una lectura de unidad de la Constitución, se impone como menester conjugar las diversas atribuciones otorgadas a los órganos constitucionales; y, en ello, qué duda cabe es el propio Tribunal Constitucional quien tiene que definir el ámbito de sus propias competencias y atribuciones.

Este Tribunal, por ello, debe destacar su labor de pacificación, pues le compete solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y su labor de ordenación, en la medida que sus decisiones tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante; en este sentido es que este Colegiado, sin transgredir las competencias que le atribuye por la Constitución y desarrolladas por el Código Procesal Constitucional y por su Ley Orgánica, debe procurar la solución de los conflictos y propugnar el adecuado balance de los poderes de manera que sus precedentes y sus juicios de constitucionalidad encuentren real eficacia, lo que, sin duda, contribuirá a que la participación de los demás poderes del Estado en el ordenamiento social se realice sin el sometimiento absoluto de un poder respecto de otro, todo ello en la búsqueda de la paz social. Por ello, soy de la opinión que se deben efectuar las modificaciones constitucionales y legales dirigidas a consolidar el stare decisis y la cosa juzgada constitucional lo que permitirá que el Tribunal Constitucional sea efectivamente competente para conocer en consulta del ejercicio del control difuso llevado a cabo por el Poder Judicial en los procesos constitucionales; es en esta línea que, a partir de una lectura de unidad de la Constitución, este Colegiado ha optado por declarar, en primer lugar, nulas las sentencias dictadas en abierta contravención de las sentencias del Tribunal Constitucional (0009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC) siendo estos precedentes de obligatorio cumplimiento por lo que, aunque puedan generar controversia los fundamentos esgrimidos en el punto 8 de la sentencia de autos, estos tienen eficacia tanto vertical como horizontal y es este sentido que los reitero, del mismo modo en que debieron ser de observancia por los jueces del poder judicial; y en segundo lugar ha dejado en manos de la Corte Suprema la decisión final y responsable sobre aquellas causas resueltas antes del dictado de las sentencias aludidas

SR.
BARDELLI LARTIRIGOYEN

[1] Fojas 14 del expediente.

[2] Fojas 14 de la demanda.

[3] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de setiembre de 2006.

[4] Fojas 25 del expediente.

[5] STC 4903-2005-PHC/TC (fundamento 3)

[6] STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).

[7] STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).

[8] STC 0005-2005-CC/TC (fundamento 23).

[9] TRUJILLO RINCÓN, María. Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995. p. 156.

[10] TRUJILLO RINCÓN, María. Op. cit. p. 162.

[11] GÓMEZ MONTORO, Ángel. El conflicto entre órganos constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 148.

[12] "A questa configurazione soggettiva se ne è tuttavia aggiunta una oggettiva, più amplia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio (sostanziale o procedurale) di essa. In tal caso, ciò che é controverso é come un potere –della cui titolaritá non si discute– viene esercitato, sempre che dall'illegittima modalità di esercizio possa essere derivata una lesione dell'ambito delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione (...)". ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, Nuova edizione, 1988. p. 339.

[13] Fojas 1 del expediente.

[14] Fojas 650 del expediente.

[15] STC 009-2001-AI/TC.

[16] STC 4227-2005-AA/TC (fundamentos 43 y 44).

[17] RTC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (fundamento 23).

[18] STC 0003-2005-AI/TC (fundamento 3).

[19] Por todos, STC 4119-2005-PA/TC (fundamento 12); también STC 0024-2003/AI/TC.

[20] STC 6167-2005-PHC/TC (fundamento 2)

[21] STC 0012-2005-PI/TC (fundamento 4).

[22] STC 0002-2005-PI/TC (fundamento 36).

[23] STC 0019-2005-AI/TC (fundamento 66)

[24] STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 42).

[25] STERN, Klaus. Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 289.

[26] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de abril de 2006.

[27] GÓMEZ MONTORO, Ángel. Op. cit. p. 449.

[28] Escrito del demandante de fecha 9 de febrero de 2007.

[29] STC 0047-2005-PI/TC (fundamentos 33-34).

[30] STC 3741-2004-AA/TC (fundamento 42).

[31] KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. México D.F. UNAM, traducción de segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, 1982. p. 214.

[32] Fojas 313, 403 y 769.

[33] STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 40).

Exp. N° 0007-2006-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari. Se declara la constitucionalidad parcial de la Ordenanza N° 212-2005 expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, que establece una restricción del horario de funcionamiento de los locales ubicados en las calles San Ramón y Figari, conocida como Calle de las Pizzas y demás zonas de influencia del distrito de Miraflores].*

Fecha de Resolución: 22 de junio de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de noviembre de 2007

Resumen: En el presente caso se cuestiona la norma contenida en la Ordenanza Municipal N.° 212-2005 del Distrito de Miraflores que establecía restricción en el horario de funcionamiento de los locales ubicados en la conocida Calle de las Pizzas.

Al respecto, la posición del Tribunal Constitucional expresada a través de su sentencia recaída en el Expediente N.° 0007-2006-PI/TC, fue desestimar parcialmente la demanda. Y, para ello, se basó esencialmente en dos argumentos. El primero de ellos, que se refiere al reconocimiento del carácter fundamental del derecho al libre desarrollo de la personalidad, advirtiendo que este derecho como todo los demás derechos constitucionales no tiene carácter absoluto.

El Tribunal en sus FFJJ. 49 y 50 señaló que la concurrencia "a los establecimientos comerciales de la zona de la *Calle de las Pizzas*, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., en suma, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (...) Con ello no desconoce el Tribunal Constitucional que el artículo 2, inciso 22, alude como derecho el "disfrute del tiempo libre", pero debe observarse que éste no significa sino una concreta manifestación del derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, de la condición digna de la persona (...) En consecuencia, no se trata de conductas irrelevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sino del ejercicio de un derecho fundamental y que, como tal, exige también su garantía. Esto implica que el poder público no debe considerarlas bajo la idea de tolerarlas, sino como ejercicio de un derecho. Pero, como todo derecho, él no es absoluto y su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas y, desde luego, con un bien de relevancia constitucional de significativa entidad como es el orden público".

Y el segundo argumento, quizá el más contundente, refiere, luego de un obligatorio análisis de proporcionalidad, que la medida que restringe el horario de funcionamiento de los locales de la Calle de las Pizzas puede conculcar el derecho al libre desarrollo de la personalidad pero éste resulta *leve* si se compara con el daño que se produce al derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud acústica.

Señala en esa línea el Tribunal de conformidad con la ponderación efectuada que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es *leve*, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es *elevado*. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la *ley de ponderación* y, por tanto, es constitucional" (F.J. 56)

Temas Claves: Derecho a la dignidad humana - derecho al debido proceso - derecho al libre desarrollo de la personalidad - derecho al medio ambiente equilibrado - principio de generalidad de normas - revocación de licencias municipales - seguridad pública - test de proporcionalidad.

EXP. N.º 007-2006-PI/TC
LIMA
ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES
SAN RAMÓN Y FIGARI

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari

Sentencia del 22 de junio de 2007

Asunto:
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada Calle de las Pizzas.

Magistrados firmantes:

Landa Arroyo
Gonzales Ojeda
Alva Orlandini
Bardelli Lartirigoyen
Vergara Gotelli

Sumario

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMA OBJETO DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD
IV. ANTECEDENTES
A. Demanda
B. Contestación
V. FUNDAMENTOS
A. Excepción propuesta
§1. Representación defectuosa o insuficiente del demandante
B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
§1. Vicio de incompetencia de la ordenanza: Las materias reguladas por las ordenanzas no son de su competencia
§2. Delegación de facultades a través de ordenanza
§3. Principio de generalidad de las normas
§4. Análisis de la restricción conforme al principio de proporcionalidad
• 4.1 Análisis de proporcionalidad I
• 4.2 Análisis de proporcionalidad II
§5. El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad
§6. Clausura definitiva como sanción contraria al Principio de proporcionalidad e irrazonable
§7. Debido proceso y pevocación unilateral de licencias de funcionamiento
VI. FALLO

EXP. N.º 007-2006-PI/TC
LIMA
ASOCIACIÓN DE
COMERCIANTES
SAN RAMÓN Y FIGARI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de junio de 2007, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Mesía Ramírez

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas N.° 212-2005 y N.° 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores.

II. DATOS GENERALES

Demandante	:	Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari
Norma impugnada	:	Ordenanza N.° 212-2005 y Ordenanza N.° 214-2005.
Vicio de inconstitucionalidad	:	Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 25, inciso c; Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 23, numeral 1, literal c).
Petitorio	:	Demanda de inconstitucionalidad de la Ordenanza 212-2005 y Ordenanza 214-2005, que establecen una restricción del horario de funcionamiento de los locales ubicados en las calles San Ramón y Figari, conocida como Calle de las Pizza; y demás zonas de influencia, constituidas por la Av. Óscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1, 2 y 3 y calle Benavides, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores.

III. NORMA OBJETO DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ordenanza N.° 212-2005

Que regula el horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales ubicados en los pasajes San Ramón y Figari, autodenominados "Calle las Pizzas" y zonas de influencia

"Artículo Primero.- Establézcase el siguiente horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales que se ubiquen en las calles San ramón y Figari, actualmente autodenominadas "Calle de las Pizzas", y demás zonas de influencia, constituidas por la avenida Oscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín cuadras 1, 2 y 3; calle Bellavista cuadras 1 y 2, debiendo cesar sus actividades:

- De domingo a jueves a la 01:00 horas del día siguiente
- Los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente.

Artículo Segundo. Modificar el Cuadro de Infracciones y Sanciones vigente, agregando la siguiente infracción municipal:

CÓDIGO	INFRACCIONES	MONTO DE LA MULTA EN PROPORCIÓN A LA UIT VIGENTE	MEDIDA COMPLEMENTARIA
02-114	Por operar un establecimiento comercial fuera del horario permitido.	1UIT	CLAUSURA DEFINITIVA

Artículo Tercero.- La presente Ordenanza entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Artículo Cuarto.- Deróguese cualquier disposición municipal que se oponga en la presente Ordenanza, y déjese sin efecto las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas.

Artículo Quinto.- Encárguese el cumplimiento estricto de lo dispuesto en la presente Ordenanza, a la Gerencia de Fiscalización y Control y a la Gerencia de Seguridad Ciudadana, en coordinación con la Policía Nacional, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 46 de la Ley N.° 27972.

Ordenanza N.° 214-2005

Que precisa el horario de cese de actividades de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las calles San ramón y Figari, autodenominadas "Calle las Pizzas" y zonas de influencia

"Artículo Primero.- Establecer que el horario de cese de actividades de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las Calles San Ramón y Figari, autodenominadas "Calle de las Pizzas" y demás zonas de influencia, será el señalado en la Ordenanza N.° 212, quedando autorizados a reiniciar sus actividades a partir de las 07:00 horas.

IV. ANTECEDENTES

A. Demanda

La Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari manifiesta que, mediante la Ordenanza N.° 212-2005, se restringió el horario de atención y funcionamiento de los locales comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, denominada Calle de las Pizzas, y zonas de influencia constituidas por la Av. Óscar Benavides (diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1,2 y 3 y calle Bellavista, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores, imponiéndose el límite para apertura de los establecimientos comerciales hasta la 1 a.m. de lunes a jueves y hasta las 2 a.m. los días viernes, sábados y feriados. Asimismo mediante la Ordenanza 214-2005, se amplia los efectos de la Ordenanza 212-2005, estableciendo que los locales comerciales solo podrán reiniciar sus actividades a partir de las 7 a.m. Del mismo modo objeta que las cuestionadas normas son contrarias al carácter general que debe revestir toda ordenanza, por el hecho que estas tienen un ámbito de aplicación localizado y específico, cuando las mismas deben tener exigencias sustantivas de carácter general, según lo establecido en el artículo 40 de la Ley 27972, y que su contenido no constituye materia regulable por medio de una ordenanza.

B. Contestación

La Municipalidad Distrital de Miraflores propone la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, la misma que fundamenta señalando que el cálculo del 1% de ciudadanos adherentes se ha efectuado en base al padrón utilizado en el proceso electoral a nivel nacional el año 2001, según lo establecido en el artículo 203, inciso 5), de la Constitución; sin embargo en la mencionada norma no se precisa si dicho monto porcentual de ciudadanos debe computarse respecto del último acto electoral válido del año 2001, como erróneamente lo interpreta el JNE, o del número de ciudadanos hábiles al momento en que se interpone la demanda, es decir del año 2006. Además señala que del total de firmas o suscriptores consignados en la relación de adherentes se ha constatado que 254 personas que figuran como registradas, no son ciudadanos que residen dentro de su ámbito territorial, por lo tanto no se cumple con el requisito del uno por ciento de registros válidos de ciudadanos del ámbito territorial del distrito de Miraflores establecido en artículo 203, inciso 5), de la Constitución.

Respecto al fondo de la demanda señala que le asiste la facultad constitucional de ejercer sus funciones de gobierno emitiendo para ello ordenanzas municipales en virtud de la autonomía política, económica y administrativa. Así mediante Ordenanza N.° 214-2005, se complementa la Ordenanza N.° 212-2005, pues si bien la primera establecer el horario en que deben

cesar sus actividades los locales y establecimientos comerciales de la zona determinada, la siguiente fija el horario a partir del cual pueden reiniciar sus actividades fijándolo hasta las 7:00 horas. Afirma que la restricción en el horario de atención para los locales y establecimientos comerciales se justifica en el interés público y los beneficios para la comunidad que se esperaba obtener con ella pues dichos establecimientos vienen incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa civil, causando peligro inminente a la vida e integridad de las personas que laboran y concurren a dichos locales; consecuentemente, tal restricción de horarios tiene como justificación la conservación del orden, la preservación de la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salud de los vecinos del distrito de Miraflores.

Respecto a la inconstitucionalidad de las ordenanzas por defecto de regulación general distrital, afirma que estas fueron emitidas por un órgano estatal de jurisdicción distrital, por lo que se trata de disposiciones restringidas a determinado ámbito territorial; además es posible legislativamente establecer restricciones o tratamientos especiales a determinado ámbito territorial o determinada actividad dentro de un distrito. De igual manera las ordenanzas no regulan materia distinta a las señaladas en el artículo 40 de la Ley 27972 pues las funciones y competencias de los municipios distritales no culmina únicamente con lo establecido por dicha ley ya que existen otras disposiciones que reconocen atribuciones especiales a los gobiernos locales.

V. FUNDAMENTOS

A. EXCEPCIÓN PROPUESTA

§1. REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DEL DEMANDANTE

1. La demandada ha propuesto la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante. Ha alegado que la cifra que se consideró para contabilizar el 1% de la población, para poder interponer una demanda de inconstitucionalidad contra las Ordenanzas cuestionadas, ha sido la que corresponde al padrón electoral del año 2001, debiendo, por el contrario, haber considerado el "padrón electoral del año 2005, que sirvió para las últimas elecciones presidenciales, por tratarse del último padrón fiscalizado y aprobado por el organismo electoral". Asimismo, afirmó que el "número de firmas registradas o suscribientes en los respectivos planillones (...) consigna a personas que no residen en el distrito de Miraflores, que no son contribuyentes y (...) [que] en 81 casos si bien se encuentran registradas que viven en el distrito de Miraflores no tienen la condición de ciudadanos residentes en el distrito de Miraflores."

2. El Tribunal Constitucional, por resolución de fecha 18 de octubre de 2006, solicitó al Jurado Nacional de Elecciones que se informara al respecto, solicitud que fue absuelta por carta del Secretario General, de fecha 5 de enero de 2007.

3. En dicha información se ha afirmado que el padrón electoral que se tomó en cuenta para la contabilización del 1% de ciudadanos fue el de las elecciones regionales y municipales del año 2002 "por ser las últimas elecciones de carácter nacional realizadas en el país, al momento de presentarse la citada solicitud". En el citado documento, se informa que la solicitud de comprobación de firmas fue presentada el 14 de diciembre de 2004. Cabe precisar que la resolución del Jurado Nacional de Elecciones por la que se comprueba positivamente el recaudo de firmas correspondientes al 1% de ciudadanos, por parte de la demandante, fue expedida con fecha 14 de febrero de 2006 (Cfr. fojas 86 de autos).

4. De lo anterior se infiere que la determinación del cumplimiento del requisito de que la demanda de inconstitucionalidad sea interpuesta por el 1% de ciudadanos de la circunscripción correspondiente a la Municipalidad que expidió las Ordenanzas cuestionadas, ha tenido en consideración el padrón electoral de las últimas elecciones nacionales que tuvo lugar con motivo de las elecciones regionales y municipales del año 2002, ello debido a que en el momento de que la demandante solicitó la comprobación de firmas, esto es, el 14 de diciembre de 2005, la cifra correspondiente al 1% era la que había sido publicada el 22 de octubre de 2004 y que, según afirma, ha sido la considerada para efectos de examinar si la demandante cumplía o no el requisito cuestionado.

5. En cuanto a la alegación de que 81 casos de las personas que registran sus firmas en los planillones no corresponden a ciudadanos "residentes" en el distrito de Miraflores, cabe afirmar que la dirección de los ciudadanos es la que corresponde a la que se halla inscrita en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a cargo de la RENIEC. El registro de esta dirección es iure et iure el que ha de considerarse a efectos de interpretarse el concepto "ciudadanos del respectivo ámbito territorial" a que se refiere el artículo 203, inciso 5), de la Constitución.

B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA

§1. VICIO DE INCOMPETENCIA DE LA ORDENANZA: LAS MATERIAS REGULADAS POR LAS ORDENANZAS NO SON DE SU COMPETENCIA

6. Los Gobiernos Municipales son titulares de competencias sobre determinadas materias. Ello significa que detentan potestad normativa para regular las materias que corresponden al ámbito de su competencia.

7. El artículo 40°, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades, N.° 27972, (en adelante LOM) establece: "Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa."

8. Conforme a esta norma, el ámbito propio de regulación de una Ordenanza no se circunscribe a la aprobación de la organización interna de las Municipalidades, y la regulación de los servicios públicos, sino abarca

también la regulación de las "materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa". En consecuencia, el problema a abordarse es si la materia objeto de regulación de las Ordenanzas corresponde o no a la competencia de la Municipalidad demandada.

9. La Constitución en su artículo 195º, incisos 6 y 8, establece, respectivamente, que los Gobiernos Regionales son competentes para: "Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial." (énfasis añadido) "Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley." (énfasis añadido)

10. Conforme a estas disposiciones, los Gobiernos Municipales detentan competencia sobre la regulación de los servicios en materia de recreación y sobre planificación del desarrollo urbano y zonificación.

11. La Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972, (en adelante LOM) establece en su artículo 79º, apartado 3.6.4, que es condición de competencia exclusiva de la Municipalidad Distrital, la de: "Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de: "Apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación."

12. De una interpretación literal de esta disposición se infiere que la regulación de las condiciones relativas a la "apertura de establecimientos comerciales" constituye materia propia de las Municipalidades Distritales. Ahora bien, bajo este concepto debe entenderse las condiciones y requisitos que, en general, se deben satisfacer para la apertura de establecimientos comerciales. Dentro de ellas, no sólo están los requisitos para la concesión de una licencia para la apertura de un establecimiento comercial, sino también las normas que regulan algunos aspectos que, según el caso, puedan estar relacionados con la "apertura de establecimientos comerciales".

13. Ello no significa que tal regulación pueda ser arbitraria o se halle desprovista de límites materiales; por el contrario, como toda norma, ella deberá ser plenamente compatible con el conjunto de derechos fundamentales y principios de la Constitución; sin embargo, el examen de si tal compatibilidad es satisfecha o no por una Ordenanza Municipal concierne al examen del contenido o eventual vicio material, que debe ser claramente distinguido del vicio competencial aquí analizado.

§2. DELEGACIÓN DE FACULTADES A TRAVÉS DE ORDENANZA

14. La demandante ha impugnado también la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ordenanza N.º 212. Esta disposición establece:

"Facúltese al Alcalde de Miraflores para que, mediante Decreto de Alcaldía, dicte normas complementarias a la presente Ordenanza así como también señale nuevos lugares del distrito en los que se pudiese generar la misma problemática, a la que se aplicarán las reglas de la presente Ordenanza."

15. Esta norma faculta al Alcalde para dos aspectos: el dictado de "normas complementarias" de la Ordenanza y la extensión del ámbito de aplicación de aquélla a otros lugares del distrito.

16. En cuanto a la primera cuestión, la premisa de la que debe partirse es la siguiente. La LOM dispone en su artículo 42º que los Decretos de Alcaldía "establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas". Asimismo, señala que el Alcalde está facultado para "Dictar decretos (...), con sujeción a las leyes y ordenanzas" (art. 20, numeral 6, LOM, énfasis añadido). Esto significa que en el sistema de fuentes de lo que la LOM ha denominado ordenamiento jurídico municipal (art. 38º), los Decretos de Alcaldía constituyen manifestación de la potestad reglamentaria de la Alcaldía, en tantoórgano ejecutivo del gobierno local (art. 5º LOM). En tal sentido, el Alcalde puede ejercer tal potestad a efectos de desarrollar o concretizar una Ordenanza, para la expedición de lo que en doctrina se conoce como reglamento ejecutivo.

17. En consecuencia, el dictado de normas complementarias a través de Decreto de Alcaldía no puede interpretarse sino como alusión a la potestad reglamentaria que el Alcalde puede ejercer a efectos de desarrollar o concretizar la Ordenanza, para la expedición de lo que en doctrina se conoce como reglamento ejecutivo. En consecuencia, en tanto la facultad de dictado de normas complementariaspor Decreto de Alcaldía está aludiendo, en realidad, a la potestad reglamentaria de la Ordenanza, la primera norma de la disposición no resulta inconstitucional.

18. En cuanto a la extensión del ámbito de aplicación de la Ordenanza a otros lugares del distrito, ella resulta inconstitucional por contravenir las normas que componen el bloque de constitucionalidad y, concretamente, la Ley Orgánica de Municipalidades. A diferencia del supuesto anterior, el objeto de la norma es facultar o delegar al Alcalde una potestad normativa propia del Consejo Municipal. Se está aquí ante un supuesto de delegación de facultades normativas propias del Consejo a favor del Alcalde.

19. La LOM establece en su artículo 40º las materias que son propias o pueden ser reguladas por una Ordenanza. Según ella, tales materias pueden ser:

- aprobación de la organización interna de la Municipalidad;
- regulación, administración y supervisión de servicios públicos, y
- regulación, administración y supervisión de materias de competencia normativa de la municipalidad

20. De la lectura de esta disposición se infiere que no es materia propia de una Ordenanza la regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico municipal. La delegación de facultades que la Ordenanzaefectúa a

favor del Alcalde para regular materias propias de aquélla categoría, significa introducir una forma de creación de derecho municipal, esto es una norma sobre la producción de normas no prevista en el citado artículo 40°. No hay en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico municipal una figura análoga a la delegación de facultades, que sí existe en el ordenamiento jurídico nacional cuando el Congreso la puede efectuar a favor del Poder Ejecutivo en virtud del artículo 104° de la Constitución. No se lee en ella que sea objeto de la Ordenanza la delegación de facultades normativas a favor del Alcalde. Tampoco se ha previsto como atribución del Consejo (art. 9° LOM), en cuanto titular de la potestad de expedir Ordenanzas (art. 39°, LOM), la figura de una delegación de facultades, y tampoco está contemplado que el Alcalde pueda ejercer potestad normativa a través de esa vía (Art. 20° LOM).

21. Por otra parte, ha de considerarse lo siguiente. La extensión del ámbito de aplicación territorial, personal o temporal, de una norma no es en absoluto concretización o especificación de dicha norma, sino la introducción ex novo de una nueva a un ámbito territorial, personal o temporal, en el que, hasta antes de ella, tal norma no existía.

22. En consecuencia, la facultad de que a través de Decreto de Alcaldía se extienda el ámbito de aplicación de las regulaciones de la Ordenanza a otros lugares del distrito no constituye una concretización o especificación de aquélla que pudiera ser comprendida como ejercicio de la potestad reglamentaria del Alcalde, sino la introducción ex novo de una norma, aún no existente, en otros lugares del distrito, pero no a través de una Ordenanza, sino a través de Decreto de Alcaldía. La norma está facultando para introducir, a través de decreto de alcaldía, nuevas normas en una materia –la apertura de establecimientos comerciales- que es propia de una Ordenanza.

§3. PRINCIPIO DE GENERALIDAD DE LAS NORMAS

23. La demandante ha sostenido que la norma cuestionada es contraria al carácter general que debe revestir toda ordenanza de conformidad con lo establecido en el artículo 40° de la Ley N.° 27972, esto es, que deba tener "como ámbito de aplicación a toda la jurisdicción distrital y no a un sector localizado y específico integrante de aquella".

24. La Ordenanza N.° 212-2005, expedida por la Municipalidad de Miraflores y publicada el 2 de noviembre de 2005, establece en su artículo 1° un "horario máximo de funcionamiento y atención al público" para el caso de "locales y establecimientos comerciales" que se ubican en la "Calle de las Pizzas" y demás "zonas de influencia". Conforme a esta disposición el horario máximo de funcionamiento es de domingo a jueves, a la 1.00 a.m. del día siguiente, y de viernes, sábado y vísperas de feriado, hasta las 2.00 a.m. del día siguiente.

25. El principio de generalidad de las normas que se infiere de lo establecido en el artículo 103°, ab initio, de la Constitución, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho. Conforme a este principio las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al derecho a la igualdad. El concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados. Así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es general.

26. Ahora bien, una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas. Para tal efecto, ha de analizarse la restricción del horario en aplicación del principio de proporcionalidad. Si la medida satisface las exigencias de este principio, entonces resulta constitucional; lo contrario supondrá su inconstitucionalidad.

§4. ANÁLISIS DE LA RESTRICCIÓN CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§4.1 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD I

27. Corresponde entonces examinar si la Ordenanza cuestionada constituye una norma general y, adicionalmente, si es que ella no es contraria al derecho a la igualdad. En cuanto al primer aspecto, cabe afirmar que ella satisface el requisito de generalidad debido a que el supuesto es abstracto y los destinatarios son indeterminados. El supuesto es los "locales y establecimientos comerciales" que se ubican en la denominada Calle de las Pizzas y "zonas de influencia". El objeto de regulación de la Ordenanza no es un supuesto concreto, sino cualquier establecimiento que esté ubicado en esa zona, se trata de cualquier local o cualquier establecimiento, actual o futuro, con lo cual se satisface la exigencia de abstracción; pero, además, constituye una regulación cuyos destinatarios no están determinados en función de los caracteres o condiciones personales de sus titulares, sino al margen del titular o los titulares de dichos establecimientos, de modo que dentro de ella quedan comprendidas todas las personas que desarrollan actividades comerciales en la zona o cualquiera que, en el futuro, pueda desarrollarla. Con esto, la Ordenanza satisface, además, la exigencia de indeterminación.

28. Una cuestión adicional que debe plantearse es si la Ordenanza, aun cuando es general, contraviene o no el derecho a la igualdad. No obstante que la absolución de este problema ya se encuentra anticipada con la respuesta afirmativa respecto de la exigencia de la indeterminación, la problemática de la igualdad requiere ser abordada específicamente.

29. La restricción del horario máximo de atención no es contraria al derecho a la igualdad puesto que tiene un fundamento objetivo y razonable. De la lectura de la parte considerativa de la Ordenanza N.°212 se advierte que el objetivo de la restricción es que "se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos miraflorinos", ello en tanto los establecimientos "no reúnen las medidas de seguridad necesarias" (décimo tercer considerando)

y los propietarios de estos establecimientos venían "incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil" (noveno considerando); que "no cumplen con las condiciones mínimas de seguridad, causando un peligro inminente a la vida e integridad física de las personas que laboran y concurren a dichos locales" (décimo considerando).

30. Pero ¿puede garantizarse la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento? Están en juego tanto la tranquilidad y seguridad de los vecinos de Miraflores como también la seguridad, vida e integridad física de las personas que trabajan en los locales y de sus concurrentes. ¿Puede la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción garantizarse restringiendo el horario máximo de apertura del mismo? La respuesta es negativa.

31. La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada.

32. Podría restringirse, incluso más, tal horario, pero ello no garantizaría la vida, la seguridad y la integridad de los trabajares y de los concurrentes a los establecimientos. Este planteamiento se basa en una presuposición no exacta, consistente en que en tanto los establecimientos estén abiertos hasta altas horas de la noche o hasta la madrugada, tanto más embriagados podrían estar los concurrentes y, así, ocasionar peligro en el resto de personas o, también, exponer aquellos su propia vida, seguridad e integridad. La inexactitud de tal presuposición reside en que omite que otro sector de concurrentes no opta por la ingesta de bebidas alcohólicas hasta el nivel de embriaguez, sino por la realización de actividades de diversión (baile, canto o la simple conversación), acompañada de la ingesta moderada de bebidas alcohólicas o, sencillamente, por la ingesta de bebidas no alcohólicas. En suma, no todos los concurrentes optan por la ingesta de bebidas hasta el nivel de la embriaguez, de modo que la mencionada suposición no es exacta y, por ello, no puede servir de premisa para fundamentar la medida restrictiva de la Ordenanza.

33. En consecuencia, la restricción de la Ordenanza es una medida inadecuada para la protección de los derechos de las personas que trabajan en establecimientos y de las personas que concurren a los mismos. Esta conclusión podría conducir a que la restricción de la Ordenanza sea declarada inconstitucional; sin embargo, como a continuación se analiza, ella sí representa una medida proporcional, esto es, idónea, necesaria y ponderada, a efectos de proteger determinados derechos fundamentales de los residentes en las zonas aledañas a aquélla donde opera la restricción analizada.

§4.2 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD II

34. El objetivo de la medida es la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquélla donde opera la restricción analizada. En efecto, como es de público conocimiento, en la zona de restricción se produce un ruido que razonablemente puede considerarse como perturbador del sueño de los vecinos de la zona y, por tanto, el permitir que tal ruido se produzca en los horarios que opera la restricción y que corresponden justamente a los horarios de descanso o del dormir de las personas, perturbaría intensamente el desarrollo de estas necesidades humanas.

35. El ruido que se produce en la zona de restricción origina una contaminación acústica de considerable magnitud y se origina, por lo menos, en tres factores. Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y de otros. Por otra parte, el desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evacuación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada ocasionan ruidos provenientes tanto de las conversaciones de aquellos como también del tráfico de vehículos en la zona de restricción que traslada a los concurrentes.

36. En suma, el objetivo de la restricción es evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción. Tal objetivo tiene como fin o se justifica en el deber de protección del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (entorno acústicamente sano) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas donde opera la restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción.

37. Análisis de idoneidad. La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo. La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida por la Ordenanza, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.

38. Análisis de necesidad. La restricción es un medio necesario dado que no hay medidas alternativas, igualmente eficaces, que posibiliten un entorno acústicamente sano (objetivo) en las zonas aledañas a la de la restricción. Evidentemente, existen medios alternativos, pero que no son igualmente eficaces, como el permitir prolongar el horario de apertura con el establecimiento de niveles de decibelios tope en los establecimientos; sin embargo, resulta evidente que ello no eliminaría el sonido de la música en la zona y la contaminación acústica resultante de los otros factores

de contaminación que seguirían produciendo sus efectos lesivos, de modo que no se lograría el entorno acústicamente sano requerido para la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por el contrario, la restricción del horario de atención en los establecimientos en las horas determinadas en la Ordenanza constituye un medio más eficaz para posibilitar un entorno acústicamente sano que la mencionada alternativa hipotética. En consecuencia, si bien existe al menos una medida alternativa a la restricción examinada, dicha medida no es igualmente eficaz y, por tanto, la restricción examinada constituyó un medio necesario para la protección de los derechos al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud de los vecinos de las zonas aledañas a la de la restricción.

39. Análisis de ponderación. Para efectuar este análisis es preciso identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto. Hemos dejado establecido que el fin constitucional de la restricción es la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por su parte, la restricción constituye una intervención o limitación de la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales de la zona restringida (los miembros de la asociación demandante) y, además, una intervención del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida.

40. En esta estructura, el derecho a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento de la personalidad constituyen los derechos intervenidos o restringidos con la restricción examinada. Frente a ello se tiene los derechos al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, como los derechos por cuya protección se adopta la restricción examinada.

41. Por tanto, la ponderación tiene lugar, entonces, ante el conflicto del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente).

42. La estructura del examen de ponderación ha sido definida por este Tribunal Constitucional, con motivo de examinar una restricción en la libertad de trabajo, señalándose que "Conforme a éste [-la ponderación-] se establece una relación según la cual cuanto mayor es la intensidad de la intervención de la libertad de trabajo, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si tal relación se cumple, entonces, la intervención en la libertad de trabajo habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la libertad de trabajo sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional."[11]

43. Dado que la restricción examinada interviene también en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, la formulación de la ponderación en el presente caso habría de integrar este derecho, de modo que resultaría formulada en los siguientes términos:

"cuanto mayor es la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo y en el libre desenvolvimiento de la personalidad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización de la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (fin constitucional)."

Corresponde ahora examinar cada una de las intensidades y los grados de realización a efectos de que posteriormente pueda analizarse si se cumple o no esta ley de ponderación. La valoración de lasintensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve[12], escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil[13]. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar losgrados de realización del fin constitucional de la restricción.

44. La intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es leve. La Ordenanza no establece una limitación absoluta o total del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella sólo establece una limitación parcial, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada.

§5. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD

45. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 2, inciso 1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho:

"A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad." (énfasis añadido)

46. Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al "libre desarrollo y bienestar" pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido –desarrollo y bienestar–. Por ello, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.

47. El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

48. El Tribunal Constitucional alemán, en el célebre caso Elfes[4], interpretar este clásico enunciado de la Ley Fundamental alemana, -la Constitución de ese país- en su artículo 2.1, entendiendo que el contenido o ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad comprende la "libertad de actuación humana en el sentido más amplio", la "libertad de actuación en sentido completo"[5]. Se trata, entonces, de un "derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre"[6] y que no se confunde con la libertad de la actuación humana "para determinados ámbitos de la vida" que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales[7], tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.

49. En el caso concreto, los concurrentes a los establecimientos comerciales de la zona de la Calle de las Pizzas, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., en suma, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, el jolgorio, el esparcimiento, la diversión y conductas análogas de la persona son actos de ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, se hallan garantizados bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental. Con ello no desconoce el Tribunal Constitucional que el artículo 2, inciso 22, alude como derecho el "disfrute del tiempo libre", pero debe observarse que éste no significa sino una concreta manifestación del derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, de la condición digna de la persona.

50. En consecuencia, no se trata de conductas irrelevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sino, de modo totalmente contrario, del ejercicio de un derecho fundamental y que, como tal, exige también su garantía. Esto implica que el poder público no debe considerarlas bajo la idea de tolerarlas, sino como ejercicio de un derecho. Pero, como todo derecho, él no es absoluto y su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas y, desde luego, con un bien de relevancia constitucional de significativa entidad como es el orden público. Se trata, en suma, de que su ejercicio deba satisfacer el principio de concordancia práctica.

51. En efecto, la restricción de los horarios de apertura de los establecimientos en la Calle de las Pizzas constituye una restricción o intervención en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a dichos establecimientos, pues tal derecho les garantiza su visita a estos lugares.

52. En principio, se está ante una restricción legítima que tiene como propósito la salvaguarda del derecho al medio ambiente, la tranquilidad y a la salud, de los vecinos de la zona de restricción. Por otra parte, como se advirtió, no existe medio hipotético alternativo que pueda cumplir tal cometido.

53. Ahora bien, la intensidad de la intervención en el libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida es leve. Se trata de una restricción temporalmente parcial, limitada a determinadas horas, no de una restricción total. Esto significa que los concurrentes pueden divertirse y encontrar un espacio de esparcimiento en la Calle de las Pizzas durante buena parte de la noche e, incluso, de la madrugada, pero no durante toda la noche, hay un margen temporal suficientemente razonable para que las personas puedan recrearse en este espacio de Miraflores. Por otra parte, se trata de una restricción espacialmente parcial, no total; es decir, los concurrentes pueden optar por lugares alternativos a los de la zona bajo restricción, donde no exista esta o, por último, en los domicilios de los mismos. Por tanto, la restricción del libre desenvolvimiento de la personalidad es de intensidad leve.

54. El grado de realización de la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad es elevado. El derecho al medio ambiente adecuado está garantizado por el artículo 2, inciso 22, de la Constitución. Este derecho comprende, entre otros aspectos, la garantía de un entorno acústicamente sano. La mejor forma de alcanzar este objetivo es posibilitando un ambiente silente, lo que es particularmente importante durante las horas nocturnas y de madrugada, objetivo que se alcanza justamente a través de la restricción de los horarios examinada.

55. El grado de realización de la protección del derecho a la salud es elevado. El descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la Calle de las Pizzas, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una elevada realización del derecho a la salud. La salud, por su importancia, no puede protegerse a través de medios que den paliativos frente a los factores que la afectan o que la ponen en peligro, sino a través de medios plenamente efectivos, de modo que se garantice con eficacia el derecho a la salud de las personas.

56. En consecuencia, se tiene que la intensidad de la intervención es leve, mientras que el grado de realización del fin constitucional es elevado. Expuesto en otros términos, conforme a la ponderación efectuada se concluye que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la ley de ponderación y, por tanto, es constitucional.

§6. CLAUSURA DEFINITIVA COMO SANCIÓN CONTRARIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E IRRAZONABLE

57. La Ordenanza N.º 212 establece en su artículo segundo como sanción una multa equivalente a 1 UIT y como medida complementaria la clausura definitiva. Esta norma no resulta contraria al principio de razonabilidad. La grave intensidad de la afectación que un entorno acústicamente sano ocasiona en el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y, de modo importante, a la salud, justifican que la Municipalidad pretenda introducir un efecto disuasorio de máxima magnitud de posibles infracciones de los límites de horarios, a través de drásticas sanciones. Esta finalidad preventiva general o intimidatoria de la sanción administrativa a través de una drástica sanción resulta proporcional o acorde a la magnitud de la grave afectación que la contaminación sonora nocturna puede ocasionar en los vecinos de la zona de la restricción. La elevada magnitud de la sanción se corresponde, aquí, al elevado grado de afectación de derechos que la infracción puede ocasionar.

§7. DEBIDO PROCESO Y REVOCACIÓN UNILATERAL DE LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO

58. El derecho al debido garantiza (art. 139º, inciso 3, Constitución) a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos, debe estar precedido de un procedimiento donde aquélla pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, en particular, el derecho de defensa. En tal sentido, los actos del poder público que inciden en los derechos de la persona y que están desprovistos de un procedimiento previo donde se hayan cumplido aquellas garantías, afectan el derecho al debido proceso.

59. El artículo 4º de la Ordenanza N.º 212 establece lo siguiente: "(...) déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas."

60. Esta disposición resulta contraria al derecho al debido proceso. La Municipalidad demandada no puede revocar licencias sin que haya precedido un procedimiento, en cada caso, esto es, con respecto a la situación individual de cada titular de los establecimientos comerciales ubicados en la zona que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ordenanza.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia:
2. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el artículo 4º de la Ordenanza N.º 212, expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, únicamente en el extremo que dispone: "déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas"
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados.
4. Declarar **INFUNDADA** la excepción de representación defectuosa de la demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00007-2006-PI/TC
LIMA
ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES SAN RAMÓN Y FIGARI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Formulo este voto singular, cuyos argumentos principales expongo a continuación:

a) El objeto de la demanda de autos es que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N.º 212-2005 y de la Ordenanza N.º 214-2005, emitidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores, las cuales establecen restricciones en el horario de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales ubicados en los Pasajes San Ramón y Figari, conocida como "Calle de las Pizzas" y demás zonas de influencia, constituidas por la Av. Óscar Benavides (Diagonal), cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1, 2 y 3; y calle Bellavista, cuadras 1 y 2.

b) Dichas ordenanzas disponen que los locales y establecimientos comerciales ubicados en las calles antes referidas cesarán sus actividades : i) De domingo a jueves a las 01:00 horas del día siguiente; y, ii) Los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente.

c) Debo dejar constancia, en principio, que comparto, por los mismos fundamentos, el pronunciamiento que declara inconstitucional el artículo 4º de la Ordenanza N.º 212, en la parte que dispone "déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas". Del mismo modo, considero también que la excepción de representación defectuosa de la demandante debe desestimarse.

d) No obstante, disiento de éste respecto al extremo por el que se declara "infundada la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados" por las siguientes razones.

e) La igualdad ante la ley es un principio jurídico constitucional que, entre otros aspectos, persigue tratar con igualdad en lo que somos iguales y, de diversa manera, en lo que somos diferentes. Así, para establecer cuándo se está frente a una medida que implica trato desigual y, cuándo frente a una medida que solamente establece diferenciación, es necesario evaluar lo que la doctrina ha venido en denominar la razonabilidad. Ahora bien, si la desigualdad nace de la ley, debe determinarse, primero, si existe

una causa objetiva y razonable que la fundamente. Luego, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable, debe haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin; o, lo que es lo mismo, que los motivos que se alegan para justificar la desigualdad sean razonables. Y, por último, si el trato que se cuestiona genera o no consecuencias diferentes entre dos o más personas. Como es de verse, lo fundamental es el examen dentro de la norma para encontrar las razones que puedan justificar la desigualdad.

f) En ese sentido, considero que las impugnadas ordenanzas –que regulan el horario máximo de funcionamiento de los establecimientos comerciales ubicados en la denominada "Calle de las Pizzas" y demás zonas de influencia– resultan incompatibles con la Constitución Política del Estado, pues del examen de éstas no se advierte, la razón que justifique el trato desigual con respecto a otros locales del mismo género ubicados en el mismo distrito, ni tampoco que los motivos que se alegan para justificarla sean razonables. Por el contrario, tal trato genera consecuencias diferentes entre los establecimientos comerciales ubicados en las zonas materia de regulación con respecto a aquellos ubicados en el mismo distrito de Miraflores, pero en otras ubicaciones, por lo que, en ese sentido y, como se expone a continuación, es el derecho a la igualdad en la ley, constitucionalmente previsto por el inciso 2) del artículo 2° de la Norma Fundamental, el que ha sido lesionado.

g) En principio, estimo oportuno precisar que, respecto a la invocada protección de la vida e integridad de las personas que laboran y concurren a dichos locales, así como en cuanto a la conservación del orden y la preservación de la seguridad ciudadana, como razones que justifican la expedición de las ordenanzas, es evidente que la restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para los fines que persigue la Municipalidad, pues incluso hasta antes de las 02:00 horas podría perfectamente presentarse alguna situación que atente contra alguno de los derechos y valores antes mencionados. Para ello, la comuna debe adoptar las medidas que tanto la Constitución como su Ley Orgánica le prevén, como por ejemplo un mejor y más adecuado servicio de seguridad, sea a través del Serenazgo o con el apoyo de la Policía Nacional.

h) A mi juicio, dichas ordenanzas resultan incompatibles con la Constitución, pues en el término de distinción que establece –referido a la protección del derecho a la paz y la tranquilidad y a gozar de un medio ambiente equilibrado de los vecinos residentes en las zonas aledañas, como justificación de las ordenanzas–, no existe ni una causa objetiva y razonable que fundamente la desigualdad, ni tampoco una debida justificación respecto del por qué de ella, no siendo, en consecuencia, ni razonable ni proporcional la diferencia establecida, pues, además, se generan consecuencias distintas entre los locales comerciales situados en la zona objeto de regulación, respecto de aquellos ubicados en el resto del distrito miraflorino.

i) En efecto, la Municipalidad Distrital de Miraflores, con tal decisión, esto es, la de restringir el horario de atención de determinados locales comerciales a efectos de proteger la salud y tranquilidad de los vecinos –y no hacer lo mismo con los otros establecimientos–, por el hecho de su ubicación, privilegia a un grupo de ellos con respecto a los demás, pues quienes se ubican en zonas distintas pueden continuar operando. Como consecuencia de ello, además, la comuna emplazada lesiona el derecho a la libertad de empresa.

j) Si bien es cierto constituye una finalidad legítima que la emplazada persiga proteger los derechos a la paz y la tranquilidad, a un medio ambiente sano y equilibrado y a la salud de sus vecinos, no puede, sopretexto de ello, adoptar medidas como las ordenanzas impugnadas en autos, que establecen un trato discriminatorio de unos respecto de otros y que, como corolario, terminan por afectar la libertad de empresa de sólo algunas empresas, por el sólo de hecho de estar ubicadas en determinado ámbito de su jurisdicción. Si en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente previstas en el numeral 195.8 de la Constitución pretende regular las actividades y/o servicios en materia de recreación y, con ello, proteger los derechos de sus vecinos, entonces corresponderá que una medida de tal naturaleza sea adoptada en todo el distrito, y no sólo en una parte de él.

k) Por lo demás, si los motivos adicionales que se alegan para justificar la medida, y que constan de la contestación de la demanda, son aquellos constituidos por problemas de seguridad –prostitución y drogas (sic)–, es precisamente la Municipalidad Distrital de Miraflores la que, en ejercicio de sus competencias previstas en el artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades, deberá adoptar las medidas necesarias para dar solución a dicha problemática.

l) Por ello, soy de la opinión que la demanda debe ser declarada fundada y, por tan virtud, inconstitucionales las Ordenanzas N.os 212-2005 y 214-2005, expedidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores.

S

MESÍA RAMÍREZ

---

[1] STC 8726-2005-PA/TC, fundamento N.° 22.

[2] Cfr. STC 0045-2005-PI/TC, fundamento N.° 35, recogiendo la escala propuesta por Alexy, Robert Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 60.

[3] Ibíd.

[4] Caso Elfes: BVerfGE 6, 32. La sentencia data del 16 de enero de 1957.

[5] Ibíd., 36

[6] Ibíd., 36-37

[7] Ibíd., 37

Exp. N° 0014-2006-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 28726 que incorpora y modifica las figuras de reincidencia y habitualidad al Código Penal y al Código Procesal Penal].*

Fecha de Resolución: 19 de enero de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de noviembre de 2007

Resumen: En la presente sentencia, el Colegiado Constitucional luego de realizar un examen de los distintos dispositivos de la Ley N.° 28726 que incorporan y modifican las normas del Código Penal y del Código Procesal Penal, confirmó su constitucionalidad.

En tal sentido, establece que el delito de reincidencia no afecta el principio del *ne bis in idem*, en tanto no se trata de una doble sanción, debido a que la agravación de la pena recae sobre un ilícito penal distinto.

Igualmente se advierte que la reincidencia no afecta el principio de culpabilidad, pues la legislación cuestionada satisface el test de proporcionalidad.

Y, en general, se señala que los dispositivos impugnados procuran velar por distintos bienes constitucionales como la paz y la seguridad ciudadana.

Temas Claves: derecho a la integridad personal - derecho al debido proceso - derecho penal del enemigo - fines de la pena - habitualidad delictiva - libertad personal - potestad del poder legislativo - principio de culpabilidad - principio de *ne bis in ídem* - principio de proporcionalidad - reincidencia delictiva - seguridad ciudadana.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0014-2006-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De 19 de enero de 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima c. Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.° 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46°, 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal, y el artículo 135° del Código Procesal Penal.

Magistrados firmantes:

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
MESÍA RAMÍREZ

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMAS CUESTIONADAS
III. ANTECEDENTES
IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
V. FUNDAMENTOS
VI. FALLO

EXP. N.° 0014-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CONO NORTE DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de enero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado

Vergara Gotelli, y el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N° 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	:	Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.
Disposición sometida a control	:	Ley N° 28726.
Disposiciones constitucionales	:	Artículo 139°, inciso 3 de la Constitución.
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N° 28726, debiendo extenderse los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a la Ley N° 28730.

III. NORMAS CUESTIONADAS

LEY N.º 28726 (LEY QUE INCORPORA Y MODIFICA NORMAS CONTENIDAS EN
LOS ARTÍCULOS 46, 48, 55, 440 Y 444 DEL CÓDIGO PENAL, Y EL ARTÍCULO 135
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Artículo 1.- Incorpora incisos al artículo 46 del Código Penal, Incorpóranse al artículo 46

del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor:

"12. La habitualidad del agente al delito.
13. La reincidencia".

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal
Incorpóranse al Código Penal los artículos 46-B y 46-C, con el siguiente tenor:

"Artículo 46-B.- Reincidencia
El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

Artículo 46-C.- Habitualidad
Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal".

Artículo 3.- Modifica los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal. Modifícanse los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, de acuerdo a los textos siguientes:

"Artículo 48.- Concurso ideal de delitos
Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)

7. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.

Artículo 444.- Hurto simple y daño
El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas o con sesenta a ciento veinte días-multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado.

La misma pena se impondrá si el agente realiza la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 189-A, cuando la acción recae sobre ganado cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital".

Artículo 4.- Modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal.
Modifícase el inciso 2) del artículo 135 del Código Procesal Penal, de acuerdo al texto siguiente:

"Artículo 135.-
(...)

2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito".

IV. ANTECEDENTES

A) Argumentos del demandante

a.1. Con fecha 8 de junio de 2006, don Jorge Ogres Sausa Cornejo, Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, en representación de esta institución solicita que se declare la inconstitucionalidad del texto íntegro de la Ley 28726 (publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de mayo de 2006), que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444

del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal, al incorporar inconstitucionalmente mediante sus cuatro artículos las figuras de reincidencia y habitualidad al Código Penal y al Código Procesal Penal, debiendo extenderse esta declaración de inconstitucionalidad a la Ley N.º 28730 -que modifica el artículo VIII del Título Preliminar, los artículos 50 y 51 del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69-.

a.2. Alega que la mencionada ley al incorporar institutos procesales como la reincidencia y la habitualidad a efectos de la determinación de la pena, transgrede el derecho constitucional al debido proceso, por cuanto para determinar la pena en un proceso a un reincidente o un habitual, la aumenta tomando en consideración hechos por los cuales ya se recibió una pena, lo que atenta contra el principio ne bis in ídem.

B) Argumentos del demandado

Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos, argumentando que la ley impugnada no vulnera los derechos constitucionales invocados en la demanda.

Sostiene que al haberse modificado el artículo 46°, que se refiere al momento de la determinación de la pena, se ha puesto en cuestionamiento la dimensión material del principio ne bis in ídem, para verificar si existe una doble sanción en el supuesto en que el juez tenga en consideración "la habitualidad del agente del delito" y la "reincidencia"; que, en consecuencia, sólo podrá hablarse de reincidencia o de habitualidad partiendo de la comisión de un "nuevo delito doloso", lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien "por un delito por el cual ya ha sido sancionado o absuelto"; y que el Estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente, lo cual no representa una nueva sanción. Agrega que tampoco se puede afirmar que existe una vulneración del principio del ne bis in ídem en su versión procesal, pues no existe un doble juzgamiento del primer delito cometido por el que ya se fue condenado, en caso de reincidencia, ni frente a un doble juzgamiento de los anteriores delitos en el caso de habitualidad en el delito, ya que lo que se juzga es un "nuevo delito doloso", cuya comisión hace que, según los antecedentes del agente, se configure la reincidencia o la habitualidad, que solo constituyen circunstancias agravantes.

Respecto al derecho constitucional a la igualdad, en el que la parte demandante cuestiona las modificaciones que la Ley N° 28726 introduce a los artículos 46°, y 440°, incisos 5 y 7 del Código Penal, así como al artículo 135° del Código Procesal Penal, argumenta que el solo hecho de que se produzca un tratamiento diferente por causas objetivas y razonables, como cuando se produce la reincidencia y la habitualidad, no supone un atentado a la igualdad ante la ley o, dicho de otro modo, una intervención en la prohibición de discriminación; que en el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos se encuentra incluido el deber de sancionar; y que la posibilidad de que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, sancione con más severidad la frecuencia en la comisión de los delitos dolosos, constituye un medio conducente a lograr que el Estado cumpla con su deber primordial, que es "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" y, a la vez, desterrar la impunidad, que a su vez se traduce en la obligación del Estado de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.

Asimismo, en cuanto a la violación del derecho de presunción de inocencia, aduce que tanto la reincidencia como la habitualidad habrán de incidir al momento de la determinación de la pena, es decir, al momento en que ya se ha probado la culpabilidad del procesado, con lo que queda desvirtuada la presunción de inocencia al haberse producido la prueba en contrario; y que sólo se puede hablar de reincidencia y habitualidad partiendo del supuesto que se ha cometido un "nuevo delito doloso", lo cual implica que anteriormente se ha cometido por lo menos un delito doloso".

Agrega que, en este caso, es indiscutible que se iniciará un nuevo proceso penal, pero en el cual no se presumirá la culpabilidad del procesado por el hecho de haber cometido uno o más delitos dolosos anteriormente, sino que se presumirá su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad, momento en el cual se configurará, dependiendo de cada caso en concreto, un supuesto de reincidencia o de habitualidad, que habrán de constituir circunstancias agravantes.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado considera que el esclarecimiento de la controversia de autos requerirá:

a) Delimitar el análisis de la temática desde la perspectiva del derecho penal y la Constitución.
b) Determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho.
c) Analizar la noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú.
d) Analizar la reincidencia y el principio del ne bis in ídem.
e) Analizar la reincidencia y el principio de culpabilidad.
f) Analizar la reincidencia y el principio de proporcionalidad.
g) Analizar la inconstitucionalidad de la habitualidad.

VI. FUNDAMENTOS

Constitución y derecho penal

1. Previamente este Colegiado estima oportuno efectuar algunas precisiones. En primer lugar, el análisis de las instituciones jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional es un desarrollo que, necesariamente, debe tener su punto de partida en la propia Constitución; y ello porque es la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, la que establece

los principios fundamentales tanto del derecho público como del derecho privado. En segundo lugar, en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho, y lo que Pellegrino Rossi denomina les têtes de chapitres[1].

2. En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal[2]. De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

3. La influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más, las instituciones "propias" del derecho penal y desde el derecho penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal.

Constitución y "derecho penal del enemigo"

4. En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado que "(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación".

5. Prosigue: "Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal "simbólico", sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

Fines constitucionales de la pena

6. Este Tribunal (STC 0019-2005-PI/TC, fundamentos 30-33), se ha referido a las diversas teorías en torno a la finalidad de la pena. Así, de acuerdo con la teoría de la retribución absoluta, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: "ojo por ojo, diente por diente". Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución, conforme al cual "[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".

7. De otro lado, la teoría de la prevención especial –también denominada teoría de la retribución relativa– centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución, cuando señala que "[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

8. Por su parte, la teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el

grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio.

9. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin los resume diciendo que "(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado"[3].

10. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

11. Ahora bien, desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. "Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional"[4].

12. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

13. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; por consiguiente, serán el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

14. Es dentro de este marco constitucional que el Tribunal Constitucional debe emprender el control constitucional de las disposiciones impugnadas en su constitucionalidad, referidos a las instituciones de la reincidencia y de la habitualidad.

Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28726 que incorpora la reincidencia y la habitualidad

15. El análisis de la Ley N ° 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su correspondencia o contradicción con el principio constitucional del ne bis in ídem. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante. Este cometido se abordará constitucionalmente, para lo cual habrá de determinarse la noción de reincidencia y habitualidad, los alcances de sus configuraciones en el ordenamiento jurídico nacional y el análisis de su incidencia en cada uno de los intereses constitucionales que pudieran ser vulnerados. Esto permitirá conocer aquellas aristas que guarden arreglo constitucional y aquellas que no lo hagan.

16. Por tanto, en el presente caso no cabe fundar el análisis de la ley reputada como inconstitucional en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que la ley en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor o menor solidez de construcciones jurídico dogmáticas, pues su utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la ratio de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, postura que, aun pudiendo ser compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.

La noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú

17. En primer término, la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas. Por ello, se ha señalado que: "(...) la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, haya sido condenada o sufrido pena por otro"[5]. Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.

18. Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el nomen iuris que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión per se del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.

La reincidencia y el principio ne bis in ídem

19. Teniendo en cuenta que el demandante denuncia la inconstitucionalidad de la reincidencia por atentar contra el principio ne bis in ídem, resulta imperioso conocer el contenido de este principio para luego contrastarlo con los alcances de la reincidencia, de modo que se pueda identificar la existencia de lesión sobre aquél. El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio ne bis in ídem, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20. En la referida sentencia se sostuvo que el principio ne bis in ídem ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC antes mencionada, en los siguientes términos:

21. En su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

22. El principio del ne bis in ídem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de lex praevia y lex certa que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos –como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.° 0002-2001-AI/TC, fundamento 6– a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

23. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio ne bis in ídem. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre

la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

24. El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio ne bis in ídem.

La reincidencia y el principio de culpabilidad

25. El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.

26. El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: "[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido"[6].

27. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio ne bis in ídem, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio.

28. El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal "d" del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente: "[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible".

29. Este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 et pássim) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco (lex certa), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.

30. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste- el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal.

31. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito, que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

32. El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas. Este Tribunal se ha expresado anteriormente sobre el tema en la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, (fundamento 138 et pássim) señalando que el principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el artículo 200° de la Constitución, en su último párrafo. Este principio tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, la determinación judicial o, si corresponde, la determinación administrativa penitenciaria de la pena.

33. Dentro de ellos, el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por el accionante es el de determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este

escenario, el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley.

34. Este principio ha sido descrito en la aludida sentencia (fundamentos 197 y 198) en el sentido que, en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, éste no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, éstas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador determinar, junto con los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo.

35. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprobable resulte el acto respecto a la persona responsable.

36. De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Corresponde, ahora, establecer si la reincidencia como factor a considerar para establecer la determinación de la pena vulnera el principio de culpabilidad.

37. Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.

38. Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito "A", la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos "B", para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe "B", esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito "A", y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito "A" de modo aislado.

39. Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2°, inciso 24, literal "f", 37°, 140° y 173° de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional.

La reincidencia y el principio de proporcionalidad

40. El Tribunal Constitucional considera conveniente determinar si la intervención del legislador, al incorporar la reincidencia como agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.

41. Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2°, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.

42. Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional de los artículos modificados por la Ley N° 28726 el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

43. A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44° de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.

44. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

45. En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.

46. En ese sentido, cabe señalar que "[d]os aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su 'nocividad social'). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de 'nocividad social' del ataque al bien jurídico"[12].

47. La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través de las disposiciones modificatorias en la Ley N° 28726, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; por lo que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima.

Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la habitualidad

48. En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros. En esa misma sede se han formulado determinadas críticas a la habitualidad, por entender que ésta no puede ser explicada en cuanto hecho antijurídico que se materializa repetidamente a través del tiempo, sino a partir de una justificación psicológica atendiendo a que el delincuente habitual, al manifestar una proclividad al delito, revela una personalidad de naturaleza patológica expuesta en una conducta antisocial, renuente a internalizar los mandatos legales y a actuar en virtud de ese conocimiento normativo.

49. Otras objeciones que se han formulado es que representa una característica propia del autor, que incide en su modo de vida, sin que esto signifique la existencia de un hábito en relación a un delito en particular o un conjunto de delitos, sino una propensión al delito en general, en la que basta que varios ilícitos independientes entre sí puedan ser atribuidos a un solo autor en un determinado periodo. En términos conceptuales se sostiene que la habitualidad encarna una reminiscencia a un derecho penal de autor, donde la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de la imputación, y se traslada a un hombre delincuente (uomo delinquente), penetrando en la esfera profunda de su personalidad y enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto

que revela significativa "peligrosidad" para los intereses sociales comunitarios.

50. De hecho, el Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de un sector de la doctrina penal en contra de una institución jurídico-penal como la habitualidad. Sin embargo, es claro que el examen constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinarias realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución. De modo tal que el parámetro de validez constitucional de la ley impugnada al cual el Tribunal debe recurrir es la propia Norma Fundamental y no la doctrina penal, por muy autorizada que esta sea.

51. Precisado ello, el demandante sostiene (fojas 3) que la norma materia de inconstitucionalidad 28726 es espuria y bastarda e inconcebible en un sistema penal garantista en el cual no se puede legislar en función a un derecho penal de autor, vulnerador de los principios contenidos en el Título Preliminar del propio código penal que establece los principios de lesividad y proporcionalidad. Todo ello provoca un trato desigualitario y discriminador dentro de un proceso penal entre los procesados que delinquen por primera vez y de los que ya han delinquido atentando contra el principio de resocialización como límites a la potestad sancionadora del Estado.

52. El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegiado, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139°, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44° de la Constitución.

53. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas; límites que, por lo demás, este Colegiado no estima sobrepasados por las leyes ahora impugnadas. Lo que no obsta, como es obvio, para que los jueces penales, al momento de considerar la habitualidad como una agravante de la pena, motiven suficiente y objetivamente sus decisiones jurisdiccionales, respetando siempre las garantías procesales y sustantivas que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, tal como dispone el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.° 0014-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CONO NORTE
DE LIMA

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por los fundamentos siguientes:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad que cuestiona la Ley N.° 28726, "Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal". Esta ley incorpora la habitualidad y la reincidencia en materia penal y disminuye el presupuesto procesal para la detención provisional de tres a un año.

2. La demanda en mención interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima fue admitida a trámite por este colegiado según resolución de fecha 06 de octubre del 2,006, en la que obviamente se admiten como válidos los argumentos del actor que dicen del cumplimiento de las exigencias de concurrencia de los correspondientes presupuestos procesales y condiciones de la acción. Si bien en la aludida resolución intervine admitiendo a trámite la referida demanda por considerar que el Colegio de Abogados demandante tenía la legitimidad para obrar activa extraordinaria, luego de un exhaustivo análisis he llegado a la conclusión que dicha cualidad no le asiste para cuestionar todo tipo de ley en todos los casos, por las razones que a continuación fundamento.

3. Se afirma que el derecho procesal constitucional es la fusión del derecho constitucional con el derecho procesal, "...sin embargo, aunque comparte de los principios y estructura de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el derecho procesal y el derecho constitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional..." y es

que "(...) los primeros cimientos del derecho procesal constitucional según se ha mencionado fueron aportados por kelsen y posteriormente por otros connotados procesalistas como Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture y Mauro Cappelletti -que desde perspectivas diferentes se acercaron al Derecho Constitucional- no fue sino los aportes de Hector Fix Zamudio, cuando, a partir de la publicación de sus primeros ensayos en el año 1956, la disciplina empieza a adquirir verdadero contenido sistemático partiendo de los principios del procesalismo científico, a luz del derecho comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la constitución (...)..."(Derecho Procesal Constitucional Peruano, Domingo García Belaunde, Pags. 65 y 66).

Es decir, a partir del entrecruzamiento del derecho constitucional con el derecho procesal algunos con abrumadora euforia consideran que el derecho procesal constitucional viene a constituir una creación novedosa, autónoma como ajena a ambos derechos, el material o sustantivo y el formal o procesal (instrumental), que encontramos en la propia Constitución, sin advertir como lo dice Juan Monroy Gálvez que la Constitución está conformada, en sus aspectos fundamentales, por normas instrumentales. Queremos decir así que el proceso constitucional es tributario del derecho procesal en general, participando de sus instituciones que recogidas dentro de nuestro derecho positivo interno en el Código Procesal Civil, constituye normatividad supletoria e integradora como expresamente lo reconoce el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

4. El Proceso en general y en abstracto constituye un todo sostenido por la ciencia procesal basada en principios que le dan al proceso coherencia y racionalidad. De allí que Eduardo J. Couture expresa"...Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en si mismo un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución..." (Estudios de Derecho Procesal T III, pág. 51). Agregan a su turno Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini "...La condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso recibe el nombre de derecho procesal constitucional. No se trata de una rama autónoma del derecho procesal sino una cierta posición científica, de un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede examinar el proceso en sus relaciones con la Constitución..." (Estrategia Procesal Civil, pág. 203).

5. Volviendo al tema de la inconstitucionalidad demandada y estando a lo precedentemente considerado es preciso analizar la especialidad requerida en el numeral 7 del artículo 203 de la vigente Constitución Política del Perú para poder apreciar que estamos en un caso de legitimidad para obrar activa extraordinariamente contemplada por la citada norma constitucional, pudiéndose por ello distinguir en el proceso ordinario la existencia de dos clases de legitimidad para obrar activa: La ordinaria, otorgado en general a todo justiciable y la extraordinaria otorgada por la ley a personas expresamente determinadas por ésta; en cambio tratándose del proceso constitucional, la legitimidad para obrar activa a que se refiere el referido artículo 203 de la Constitución es, no cabe duda, la legitimidad extraordinaria a que hacemos referencia y por tanto quienes la ejercitan con la correspondiente demanda tienen que ser sólo y necesariamente las personas que el texto de la ley señala a exclusividad. En este caso debemos subrayar que estamos reafirmando que dicha extraordinaria legitimidad del citado artículo constitucional nace, mas allá que de la ley, de la propia Constitución Política del Estado. Y si esto es así significa entonces que si la demanda constituye el ejercicio del derecho de acción para requerirle al propio Estado la expulsión de una norma con categoría de ley, solo puede hacerlo quien o quienes específica y expresamente están autorizados por la norma, lo que entraña la imposibilidad de llegar a una sentencia de mérito si la demanda ha sido interpuesta por persona no autorizada, aun cuando dicha demanda por error haya sido admitida a trámite. Decía Chiovenda que no puede dictarse una sentencia sobre el tema de fondo propuesto cuando ésta llevaría a una imposible ejecución; en el presente caso creo yo que la falta de legitimidad activa entraña la ausencia de interés en el demandante para exigir lo que la ley le tiene reservado a otras personas con exclusividad. Si por el "nemo judex sine actore" exigimos la formulación necesaria de una demanda para que pueda existir proceso, el "sine actione agere", vale decir la falta de acción en el demandante, o la ausencia de titularidad en cuanto a la pretensión constituye un condicionamiento para que solo el señalado extraordinariamente con dicha titularidad por la ley sea quien puede presentar la demanda y ninguna otra persona. Omar Cairo Roldán en su obra "Justicia Constitucional y Proceso de Amparo" señala en la página 65, en lo referente a la legitimidad para obrar activa extraordinaria, lo siguiente:"...El derecho de acción es la atribución de todo sujeto de derecho para pedir al Estado que resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre ambas con relevancia jurídica. El Estado, en consecuencia, tiene el deber de brindar tutela jurisdiccional a todo sujeto que ejerza el derecho de acción mediante el acto procesal llamado demanda. Sin embargo, esta tutela solo podrá consistir en un fallo válido sobre el fondo cuando en la demanda esté presente, además de otros elementos, la legitimidad para obrar...".

Es en razón de esta imposibilidad de llegar a un pronunciamiento de mérito, aun cuando la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso haya sido admitida a trámite, irregularmente, que procede como expresión de salvamento la declaración invalidatoria de oficio, recurriendo a la aplicación supletoria del artículo 121 del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que prevé la integración a que hacemos referencia. Esta es la denominada en la doctrina sentencia inhibitoria que obliga al Juez, por excepción, no obstante haber aplicado el saneamiento procesal que prohibe la

vuelta a la discusión sobre la temática de la validez de la relación procesal, a un pronunciamiento inhibitorio para anular todo o parte de lo actuado por no poder decir en su decisión el derecho que corresponde desde que la demanda merece la calificación de improponible. Y esto, repetimos, se da ante la imposibilidad de una decisión de mérito porque sería ésta inejecutable. Precisamente este Tribunal en el Exp. N.º 10168-2006-PA, evacuó la sentencia de 7 de marzo del año en curso en cuyo fundamento 3, dijo "... la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República... se ha pronunciado a favor de la nulidad de oficio... conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil... todo Juez, incluyendo los de la Corte Suprema, tiene competencia para pronunciarse mediante decisión debidamente motivada, sea declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. En igual sentido el artículo 176 del mismo cuerpo normativo establece la facultad de los Jueces, incluidos los de la Corte Suprema, para pronunciarse de oficio respecto de las nulidades insubsanables...". En el presente caso, afirmamos que la demanda de inconstitucionalidad debió ser rechazada in limine por no corresponderle al Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima la legitimidad para obrar activa que extraordinariamente contempla el artículo 203 de la Constitución Política del Estado por ausencia de la especialidad a la que se refiere el numeral 7º del dispositivo constitucional citado.

6. En este tema de la legitimidad para obrar extraordinaria en razones de especialidad, señala Osvaldo Alfredo Gozaíni en cuanto al necesario interés de los Colegios Profesionales para poderse considerar titulares de la legitimidad extraordinaria activa, a fojas 135 – 136 de su obra "Los problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales", que "...Una modalidad de ellos aunque con matices que lo singularizan son los intereses de categoría (también llamados profesionales) que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, Médicos, Abogados, Escribanos, Ingenieros, Arquitectos, etc.). Almagro los analiza como intereses sociales (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial...".

7. De lo que acabamos de exponer queda claro que la legitimidad procesal o para obrar es la identificación que exige que quienes están en el proceso y actúan en él como parte tienen que ser las personas que conformaron la relación sustantiva o material subyacente, todo esto visto desde luego desde un orden que podríamos calificar de normal, lo que significa también que extraordinariamente la ley pueda otorgarle legitimidad para obrar activa a personas distintas a las que formaron parte de esta relación sustantiva. Significa entonces que la legitimidad procesal activa extraordinaria necesariamente nace la ley y aleja la posibilidad de llevar al proceso a las personas que ordinariamente pueden hacer actividad procesal satisfaciendo las exigencias de la legitimidad procesal ordinaria, es decir cualquier justiciable que considera la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional en requerimiento de tutela jurídica, persona que por tanto como lo señalara Peyrano le permite a cualquiera demandar a cualquiera, por cualquier cosa y con cualquier grado de razón, incluso hasta sin ella extremadamente, lo que significaría y significa que hay demandas que inician un proceso pero que en la sentencia tendrán que ser rechazadas por infundadas. Pero recalcamos que cuando la legitimidad para obrar activa es extraordinaria, necesariamente nace de la ley y por tanto solo pueden ejercitar el derecho de acción quienes están llamados como demandantes por la propia disposición de la ley. Esta exclusividad que encierra la aludida legitimidad extraordinaria nace de la propia Constitución Política en el caso de autos. Hemos dicho concretamente por tanto que cuando la legitimación extraordinaria la ejercitan personas no llamadas para este encargo, el Juez que admite la demanda se descalifica para una decisión de fondo al momento de sentenciar.

8. El artículo 203 de la Constitución Política del Perú establece que:
"... están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad:
1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;

5.Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;

6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia.

7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad..."

Es evidente que la Constitución ha establecido quiénes tienen la legitimidad para obrar activa extraordinaria como condición de la acción de inconstitucionalidad, siendo el artículo citado excluyente y específico. El inciso 7) del artículo 203º de la carta magna agrega, como novedad frente a las Constituciones ya derogadas, la legitimidad a los Colegios de Profesionales, estableciendo, como límite, que éstos están legitimados para demandar sólo y exclusivamente en lo que concierne a su especialidad. ¿Y cuál es la especialidad de los Colegios Profesionales?. Específicamente tenemos que precisar cual es la especialidad de los Colegios de Abogados como instituciones en atención a sus fines e intereses corporativos, distintos de los intereses que puedan abrigar los Abogados que conforman la institución por tratarse de personas naturales distintas a la persona jurídica que los integra.

9. Los Colegios Profesionales, de acuerdo con nuestra Constitución, se definen como instituciones autónomas de Derecho Público Interno, lo que quiere decir que su creación, a diferencia de las asociaciones y sindicatos, está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley. La obligatoriedad de la colegiación está ineludiblemente vinculada con el ejercicio de una profesión determinada; esta imbricación justifica su previsión constitucional. La Constitución, además de definir la naturaleza jurídica de estas instituciones corporativas también les reconoce un aspecto importante como es el de su autonomía. No obstante, la autonomía reconocida a estas instituciones no puede significar ni puede derivar en una autarquía; de ahí que sea importante poner en relieve que la legitimidad de los Colegios Profesionales será posible solo y en la medida que su actuación se realice dentro del marco establecido por nuestro ordenamiento constitucional. En dicho sentido la especialidad está referida al ámbito en que se desarrolla cada Colegio Profesional, así como a sus aspectos gremial, administrativo, ejercicio profesional de los agremiados, etc., lo que quiere decir que cuando dicho artículo los legitima para interponer una demanda de inconstitucionalidad lo hace en razón de que la ley que se cuestiona puede afectar el ámbito en el que se desarrolla como ente social, debiendo especificar con claridad en cada caso el grado de afectación que le causa la vigencia de determinada ley. Un ejemplo de ello es la demanda de inconstitucionalidad recaída en el expediente 0027 – 2005 – AI, interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley N° 26937, expedida por el Congreso de la República, que establece la no obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio profesional del periodismo. En este caso se evidencia que la norma impugnada está directamente vinculada con la agremiación de los profesionales especializados en periodismo (legitimidad activa extraordinaria). En casos contrarios el Tribunal Constitucional declaró improcedente demandas de inconstitucionalidad por falta de legitimidad para obrar extraordinaria activa del Colegio demandante. Así por excepción tenemos que la decisión recaída en el Exp. N.° 0005-2005-AI/TC, en el que el Colegio de Abogados de Ica demandó la inconstitucionalidad de la Ley N.° 28427, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, resolución en la que sostuvo que"...debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico...". Ese mismo criterio sirvió de fundamento para rechazar las demandas de inconstitucionalidad recaídas en los expedientes: 006-2005-AI, 011-2005-AI, 018-2005-AI, 009-2006-AI/TC, entre otras.

10. Para el caso de los Colegios de Abogados debemos tener en cuenta que la Real Academia Española ha definido al Abogado como el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todo proceso judicial como labor mayormente recurrida, siendo el Colegio de Abogados la institución de derecho público interno con autonomía suficiente que reúne a estos profesionales para la defensa del gremio en todos los temas referidos al libre ejercicio de la abogacía, correspondiéndole institucionalmente no sólo la defensa gremial sino el control que la sociedad le encomienda de la conducta de los colegiados para lo que al crearse se fijan estatutariamente facultades de gobierno y de legislación interna como administrativa, verbigracia de disciplina, con lo que se quiere decir que el referido Colegio no es especialista en leyes. Consecuentemente al no tener dicha especialidad específica no puede indiscriminadamente cuestionar todas o cualquiera ley que da el Congreso de la República. Entonces los Colegios de Abogados carecen de legitimidad para demandar indiscriminadamente la inconstitucionalidad de cualquier ley, como en algunos casos suelen pretender. Esto explica que el numeral 7° del citado artículo 203° de nuestra Constitución, tratándose de los Colegios Profesionales de Abogados, que existen en todo el territorio nacional, en número aproximado de 28, distinga la legitimación activa a solo en razón de la "materia de su especialidad", lo que nos obliga al rechazo – que puede ser liminar - cuando la ley acusada de inconstitucionalidad por el Colegio de Abogados demandante no constituye tema de su especialidad. Si bien los Colegios de Abogados agremian profesionales en derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino solamente aquellas que regulen materias propias de cada una de estas agrupaciones de profesionales; esto quiere decir que si alguna ley atenta, delimita o contraviene el ejercicio, autonomía, agremiación, etc. de éstos, podrán cuestionarla puesto que la afectación es directa a materia de su especialidad, es decir cuando entra el juego de interés colectivo a que se refiere el profesor Gozaíni.

11. Aparte de la consideración de la especialidad de los Colegios Profesionales es de rigor precisar que la Constitución quiere, y no podría ser de otra manera, con la literatura utilizada, señalar a los Colegios por cada una de las profesiones existentes, es decir, un Colegio de Abogados con alcance nacional, igualmente un Colegio de Ingenieros, un Colegio de Arquitectos, un Colegio Médico, un Colegio de Enfermeros, etc. y no como en el caso de los Abogados los 28 Colegios sectoriales que existen en la República puesto que ello significaría en abstracto que el Tribunal Constitucional se podría ver actualmente en la necesidad de conocer 28 demandas por cada Colegio de Abogados en relación a una misma ley y que si los Colegios de Abogados en todo el territorio de la República no fueran 28 sino 500 o 1,000, por decir alguna cifra expansiva, también el Tribunal tendría que ver en repetición un número igual de demandas sobre la misma ley. Es evidente pues que cuando el referido inciso 7° del artículo 203 de la Constitución le da extraordinariamente la legitimidad para obrar activa a los Colegios Profesionales según su especialidad, se está refiriendo a las agrupaciones profesionales que

representan un interés común con alcance nacional. La especialidad se encuentra entonces en lo que le corresponde a cada Colegio Nacional Profesional y no a la dispersión de Colegios que puedan existir y existen dentro de la República tratándose de los Colegios de Abogados. Lo contrario significaría la recusación de la legitimación extraordinaria expresamente contemplada por la norma constitucional citada.

12. Pero lo precedentemente expuesto no es todo en referencia al tema en análisis desde que en nuestro devenir histórico tenemos expresiones que corroboran la señalada autoridad de un solo Colegio a nivel nacional. Así el artículo 308 del derogado Decreto Ley 14605 – Ley Orgánica del Poder Judicial – publicado el 26 de julio de 1,963, permitió que para cada Distrito Judicial exista un Colegio de Abogados, llegando a contarse actualmente 28 Colegios de Abogados con alcance sectorial. Ante la aludida dispersión de Colegios de Abogados la ya inexistente Federación Nacional de Abogados (que agrupaba a los Colegios de Abogados de la República) reunida en la Segunda Conferencia Nacional de Decanos de Colegios de Abogados del Perú (octubre 1,967) solicitó al gobierno de turno su reconocimiento legal como una entidad única; así es como el derogado Decreto Ley 18177 – "A petición de los Decanos creó la Federación de Colegios de Abogados" - 14 de abril de 1970 -, que en el artículo 1º precisó: "...La Federación Nacional de Abogados del Perú representa a la profesión de abogados en todo el país...". Concordante con ello el artículo 2 del mismo decreto ley señaló en su inciso 1 que era atribución de la mencionada Federación representar a la profesión de abogado en todo el país. El artículo 290º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que entró en vigencia el año 1991 también permitió la existencia de un Colegio de Abogados por cada Distrito Judicial, hecho que se repitió en el artículo 285º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado mediante Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, publicado el 02 de junio de 1,993. Frente a la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial bajo esas mismas condiciones en lo referido a los Colegios de Abogados se publicó el Decreto Ley 25892, que derogó el Decreto Ley 18177 (27 de noviembre del año 1,992) y en su segunda disposición transitoria disolvió la Federación Nacional de Abogados para regular de manera precisa en sus artículos del 1º al 4º que la Junta de Decanos ostenta la representación a nivel nacional para la defensa del gremio. La Constitución Políticadel Perú, vigente desde 1,993, al señalar que los colegios profesionales pueden demandar la inconstitucionalidad de una norma solo en materia de su especialidad partió a no dudarlo de los precedentes normativos citados, lo que lleva a considerar que el texto constitucional en análisis está referido a la titularidad de solo instituciones profesionales de alcance nacional. En el caso de los Abogados es incuestionable pues que antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual tuvo ese alcance nacional la Federación Nacional de Abogados del Perú y que ahora, dentro del vigor de la Constitucionde 1,993, la representación nacional de los abogados no le corresponde a ninguno de los colegios de abogados sectoriales existentes y dispersos en el territorio de la República, en número de 28, sino a la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

13. El Decreto Ley 25892 establece:

Artículo 1:
A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, los ***Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tendrán una Junta de Decanos.***
Artículo 2:
Son atribuciones de las Juntas de Decanos las siguientes:
inciso 1: **Coordinar la labor institucional y dirimir** los conflictos que pudieran surgir entre los respectivos Colegios;
inciso 2: **Promover y proteger, a nivel nacional, el libre ejercicio de la profesión correspondiente**
inciso 3: Fomentar estudios de especialización en las respectivas disciplinas y organizar certámenes académicos; y,
inciso 4: **Ejercer las demás atribuciones que señale la ley y los estatutos** pertinentes.
Artículo 4:
Las Juntas de Decanos que se constituyan conforme a lo dispuesto en el presente Decreto ley, **aprobarán sus respectivos estatutos...**

Este Decreto fue reglamentado por el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS, que dispone que los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tengan una Junta de Decanos, y es muy preciso en su artículo 2º cuando señala:
a) **Representar** *a la profesión correspondiente ante los organismos nacionales e internacionales.*

Por su parte el Estatuto de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado en Asamblea de Instalación de la Junta de Decanos de fecha 25 de junio del 2,003, en su artículo 1º, señala que toma como base legal para su formación las normas antes referidas y en su artículo 3 y 5 establece que:

Artículo 3:
La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú es el máximo organismo representativo de la profesión de Abogado, *ante los organismos del sector público y privado e instituciones profesionales, gremiales y de cualquier otra índole, dentro del país y en el exterior.*
La representación a que se refiere el párrafo anterior es imperativa y no requiere por tanto ratificación de ningún otro organismo, ***y es ejercida por el Presidente de la Junta de Decanos, por sus personeros legales,*** *o por quienes en cada caso designe el Consejo Directivo.*

Título III: De sus atribuciones:
Artículo 5: (...)
d) Promover, proteger y defender a nivel nacional el libre ejercicio de la profesión de abogado.

Para este caso sui generis de dispersión de Colegios de Abogados son pues de aplicación el Decreto Ley

25892, el Decreto Supremo N.° 008-93-JUS y el Estatuto de la Junta de Decanos a que me he referido precedentemente. De ellos extraemos en conclusión que es la Junta de Decanos representada por su Presidente la que tiene representación frente a organismos nacionales o internacionales, vale decir entonces, que la facultad de demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de alguna ley, que como tal tiene alcance nacional, recae precisamente sobre el que Preside la corporación nacional cuando se trata de la especialidad referida. Es decir, el inciso 7° del artículo 203 de la Constitución Política del Perú exige un representante nacional por cada profesión puesto que, sin ninguna distinción, la legitimidad extraordinaria para demandar la inconstitucionalidad sin especialidad la tiene el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo.

En conclusión considero que el Tribunal Constitucional en el caso presente, aun cuando haya admitido a trámite la demanda imperfectamente presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima no puede en la sentencia hacer un pronunciamiento de mérito puesto que lo actuado está afectado de un vicio de nulidad insalvable que lo lleva, por excepción, a una determinación inhibitoria, esto es al rechazo de la demanda, como debió hacerlo en su oportunidad, por cuanto al no tener el demandante la legitimidad activa extraordinaria exigida por el propio texto constitucional no podría este Colegiado evacuar una sentencia que pudiera ser ejecutable.

Por todo ello mi voto es porque se declare NULO LO ACTUADO E IMPROCEDENTE la demanda.

Sr.
JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Exp. N° 0014-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CONO NORTE
DE LIMA

FUNDAMENTO DEVOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Fundamento mi voto en las razones siguientes:

1. En reiterada jurisprudencia, con participación de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional, se ha establecido que los Colegios de Abogados tienen legitimidad activa para demandar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley cuando las mismas afectan el ordenamiento jurídico de la Nación, especialmente si –como en este caso– se alega que la modificación de algunos preceptos relativos al Código Penal viola la Ley Fundamental. Los deberes para con la Patria de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, que consagra el artículo 38° de la Ley Fundamental, no puede excluir a los operadores del Derecho, con mayor razón cuando el artículo 203°-7 dela Constitución explícitamente declara que están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Dentro de ese criterio, el Tribunal Constitucional ha admitido y resuelto más de 60 procesos de inconstitucionalidad promovidos por colegios profesionales, conforme aparece de las sentencias publicadas en el diario oficial El Peruano.

No sería razonable que el cuestionamiento de la inconstitucionalidad de normas legales penales sea atribuible a un colegio profesional distinto del Colegio de Abogados.

2. Por otra parte, no se puede –bajo ningún banal argumento– dejar de cumplir el texto claro y expreso del artículo 106° del Código Procesal Constitucional, conforme al cual

Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

El proceso sólo termina por sentencia. (subrayado agregado)

La demanda, en este caso, fue admitida por resolución de fecha 06 de octubre de 2006; y, por lo tanto, el proceso sólo termina por sentencia.

3. Es verdad que el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que en caso de vacío o defecto son de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. Pero no es aceptable, por ende, que se pretenda invocar tal precepto para desintegrar el proceso constitucional, ni para esquivar un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, pues existen normas claras, expresas, específicas e inequívocas. No hay vacío ni defecto en el procedimiento constitucional.

Hay más: en el supuesto negado de que pudiera aplicarse el Código Procesal Civil, los artículos 171° a 177° de éste regulan los principios de legalidad y trascendencia de la nulidad, de convalidación, subsanación o integración, de extensión de la nulidad, de inadmisibilidad o improcedencia y oportunidad y trámite de la nulidad

La aplicación de tales principios del proceso civil al proceso de inconstitucionalidad acreditan, más todavía, que no hay vicio de nulidad en el caso sub judice.

4. En cuanto al fondo de la demanda incoada considero necesario referir algunos antecedentes:

a. La Ley N° 25280, de 30 de octubre de 1990, aprobada a iniciativa mía, en ejercicio de la función de Senador de la República, delegó facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, a efecto de que, mediante Decreto Legislativo, promulgara el Código Penal.
b. La Comisión Revisora que elaboró el proyecto de Código Penal fue integrada por los Senadores Javier Alva Orlandini, Luis Gazzolo Miani y Absalón Alarcón

Bravo de Rueda; los Diputados Gilberto Cabanillas Barrantes, Eduardo López Therese y José Baffigo Torre; el representante del Poder Judicial Carlos Espinoza Villanueva; el representante del Ministerio Público Pedro Méndez Jurado; el representante del Ministeriode Justicia Juan M. Portocarrero Hidalgo; el representante del Colegio de Abogados de Lima Luis A. Bramont Arias; y el representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.

c. La Comisión me designó su presidente.
d. El Decreto Legislativo Nº 635, de 3 de abril de 1991, sin ninguna modificación en el proyecto, promulgó el Código Penal, el que entró a regir desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

5. La Exposición de Motivos del Código Penal, elaborado en sólo cuatro meses, en cuanto a Reincidencia y Habitualidad, expresa que

"Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o la habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás debidamente ejecutadas."

6. Las modificaciones introducidas en el Código Penal por diversas normas legales se dirigieron, principalmente, a incrementar las penas, bajo el equivocado criterio de que la drasticidad del castigo influiría en disuadir al potencial agente del hecho ilícito, estableciendo incluso la "cadena perpetua", cuyo alcance fue modulado por la sentencia de 03 de enero de 2003 (Exp. Nº 010-2002-AI/TC) por el Tribunal Constitucional.

7. La Ley Nº 26758, de 14 de marzo de 1997, introduce el artículo 46º-A en el Código Penal, a efecto de determinar como circunstancia agravante de la responsabilidad penal e incremento de la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

8. La Ley Nº 28726, de 9 de mayo de 2006, materia de este proceso de inconstitucionalidad, incorpora los artículos 46º-B y 46º-C y modifica los artículos 48º, 55º, 440º y 444º del Código Penal y el artículo 135º del Código Procesal Penal haciendo más severas las penas.

El demandante considera que la referida ley viola los artículos 2º-2-24 y 139º-13 de la actual Constitución en cuanto incorpora "las figuras de la reincidencia y la habitualidad como elementos para determinar la pena" y que "Hace lo mismo con los artículos 440 incisos 5 y 7, extendiendo el plazo de la prescripción en caso de reincidencia y considerando expresamente una circunstancia agravante a la reincidencia al momento de fijar la pena. E incluso llega a modificar el artículo 135º del Código Procesal que determina los requisitos para dictar el mandato de detención deje de ser los cuatro años y pase a ser un año 'existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito."

9. En rigor, la Ley Nº 28726 no infringe ninguna norma constitucional. El Legislador ha optado por una política criminal distinta a la que originariamente consagró el Código Penal de 1991. Tal política tiene como sustento el acoso que afronta la sociedad por acción de la delincuencia. En efecto, con alarmante frecuencia se produce el asalto y robo a las personas que circulan por las carreteras del territorio nacional y por las calles de nuestras ciudades, siendo especialmente agraviados los turistas que visitan el Perú. Hay bandas de avezados delincuentes, con la complicidad de menores, que arrebatan sus pertenencias a los viandantes y otras organizaciones que cometen latrocinios de vehículos o de sus auto-partes, que posteriormente son negociadas por los reducidores, que realizan sus ilícitas actividades en conocidos lugares de Lima y otras localidades. La "piratería" de impresos y de material informático es virtualmente cotidiana y permanente, con perjuicio de los derechos de autores y compositores.

Los delincuentes atentan contra servicios y bienes públicos, sustrayendo materiales de las instalaciones eléctricas, telefónicas y del agua potable y lo buzones de los desagües, sin recibir el condigno castigo; y otros atentan repetidamente contra las comunicaciones públicas con impunidad. Tales modalidades delictivas requieren de la sanción prevista en la Ley Nº 28726 y, además, obviamente, de la diligente acción policial y de la intervención de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial. Al Estado le corresponde adoptar las disposiciones legales y financieras para que en los establecimientos carcelarios se cumpla efectivamente el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, como lo dispone el artículo 139º-22 de la Constitución.

10. Desde hace dos décadas los criminólogos denuncian que dos de cada tres reclusos están sin sentencia. Esa situación se trató de remediar mediante la modificación del proceso penal. Para tal efecto propuse en el Senado se delegara facultades legislativas en el Poder Ejecutivo y, como consecuencia, se aprobó la Ley Nº 25281, de 30 de octubre de 1990. La respectiva Comisión Revisora, que me honré en presidir, elaboró diligentemente el proyecto, que fue promulgado como Código Procesal Penal por Decreto Legislativo Nº 638, de 27 de abril de 1991, pero se dispuso su vigencia a partir del 01 de mayo de 1992, salvo los artículos 2º, 135º, 136º, 138º, 143º, 145º y 182º a 188º que entraron en vigencia desde el día

siguiente a su publicación. Posteriormente, el Decreto Ley Nº 25461, de 29 de abril de 1992, aplazó la vigencia parcial de ese Código hasta el 29 de abril de 1994; y el Decreto Ley Nº 26299, de 30 de abril de 1994, suspendió la vigencia de tales disposiciones, sine die.De acuerdo a las órdenes de la dictadura, y por incuria del Ministerio Público y del Poder Judicial, la reforma del proceso penal quedó diferida. Se arguyó que los Fiscales y los Jueces no estaban debidamente capacitados para sustituir el sistema inquisitivo por el acusatorio.

11. Quince años después el argumento aún subsiste. El nuevo Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo Nº 957, de 29 de julio de 2004, ha empezado a aplicarse paulatinamente y se espera que aligere la justicia penal.

12. Sin embargo, los resultados de la novísima legislación procesal penal no se alcanzarán si el Ministerio Público y el Poder Judicial no disponen de los recursos humanos y logísticos para ese propósito.

Mi voto es, pues, porque se declare infundada la demanda.

S
ALVA ORLANDINI

---

[1] PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones del Derecho constitucional. T. I. Madrid: CEC, 1984. p. 11.

[2] TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 21.

[3] «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad». En Julio B. J. Maier (compilador). Determinación judicial de la pena. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993. p. 28.

[4] Carbonell Mateu. Derecho penal: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37.

[5] Zaffaroni, Eugenio R., Derecho penal: parte general, Buenos Aires; Ediar, 2002, p. 1057.

[6] Bacigalupo, Enrique: Justicia penal y derechos fundamentales, Madrid, Marcial Pons, 2002.

[7] Zaffaroni, Eugenio R. Derecho penal: parte general, Buenos Aires, B de F, 7.ª Edición, 2005, 137.

Exp. N° 0026-2006-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Javier Valle Riestra en representación del más del 25% del número legal de congresistas. Sobre la Modificación del Reglamento del Congreso de la República. El caso de la inmunidad parlamentaria].*

Fecha de Resolución: 8 de marzo de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de marzo de 2007

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de miembros del Congreso de la República, contra la modificatoria del segundo párrafo del artículo 16° y del inciso d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso.

El punto controvertido respecto al segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso es el referido al ámbito temporal de la inmunidad del proceso que dispone que la inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra los procesos penales iniciados ante la autoridad competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni suspenden.

Al respecto, el Colegiado estima que, conforme al artículo 93° de la Constitución, caben las dos posibilidades de protección (inmunidad de proceso amplia y estricta) y que corresponde al Congreso de la República adoptar cualquiera de ellas conforme a la natural evolución de las instituciones parlamentarias y al fin constitucional que se persigue. La extensión de la protección (todo proceso penal independientemente del momento de su inicio o sólo los procesos penales iniciados con posterioridad a la elección) es lo que conforma el contenido no esencial, sobre el cual el legislador ordinario tiene amplio margen de regulación.

Asimismo, el TC considera que la disposición cuestionada es constitucional debido a que, ante la ausencia de un dispositivo afirmativo o negativo del artículo 93° de la Constitución, con relación a si la inmunidad de proceso comprende a los procesos penales anteriores a la elección, la frase restante de la cláusula señala que la protección se da desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, puede entenderse, entonces, que la modificación del mencionado segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento no contradice lo que tal norma expresa.

Respecto al literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso, se cuestiona el hecho de que el parlamentario se encuentre obligado a inhibirse de participar en determinadas comisiones por el mero hecho de estar incurso en un proceso judicial por delito doloso en el que se pida el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, y más aún, no haya sido concedida, vulnera el principio de la presunción de la inocencia y también el derecho a la igualdad.

El TC estima que en el presente caso, no se configura la vulneración del principio de presunción de inocencia toda vez que la medida cuestionada no es una sanción, sino una limitación temporal y provisional de la función congresal de determinados parlamentarios en la conformación de las comisiones, que tiene como finalidad constitucional legítima impedir que las comisiones parlamentarias que desarrollan tareas de fiscalización sean cuestionadas. La diferenciación que la norma está creando no afecta la igualdad en vista que es legítima y razonable.

Sabiendo que la función fiscalizadora entraña grandes y graves responsabilidades frente a terceros, entonces se debe reforzar la imagen de un Congreso respetable y que consolide la democracia en el país. Por tales consideraciones, a juicio del Tribunal, la norma impugnada no vulnera el literal e) del inciso 24° del artículo 24° de la Constitución.

Temas Claves: Derecho a la igualdad - derecho a la presunción de inocencia - funciones del parlamento - inmunidad parlamentaria - levantamiento de inmunidad parlamentaria - protección de altos funcionarios estatales.

EXP. N.° 0026-2006-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DELTRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 8 DE MARZO DE 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Javier Valle-Riestra González Olaechea, en representación de más Del 25% del número Legal de Miembros del Congreso de la República C/. Congreso de la República.

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra la modificatoria del segundo párrafo del artículo 16° y del inciso d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso.

Magistrados firmantes

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

Sumario

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
IV. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
VI. FUNDAMENTOS
A. Inmunidad parlamentaria e inmunidad para los altos funcionarios del estado
B. La inmunidad parlamentaria en el Artículo 93° de la constitución
§1. Inmunidad parlamentaria, mandato Parlamentarioeinviolabilidaddevotosyopiniones
§2. Inmunidad parlamentaria como Garantía institucional del Parlamento
§3. Inmunidad parlamentaria democracia
C. Los ámbitos de protección de la inmunidad parlamentaria
§1. Ámbito temático
§2. Ámbito temporal
D. El levantamiento de la inmunidad parlamentaria
§1. Límites formales: un procedimiento establecido
§2. Límites materiales: la protección de derechos fundamentales
a. Derecho a la igualdad
b. Derecho a la presunción de inocencia
VII. FALLO

EXP. N.° 0026-2006-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini, adjunto.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Javier Valle-Riestra González Olaechea, en representación de más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República, contra el segundo párrafo del artículo 16° y contra el inciso d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República.

II. DATOS GENERALES

à Violación constitucional invocada
El proceso constitucional de inconstitucionalidad ha sido promovido por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República, representados debidamente por don Javier Valle-Riestra González Olaechea. El acto lesivo denunciado lo habría producido la modificación del segundo párrafo del artículo 16° y del literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República, por virtud de la Resolución Legislativa N.° 015-2005-CR, publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de mayo de 2006, y de la Resolución Legislativa N.° 025-2005-CR, publicada en el diario oficial El Peruano,

el 21 de julio de 2006, respectivamente.

Petitorio constitucional
Los demandantes aducen la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Así, refieren que los artículos del Reglamento del Congreso sujetos a control de constitucionalidad vulneran los derechos a la igualdad ante la ley (artículo 2°, inciso 2), a la presunción de inocencia (artículo 24°, inciso 24, literal e), el ejercicio de la función congresal (artículo 92°) y la inmunidad parlamentaria (artículo 93°).

Alegando tales vulneraciones, solicitan que:

- Se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso.
- Se declare la inconstitucionalidad del literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso.

III. NORMA CUESTIONADA

Reglamento del Congreso de la República

Artículo 16°, segundo párrafo (modificado por la Resolución Legislativa N.° 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo de 2006).- Inmunidades de arresto y proceso
(...)
La inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra, ni respecto de los procesos penales iniciados ante la autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni suspenden.

Artículo 20° (modificado por la Resolución Legislativa N.° 025-2005-CR, publicada el 21 de julio de 2006).- Prohibiciones
Durante el ejercicio del mandato parlamentario los Congresistas están prohibidos:
(...)
d) De integrar la Comisión de Fiscalización y Contraloría, Comisión de Ética Parlamentaria y la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Comisión Permanente, así como otras Comisiones Ordinarias que actúen en ejercicio de su función fiscalizadora, cuando se encuentren comprendidos en procesos penales dolosos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la República ha solicitado el levantamiento de su inmunidad parlamentaria.
En dicho supuesto, el Parlamentario presenta su inhibición ante la Comisión correspondiente.
En el caso de las Comisiones Ordinarias, distintas a la Comisión de Fiscalización y Contraloría, la ausencia por inhibición de los Congresistas Titulares será considerada como licencia para efecto de la referida investigación o fiscalización, la misma que no se hará extensiva para otros temas o asuntos a cargo de dicha Comisión Ordinaria, casos en los que seguirá participando como miembro titular.

IV. ANTECEDENTES

§ 1. Argumentos de la demanda
Con fecha 30 de octubre de 2006, treintitrés congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 16° y el literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República. El primero fue modificado por la Resolución Legislativa del Congreso N.° 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo de 2006; el segundo fue adicionado por la Resolución Legislativa del Congreso N.° 025-2005-CR, publicada el 21 de julio de 2006. El apoderado, congresista de la República, don Javier Valle-Riestra González Olaechea, manifiesta que las normas impugnadas establecen una restricción desproporcional e inconstitucional del derecho de inmunidad parlamentaria que tienen los Congresistas de la República conforme al artículo 93° de la Constitución. Suscintamente, sustenta su demanda en los siguientes argumentos:
a. Con relación al segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, sostiene:
- Que se afecta el derecho a la inmunidad parlamentaria, tal como está enunciado en el artículo 93° de la Constitución. Considera que la inmunidad parlamentaria es una garantía de los congresistas cuya finalidad es proteger a la función legislativa de la injerencia de los otros poderes del Estado, previsión que guarda armonía con el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43° de la Constitución.
- Basándose en el derecho comparado y en los antecedentes histórico-constitucionales del caso peruano, que la inmunidad protege tanto a los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección como a los iniciados con posterioridad a la elección.
- Que las disposiciones impugnadas resultarían incongruentes con lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0006-2003-AI/TC, en la cual se afirma que la inmunidad parlamentaria se constituye como una garantía procesal penal de carácter político cuyo objeto es que los miembros del cuerpo legislativo no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento, a fin de que el Congreso pueda descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse en una denuncia de 'mera apariencia penal'.
Con relación al literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso, sostiene:
- Que se vulnera su derecho de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución. Refiere que los funcionarios aforados que gozan del derecho de antejuicio no tienen semejante restricción en el desempeño de su función pública; que el Presidente de la República o los Ministros de Estado involucrados en procesos judiciales penales dolosos no están impedidos de participar en los Consejos de Ministros; y, por otro lado, que los miembros del Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo, que también tienen inmunidad, serían víctimas de esa aberración.
- Que el hecho de que un parlamentario se encuentre obligado a inhibirse de participar en la Comisión Permanente y en las demás comisiones por el solo hecho de estar comprendido en un proceso judicial por delito doloso en el que se pida el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, y más aún en el caso de que no haya sido concedida, vulnera el principio-derecho

de presunción de inocencia, según lo establecido por el artículo 2°, inciso 24), literal e) de la Constitución.
- Que la norma en cuestión restringe indebidamente el derecho a la función congresal (artículo 92.° de la Constitución).

§ 2. Argumentos de la contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República, don Jorge Campana Ríos, solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que las disposiciones impugnadas no contravienen la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente ni tampoco directa ni indirectamente. Concretamente, sostiene:

a. Con relación al segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso:

- Que el artículo 93° de la Constitución puede ser interpretado de dos maneras igualmente válidas desde la perspectiva constitucional. Una amplia, que protegería al congresista con la suspensión de los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección (posición adoptada antes de la reforma cuestionada), y otra estricta (la contenida en la norma impugnada), según la cual las prerrogativas deben ser interpretadas restrictivamente, pues constituyen un límite a la tutela jurisdiccional efectiva y al principio de igualdad, estando en juego la legitimidad del Parlamento ante la ciudadanía. Por tal motivo, cuando un congresista haya sido procesado antes de ser elegido, no gozará de la prerrogativa de inmunidad de proceso, pero sí de la inmunidad de arresto.
- Que la disposición impugnada no se refiere al supuesto de si el delito fue cometido antes o después de la elección, sino solo al inicio del proceso penal, de manera que si hasta la fecha de la elección de un congresista no se inicia un proceso penal por la comisión de un supuesto delito cometido antes de la elección, entonces la inmunidad de proceso lo protegerá y no podrá tramitarse tal proceso, debiendo iniciarse el procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

b. Con relación al literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso:

- Que la norma no vulnera el derecho de igualdad ante la ley, porque el principio de igualdad admite la distinción de trato atendiendo a la realidad de los hechos y siempre y cuando esta sea razonable. Afirma que la introducción del tratamiento diferente, amparado por la norma impugnada, da lugar a dos grupos de Congresistas: los comprendidos en procesos penales dolosos, en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la República ha solicitado el levantamiento de la inmunidad parlamentaria; y los que no se encuentran en tales supuestos. Refiere que el tratamiento diferente está relacionado con la aplicación de una prohibición durante el ejercicio del mandato parlamentario.
- Que el objetivo de la limitación establecida es evitar cuestionamientos a quienes conforman los órganos de fiscalización del Congreso, para impedir un desgaste de la credibilidad, imagen y prestigio de dicho poder del Estado. Añade que tal limitación es mínima, al estar dirigida a un número restringido de congresistas, y que tiene naturaleza temporal, pues no excluye al parlamentario de todas las funciones parlamentarias, sino de algunos grupos de trabajo que ejercen una función fiscalizadora.
- Respecto a la violación del principio-derecho de presunción de inocencia, que tal vulneración no existe ya que la obligación de inhibirse no tiene carácter punitivo, ni constituye una sanción y que, además, se trata de una limitación temporal, hasta que el Congreso de la República resuelva la correspondiente solicitud de levantamiento de la inmunidad. Agrega que a través del mencionado procedimiento no se determina la responsabilidad penal ni se impone una sanción.
- Que la norma cuestionada constituye una medida de carácter provisional, que tiene por objeto que la Comisión de Fiscalización, así como cualquier otra comisión ordinaria que actúa en ejercicio de su función fiscalizadora, no sean objeto de críticas que resten credibilidad y respaldo ciudadano a las funciones que realizan, procurando establecer una mayor transparencia en las funciones de los parlamentarios.
- En lo que concierne a la supuesta limitación inconstitucional de la función congresal, que tal restricción tiene una justificación objetiva y razonable, debido a que quienes ejercen las funciones de fiscalización en un órgano político como el Congreso no deben tener cuestionamiento alguno que se encuentre pendiente de resolver. Añade que con tal medida se persigue la recuperación de la legitimidad ciudadana del Parlamento.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas debe centrarse en los siguientes temas:

- ¿Cómo se delimita la inmunidad parlamentaria respecto a los tipos de inmunidad de los altos funcionarios del Estado?
- ¿Qué se puede extraer de la configuración constitucional de la inmunidad parlamentaria? De esta forma,
- ¿Cómo se relaciona con el mandato parlamentario y con la inviolabilidad de votos y opiniones?
- ¿Por qué habrá de considerársele como una garantía institucional parlamentaria?
- ¿De qué manera colabora con el proceso democrático?
- ¿Cuáles son los ámbitos de protección de la inmunidad parlamentaria? Por ende,
- ¿Únicamente protege a los congresistas en los procesos penales?
- ¿Desde cuándo comienza a surtir efecto la inmunidad parlamentaria?
- ¿Cómo se realiza el trámite de levantamiento de inmunidad parlamentaria? En tal sentido,
- ¿Cuál es el procedimiento establecido?
- ¿Deben respetarse derechos fundamentales, como a la igualdad o a la presunción de inocencia?

VI. FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se declare la

inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 16° y del literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República. Los recurrentes alegan que las disposiciones impugnadas vulneran los artículos 2°, incisos 2) y 24), literal e), y 92° y 93° de la Constitución. A juicio de este Colegiado, para elucidar un tema constitucional tan específico como el de a la inmunidad parlamentaria, es necesario realizar un análisis deductivo, que parta de las prerrogativas funcionales dentro del Estado, prosiga con la protección constitucional del Parlamento y culmine con la inmunidad parlamentaria dentro del constitucionalismo contemporáneo.

A. INMUNIDAD PARLAMENTARIA E INMUNIDAD PARA LOS ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

2.El ejercicio del poder demanda de las autoridades que lo ostentan la mayor responsabilidad. El poder no es sólo una prerrogativa. También es deber. Como parte de su actividad reconocida constitucionalmente, todos los altos funcionarios del Estado (una enumeración de ellos se puede encontrar en el artículo 39° de la Constitución) están en la capacidad de lograr el desarrollo del país, y para ello se les debe exigir el máximo compromiso con el cumplimiento de sus funciones.

Por ello es que nuestra Norma Fundamental ha señalado, como parte del artículo 45°, que

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Para que lo altos funcionarios ejerzan el poder de la manera más adecuada, se ha creído conveniente protegerlos ante cualquier tipo de ataques injustificados que puedan hacerlos desatender sus principales cometidos funcionales. En el texto constitucional se han establecido diversas formas de inmunidad para los detentadores del poder, como la exención de arresto y juzgamiento para los congresistas (artículo 93°), la acusación constitucional por delitos de función o infracción constitucional (artículos 99° y 100°), entre otras.

3. En este contexto, los demandantes, respecto a la norma impugnada, aseveran que:

(...) el privilegio funcional de los altos dignatarios del Estado, referido al levantamiento de la inmunidad parlamentaria (Art. 16° del Reglamento del Congreso) como el antejuicio político (Art. 89° de la misma norma), tienen un objeto sustantivamente análogo: la proscripción de ser procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo. De esta manera, el Congreso no puede propiciar el quiebre no solo del principio de separación de poderes sobre el que se sustenta todo Estado democrático de derecho (Art. 43° Const.), ni vulnerar el principio de presunción de inocencia contenido en el párrafo e), inciso 24, Art. 2° de la Constitución[1].

El apoderado del Congreso ha tratado de desmentir tal aserto, alegando, entre otras cosas, que

(...) el por qué de la diferencia con otros altos funcionarios que también tienen la prerrogativa de la inmunidad estriba en el tipo de órgano de que se trata y en la función que tienen asignada. Los Magistrados del TC tienen fundamentalmente una labor jurisdiccional y el Defensor del Pueblo es un funcionario que ejercer funciones a través de la persuasión. Los Congresistas pertenecen a un órgano que tiene una función fiscalizadora de carácter político[2].

4. Las funciones que ejercen cada uno de los representantes máximos de los poderes del Estado y de los órganos constitucionalmente reconocidos son diametralmente distintas, ya sea por la organización que tienen o por el rol que se les ha asignado.

En tal sentido, es lógico que la protección que tengan, en tanto representantes fundamentales de la institución a la que pertenecen, tampoco sea igual. Las diferencias habrán de ser justificadas y deben presentarse como razonables. Por eso, se puede argumentar un trato diferenciado a los congresistas con relación a los otros altos funcionarios del Estado. Tal explicación se irá presentando a través de los fundamentos siguientes.

5. Inicialmente, hay una cuestión que debe quedar plenamente establecida. La vida en democracia exige que las prerrogativas o garantías que asuman estos altos funcionarios se compatibilicen con otros bienes e intereses que la propia Constitución y la sociedad buscan.

Así,

(...) la limitación del poder del Estado ha asumido diversas vías, con no siempre igual fortuna. En sustancia han sido éstas: el establecimiento de normas jurídicas limitativas de su poder por el reconocimiento de determinados derechos; la participación popular en las estructuras del poder político; la existencia de fuerzas sociales con capacidad de condicionamiento y, en fin, la incidencia de posiciones doctrinales con presencia y respaldo suficientes (...)[3].

No es, pues, conveniente, prescribir una protección vasta y dilatada para estos funcionarios; antes bien, ésta debe ser coherente con la igualdad que tienen con el resto de peruanos, tal como está reconocida en la Constitución (artículo 2°, inciso 2). Sólo en la medida que la inmunidad proteja a la persona por la función que cumple en la sociedad, podrá ser aceptado algún tipo de protección especial desde el punto de vista constitucional.

Este desarrollo conceptual encuentra su base en lo que significa el Estado democrático y social de derecho. Como bien lo ha señalado la sentencia recaída en el Expediente N.° 0008-2003-AI/TC, en su fundamento 13.c,

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando

nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De este forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.
Entendida de esta manera la democracia (como mecanismo para conseguir la igualdad entre las personas), entonces tendrá sentido que se establezca una inmunidad condicionada a la protección de la función pública de alta investidura. Este es entonces, el soporte en el que se habrá de entender la inmunidad parlamentaria.

B. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EN EL ARTÍCULO 93° DE LA CONSTITUCIÓN

6. Para entender adecuadamente la inmunidad parlamentaria, es imprescindible que se pueda captar cómo ella está relacionada con el mandato parlamentario, para así darle el sentido que le corresponde; por ello debe tenerse en cuenta la clásica definición del derecho parlamentario, como una forma de táctica política en una doble acepción: como arte de conducir y ordenar la labor parlamentaria y como modo de obrar en la Cámara[4].

La Norma Fundamental, en el tercer párrafo de su artículo 93°, establece que:

(...) No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

A partir de dejar sentados los conceptos de la actuación congresal, recién podrá encontrarse el cabal sentido que adquirirá tal inmunidad parlamentaria, siempre en relación directa con la protección de la democracia que, la como está concebida en la Constitución (artículo 3°), es un principio rector de aquélla.

§1. Inmunidad parlamentaria, mandato parlamentario e inviolabilidad de votos y opiniones

7. La función congresal está en íntima correspondencia con la función –mejor dicho, las funciones– que la Constitución le ha otorgado al Poder Legislativo (atribuciones nítidamente contempladas en el artículo 102° de la Constitución).

Lo primero que ha venido a señalarse con respecto a la actividad que realizan los congresistas es que estos tienen un mandato que cumplir, en tanto representantes idóneos de la población. El mandato representativo que ostentan no tiene el carácter de exigencia que puede surgir, por ejemplo, en el Derecho Privado con relación al mandante respecto al mandatario, sino que tiene una naturaleza singular: los parlamentarios se desligan de quienes los eligen, de los partidos de los cuales son parte y de las presiones de las que pueden ser objeto.

Así lo contempla el artículo 93° de la Constitución en su primer párrafo, que a la letra dice

Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación (...),

norma que ha sido reiterada en el artículo 14° del Reglamento del Congreso.

8. Al respecto, este Colegiado debe precisar que si bien el congresista es independiente y autónomo en sus decisiones, su actuación no puede desligarse temeraria e irreflexivamente del partido político del cual provino o lo acogió; en tal dirección apunta el artículo 35° de la Norma Fundamental, según el cual,
Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.
De esta manera, la importancia del fortalecimiento de los partidos políticos en un Estado democrático y social de derecho como el nuestro, se impone y reconfigura la autonomía reconocida al Congresista, atendiendo al presupuesto de la propia estabilidad institucional, soporte de una una verdadera democracia representativa.

El punto medio entre la independencia y la pertenencia de los parlamentarios a los partidos políticos es condición sine qua non para desterrar las prácticas de transfuguismo que tanto afectaron el normal funcionamiento del Congreso de la República, máxime si con tal acontecimiento se trunca la voluntad popular, puesto que, según el artículo 176° de la Constitución, el Estado debe asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos.

9. Regresando al tema del mandato representativo, es claro que si bien el congresista no responde directamente con el grupo de población que lo eligió, puesto que

(...) aunque ni el pueblo en su conjunto, ni sus electores uno por uno, pueden darle instrucciones, sin duda responde políticamente ante el correspondiente grupo de referencia al que debe su mandato (...). de una ejecutoria correcta y ajustada a los intereses en juego[5],

tiene no obstante una enorme responsabilidad con la nación en su conjunto, ya que como bien lo ha expresado el artículo 45°, todo tipo poder proviene del pueblo, y claro está, se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y la ley establecen.

Además, conviene enfatizar que

Los Parlamentos suelen calificarse también como órganos representativos. Este último concepto, aunque de naturaleza política, aparece dotado de relevancia jurídica, toda vez que las Asambleas parlamentarias (...) responden a un 'principio representativo' que determina los criterios de su composición[6].

Esta capacidad de actuación de los congresistas habrá de verse legitimada con una correcta función que se le asigne al Parlamento en su conjunto. En tal entendido,

La labor correcta de una asamblea representativa no consiste en gobernar (...), sino en vigilar y controlar al gobierno: poner sus actos en conocimiento del público, exponer y justificar todos los que se consideren dudosos por parte del mismo; criticarlos si los encuentra censurables (...)[7].

Representar al pueblo no significa únicamente cumplir con las clásicas funciones parlamentarias (básicamente, legislar), sino que implica reforzar aún más su actividad controladora. Y para ello debe estar plenamente legitimada con el respaldo popular; es ahí donde se conecta el mandato representativo con la inmunidad parlamentaria.

10. Como parte del mandato parlamentario, la Constitución reconoce la inviolabilidad de votos y opiniones, que también está desarrollada en el artículo 93°, pero en el párrafo segundo (reiterada en el artículo 17° del Reglamento del Congreso):

(...) No son responsables (los congresistas) ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones (...).

Su relación con la inmunidad parlamentaria es innegable, tal como lo han advertido los demandantes:

Inviolabilidad e inmunidad son las llamadas prerrogativas de los congresistas, y tienen que finalidad protegerlos y proteger al órgano al cual pertenecen de las arbitrariedades del abuso de los otros Poderes del Estado. Protegen a los congresistas porque tienen un fuero especial del que sólo pueden ser despojados por su propio órgano. Protegen al Congreso porque le permiten trabajar sin obstáculos colocados por terceros[8].

11.La prerrogativa de la inviolabilidad puede llegar a constituir una 'indemnidad funcional', mediante la cual el parlamentario queda eximido de toda responsabilidad penal[9]. En este entendido,

(...) la inviolabilidad es la única prerrogativa inherente a la función parlamentaria pues, sin exención de responsabilidad por sus opiniones, el Diputado carecería de libertad para expresarse sin restricciones, con lo que no podría ejercitar adecuadamente su mandato y el debate real dejaría de existir (...)[10].

Ahora bien, se impone realizar algunas precisiones sobre la protección que instituye la Constitución respecto a esta perrogativa. Así, ella sólo tendrá validez cuando el parlamentario ejerza sus funciones. Existirán ámbitos en que éste responderá por lo que exprese.

12.La Constitución reconoce el derecho a la libertad de expresión para todas las personas, a través del artículo 2°, inciso 4). Pero también señala que tendrán responsabilidad ulterior quienes lo ejercen desmedida e indebidamente. Sin embargo, la restricción contemplada por el artículo 93° es una excepción a la regla general; pero, como excepción, también habrá de ser interpretada limitadamente y no extensivamente.

Este Colegiado insiste en afirmar que la inviolabilidad de votos y opiniones de los congresistas, sólo será amparada constitucionalmente cuando se haga, como lo señala el artículo 93°, 'en el ejercicio de (sus) funciones'. No podrán tener amparo las declaraciones ante los medios de comunicación respecto a temas de la realidad nacional, proclamación que inclusive pueda ser realizada dentro del recinto parlamentario. La protección se restringe a las expresiones hechas en el ejercicio de la función parlamentaria.

§2. Inmunidad parlamentaria como garantía institucional del Parlamento

13. Detallado el marco en el cual se reconoce constitucionalmente la inmunidad parlamentaria, a la luz del estatuto de los parlamentarios, ahora será conveniente esclarecer a qué se refiere esta inmunidad. Hay que recordar, además, que según la propia Constitución, tienen una protección similar el Defensor del Pueblo (artículo 161°) y los magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 201°).

En primer lugar, conviene señalar que su contenido no tiene una amplitud irrestricta. Atendiendo a las limitaciones que ha venido sufriendo el interna corporis acta, se ha aceptado que los ámbitos de exención y privilegio que cubren a las Cámaras deben estar sujetos a los condicionamientos que la propia Constitución impone, y cuyo fin es acercar el Parlamento a la población, igualando a los que son congresistas con los que no lo son. El interna corporis acta sólo tendrá vigencia cuando el parlamentario realice una actividad estrictamente congresal, y no más allá. En este esquema se aprecia una renovada institución de la inmunidad parlamentaria.

14. Este Colegiado ha venido a definir, la inmunidad parlamentaria, en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 0006-2003-AI/TC, como una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación. Asimismo, en la sentencia del Expediente N.° 1011-2000-HC/TC (fundamento 1), se ha dicho que la inmunidad parlamentaria es

(...) una prerrogativa de los miembros del Poder Legislativo,

consistente en la imposibilidad de que sean procesados o detenidos salvo flagrante delito previo levantamiento de la inmunidad por parte del correspondiente Poder Legislativo. De este modo, se configura como un impedimento procesal para la apertura de la instrucción penal, cuya estricta observancia constituye un elemento de especial importancia del procedimiento preestablecido por la ley y, desde tal perspectiva, como atributo integrante del derecho al debido proceso.
La inmunidad parlamentaria opera tan sólo respecto de delitos comunes; para los funcionales existe la acusación constitucional, prevista en el artículo 99° de la Constitución y desarrollada en el artículo 89° del Reglamento del Congreso.

15. En conclusión, lo que se reconoce constitucionalmente como inmunidad parlamentaria son las inmunidades de arresto y proceso.
Es posible entender ésta, entonces, como una garantía que busca proteger la libertad personal de los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales que tienen una evidente motivación y finalidad política. Con dicha protección se salvaguarda la conformación y funcionamiento del Parlamento. Por ello, corresponde al Poder Legislativo efectuar la valoración de los móviles políticos que puedan existir a través del procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria, a fin de garantizar la autonomía del Parlamento y la plena vigencia del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución).
Si la finalidad de la inmunidad parlamentaria está destinada fundamentalmente a la constitución y funcionamiento del Congreso, entonces, la inmunidad no puede considerarse como un derecho o una prerrogativa individual de los congresistas, sino como una garantía institucional del Parlamento que protege la función congresal y al propio Poder Legislativo; es decir, se trata de una prerrogativa institucional.

16. Pero, ¿qué significa que sea la inmunidad parlamentaria una garantía institucional para el funcionamiento del Parlamento?
Una garantía institucional es, tal como lo ha dejado establecido el fundamento 53 de la sentencia del Expediente N.° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC,
(...) una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones.
Esto supone que
(...) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional[11].
Por tales razones, para que funcione correctamente el Parlamento es necesario dotarlo de ciertos mecanismos que así lo permitan. Y uno de ellos es, precisamente, la inmunidad parlamentaria, o lafreedom from arrest or molestation, además de la ya nombrada inviolabilidad de voto y opiniones (freedom from speech).

§3. Inmunidad parlamentaria y democracia

17. La inmunidad parlamentaria, por tanto, sólo tendrá sentido si coadyuva con el funcionamiento del Congreso, lo que está en íntima relación con el desarrollo democrático de un país, sobre todo si éste tiene una estructura política en formación.
(...) Representación democrática significa la actualización y la manifestación de la identidad misma del pueblo, sita en los ciudadanos, y significa asimismo la actualización la manifestación de una cierta idea, viva en la conciencia de los ciudadanos, sobre cómo deben tratarse las cuestiones generales y cómo debe llevarse a cabo la mediación entre las necesidades e intereses y lo general. Está presente cuando, en la acción de los representantes, en sus reflexiones, en sus decisiones y en sus consultas al pueblo, los individuos reconocen su propio yo como ciudadanos (citoyen en sí) y el pueblo reconoce su propia identidad (volonté générale)[12].
Pero, ¿qué pasaría si la inmunidad parlamentaria atenta o no contribuye con el ejercicio democrático del Estado y, por el contrario, se convierte en un factor de deslegitimización del Congreso? Es evidentemente ahí cuando la inmunidad deja de tener sentido y, por el contrario, desacredita el actuar de uno de los Poderes del Estado.
Por eso es necesario compatibilizar la garantía institucional de la inmunidad parlamentaria con su fin democrático:
Junto a la liberación ideológica y económica, la liberación política, que acompaña al Estado moderno, y que será el fundamento de su legitimidad, en este paradigma de las relaciones entre ética, poder y Derecho, en la perspectiva ilustrada del Estado social y democrático, será una ideología de sociedad abierta (...). Expresa esa moralidad procedimental (...) que permitirá el ejercicio libre de la autonomía moral y la elección de planes de vida[13].
No es posible diferir que la Constitución debe ser interpretada de manera coherente, unitaria y con eficacia integradora. La inmunidad parlamentaria, por ello, no puede concebirse como una entidad aislada dentro del cuerpo constitucional. Únicamente adquiere significado si se le conjuga con la democracia (artículo 3°), con la configuración del Estado social y democrático de derecho (artículo 43°) y con el poder constitucional y democrático (artículo 45°).

18.A propósito de ello, probablemente sea adecuado repotenciar los mecanismos que la Constitución provee para que el Parlamento refuerza su vital rol institucional, cual es el de ser verdadero canal y puente entre las aspiraciones ciudadanas y las políticas gubernamentales. De esta forma,
(...) en la democracia contemporánea la intermediación es todo un oficio que se necesita construir conforme lo demanden las sensibilidades del momento, sin recetas generales (...). Al parecer, el secreto de una eficaz y permanente representación se vincula a la destreza de cada estructura parlamentaria por desentrañar, recoger y reencontrarse con el rostro plural de la sociedad[14].
La confianza que la población tenía en el Congreso de la República era reducida. Dos encuestas nos pueden dar luz sobre lo que se está afirmando. Según la realizada

por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima, durante julio de 2006, tan sólo llegaba a confiar en el Poder Legislativo el 17,8% de los entrevistados: el 80,2% no lo hacía[15]. Y las cifras eran similares a las del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vertidas en el mes de junio de ese mismo año: tenía poca o ninguna confianza en el Congreso, el 18%; mucha o alguna, el 81%[16]. Como se puede observar, la credibilidad del Congreso cuando empezaron a regir las modificaciones reglamentarias era bastante baja. Eso implicaba la necesidad de hacer modificaciones drásticas al sistema normativo del estatuto del Congresista, siempre, sin contravenir, claro está, las normas constitucionales.

19. Adicionalmente, es pertinente revisar la práctica parlamentaria respecto al levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Al respecto, el demandante asevera que Para los delitos no-funcionales el único requisito es la venia de la Cámara. Ejemplos: los desafueros políticos de Augusto Durand o de Samanez-Ocampo (1910); el desafuero del diputado Luis González Orbegoso (al poco tiempo amnistiado) a instancia del Juez Cesáreo Vidalón en 1933 por delitos contra la vida –asesinato- en agravio del teniente Manuel Muñiz Martínez y del mayor Barreda; los desafueros de Reynaldo Saavedra Piñón y Lora en igual año, acusados de subversión; el desafuero del inocente diputado aprista Alfredo Tello Salavarría (1947), acusado calumniosamente del asesinato de Francisco Graña Garland el desafuero de Dongo Garay procesado por delito contra la vida en agravio del guardia Rodolfo Fernández en 1948[17].

Frente a tan luctuosos avatares ocurridos en el siglo pasado, conviene recordar cómo se comportó el Congreso electo el quinquenio anterior cuando resolvió los casos de levantamiento de inmunidad parlamentaria. La reseña es de lo más variopinta:

Gráfico N° 1
Delitos por los que se solicitó levantamiento de inmunidad
(Periodo 2001 - 2006)

Delito	Casos
Abuso de autoridad	2
Fraude en la administración de personas jurídicas	1
Contra la administración de justicia	1
Contra el honor	15
Malversación de fondos	1
Contra los medios de comunicación	1
Desobediencia a la autoridad	2
Contra la libertad de trabajo	1
Contra el patrimonio	1
Contra la fe pública	1
Peculado	12
Violencia contra funcionario público	1
Violencia de libertad sexual de menor	1
Enriquecimiento ilícito	1

Fuente : Congreso
Elaboración : TC

De las 41 solicitudes que llegaron al Congreso para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, tan sólo dos fueron declaradas procedentes. Y son ciertamente esas dos las que mayor interés concitaron en la prensa y en la sociedad civil. El caso del congresista González Salazar fue conocido debido a que una cámara de televisión lo filmó mientras cometía el supuesto delito. La votación para el levantamiento de su inmunidad se llevó a cabo el 17 de diciembre de 2004, y votaron a favor del dictamen aprobatorio 95 congresistas; 2 se abstuvieron. El caso del congresista Torres Ccalla, que fue acusado de tentativa de violación de una menor de edad en el propio recinto congresal, concluyó con el levantamiento de su inmunidad, tras el allanamiento por parte de acusado, en la votación del 18 de enero de 2005, con 91 votos a favor y ninguno en contra.

Gráfico N° 2
Inmunidades levantadas
(Periodo 2001-2006



20. Si bien el proceso de inconstitucionalidad se resuelve básicamente mediante un análisis abstracto de la validez de la norma, ocasionalmente puede servir también un estudio de las circunstancias habilitantes del caso.

La Constitución, como norma viva, requiere ser actualizada para que no quede desfasada de la realidad. Así, sin modificar el texto constitucional, su interpretación ha de efectuarse estrechamente unida con los intereses sociales. Y, tal como se puede observar en el caso parlamentario, las exigencias sociales sobre un correcto funcionamiento del órgano legislativo eran crecientes e insoslayables, lo que exigía la búsqueda de correctivos necesarios desde el punto de vista reglamentario.

Este Colegiado tiene una función ordenadora y pacificadora del ordenamiento jurídico y, por ende, puede basarse en hechos concretos para resolver sus casos de inconstitucionalidad. Por ello, en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0002-2005-PI/TC, se dijo que (...) se da contenido a la praxis del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el

principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional.

Asumiendo, por tanto, la interpretación social de la Constitución, este Colegiado estima conveniente partir de criterios objetivos para analizar las normas cuestionadas en el presente proceso, y así consolidar el sistema democrático del país.

C. LOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

21. Bajo el parámetro antedicho, habrá de analizarse el ámbito de protección de la inmunidad parlamentaria en una doble vertiente.

La inmunidad sólo tendrá sentido si tiene como objeto proteger a los parlamentarios dentro de un proceso judicial que tiene carácter penal, y también desde que estos son elegidos como tales.

§1. Ámbito penal

22.Ante todo, este Colegiado estima conveniente precisar que la inmunidad parlamentaria solamente rige para los procesos penales:

Puesto que la inmunidad –diversamente de la inviolabilidad– tiene un ámbito exclusivamente penal, únicamente puede aducirse respecto de causas penales, no civiles, ni en relación a sanciones administrativas o disciplinarias, procedimientos todos ellos cuya apertura no requiere autorización previa de las Cámaras[18].

Además, una interpretación de este tipo fluye naturalmente de lo que el propio artículo 93º señala, al expresar que el procesamiento puede desencadenar en una detención; es más, un límite al levantamiento de la inmunidad se produce cuando existe 'delito flagrante'. Un amplio desarrollo de esta materia también se puede encontrar en la novedosa legislación procesal penal (artículos 452º y subsiguientes del Código Procesal Penal, aún no vigente plenamente).

23. Asimismo, el modificado artículo 16º del Reglamento del Congreso, en su segundo párrafo, expresa con bastante claridad lo que hemos venido afirmando:

(...) La inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra (...).

En tal entendido, sólo tendrá validez la garantía institucional de la inmunidad parlamentaria cuando el congresista se encuentra sometido a un proceso penal respecto a delitos comunes.

Es más, antes de la modificación del mencionado artículo 16º se dejaba sentada una exigencia adicional: no era admisible una acusación por actos 'derivados de (sus) actos privados'.

§2. Ámbito temporal

24. El punto controvertido respecto al segundo párrafo del artículo 16.º del Reglamento del Congreso es el referido al ámbito temporal de la inmunidad parlamentaria. La norma señala que

La inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra (...) los procesos penales iniciados ante la autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni suspenden.

Entonces, surge la incógnita de hasta dónde puede protegerse la inmunidad parlamentaria. Exactamente, desde cuándo comienza a regir la mencionada garantía institucional.

25. Ante tal disyuntiva, los recurrentes sostienen que se afecta su derecho a la inmunidad parlamentaria. Enfatizan que ella protege tanto a los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección como a los iniciados con posterioridad a la elección. Añaden que la disposición impugnada resultaría incongruente con lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0006-2003-AI/TC, puesto que

La norma impugnada ha establecido que la inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas respecto de los procesos penales iniciados antes de su elección, los cuales no se paralizan ni suspenden. Allí radica la restricción desproporcional de la inmunidad parlamentaria. Es desproporcional, por cuanto no abona a la finalidad que persigue la inmunidad. Cabe preguntarse, ¿acaso un proceso judicial iniciado antes de que el Congresista haya salido electo podría estar desprovisto del riesgo de ser empleado como un instrumento político de presión que atente contra el fuero congresal?[19].

Frente a tales argumentos, el demandando considera que la disposición impugnada es plenamente constitucional porque el artículo 93º de la Constitución puede ser interpretado de dos maneras igualmente válidas desde la perspectiva constitucional. Una amplia, que protegería al congresista con la suspensión de los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección, y otra estricta, que se fundamenta en que las prerrogativas deben ser interpretadas restrictivamente, más aún cuando constituyen un límite a la tutela jurisdiccional efectiva y al principio de igualdad, estando en juego la legitimidad del Parlamento ante la ciudadanía:

La inmunidad cubre un espacio de tiempo que va desde que los congresistas son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. Sin embargo, se supone que es difícil decidir 'cuándo son elegidos' porque el término puede querer decir 'el día siguiente de la votación' o 'el día de la proclamación'. Por consiguiente, estimamos que la protección tendría que entenderse que es desde que son elegidos. Consideramos que es mejor interpretar que la inmunidad comienza desde que se produce la elección, aunque el congresista estuviera en ese momento detenido. Debería salir libre y esperarse a la reunión del Pleno para que decida si autoriza o no la detención. Es mejor que la Constitución dijera que son inmunes 'desde el día en que son electos'. La elección es constitutiva. La proclamación es declarativa[20].

26. De lo reseñado, este Colegiado estima que la cuestión a dilucidar es si la disposición impugnada afecta el ámbito constitucionalmente protegido (o contenido esencial de la garantía) previsto en el artículo 93° de la Constitución.

Este dispositivo es fundamental para posiblilitar el correcto funcionamiento del Parlamento y hasta la fecha, como lo sostiene el demandado, ha tenido dos tratamientos que lo desarrollan legislativamente, toda vez que el texto constitucional no estableció expresamente si la inmunidad de proceso comprendía a los procesos penales iniciados con anterioridad a la elección. Así, hasta la reforma del artículo 16° del Reglamento del Congreso, el Poder Legislativo adoptó la protección amplia, conforme a la tradición parlamentaria del Perú. Asimismo, con la reforma, el Congreso de la República optó, conforme a los artículos 94° y 102°, inciso 1) de la Constitución, por el sentido de una protección estricta sobre la base de tres consideraciones:

a) La inmunidad parlamentaria constituye un verdadero límite al principio de igualdad (toda vez que no se aplica por igual a todos los ciudadanos).

b) También es una limitación a la tutela judicial efectiva.

c) Es una excepción al Derecho Penal Común (pudiendo configurarse como un instrumento que tenga como consecuencia la impunidad).

27. Por ello, no es inconstitucional per se la interpretación estricta que el propio Congreso hubiese realizado en una materia que es interna y que tiene visos de ser una cuestión política no justiciable, ya que se trata de situaciones de excepción. Consecuentemente, este Colegiado estima que, conforme al artículo 93° de la Constitución, caben las dos posibilidades de protección (inmunidad de proceso amplia y estricta), y que corresponde al Congreso de la República adoptar cualquiera de ellas conforme a la natural evolución de las instituciones parlamentarias y al fin constitucional que se persigue.

De otro lado, también debe reforzarse la capacidad autorregulatoria del Congreso de la República cuando emite o modifica su Reglamento. Además, el artículo 94° señala explícitamente, retomando lo que se conoce como su autonomía normativa, que

El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga los beneficios que les corresponden de acuerdo a ley.

En efecto, en ambas posibilidades interpretativas se protege el núcleo esencial de la garantía institucional de la inmunidad de proceso, esto es, la autorización del Congreso para levantar la inmunidad; en los dos casos el congresista está protegido. Lo que ocurre es que la extensión de la protección (todo proceso penal independientemente del momento de su inicio o sólo los procesos penales iniciados con posterioridad a la elección) es lo que conforma el contenido no esencial, sobre el cual el legislador ordinario tiene un amplio margen de regulación.

Pero, asimismo, este Colegiado considera que la disposición cuestionada es constitucional debido a que, ante la ausencia de un dispositivo afirmativo o negativo del artículo 93° de la Constitución, con relación a si la inmunidad de proceso comprende a los procesos penales anteriores a la elección, la frase restante de la cláusula señala lo siguiente: la protección se da (...) desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones (...).

Puede entenderse, entonces, que la modificación del mencionado segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento no contradice lo que tal norma expresa.

28. En este caso, el legislador democrático (la representación parlamentaria elegida para el periodo 2001-2006), decidió regular el contenido accesorio de la inmunidad de proceso autolimitándose en sus privilegios y regulando restrictivamente una situación de excepción, a fin de potenciar la legitimidad del Parlamento ante la ciudadanía.

Esto está en relación estrecha con lo que se ha venido afirmando con relación a la función vigorizante del sistema democrático por parte del Congreso y con los contornos de la interna corporis actacontemporánea. Así,

Para avanzar en el proceso de legitimación democrática en el Perú es necesario que la ciudadanía confíe en sus líderes políticos. A su vez, esto exige que los gobernantes tengan credibilidad frente a la opinión pública y a los ciudadanos. Por ello, el parlamento tiene una labora fundamental en las acciones necesarias para consolidar la democracia que son indispensables para asegurar la gobernabilidad democrática. Las normas que están siendo cuestiones en este proceso son algunas de las medidas que el Congreso ha empezado a adoptar para recuperar la confianza ciudadana y contribuir así a la institucionalidad democrática y a la gobernabilidad[21].

La inmunidad parlamentaria debe estar acorde con las necesidades de legitimación democrática del Congreso. Es por ello y por las consideraciones expuestas, que este Colegiado considera que la norma impugnada no vulnera el ámbito constitucionalmente protegido por el artículo 93° de la Constitución.

29. De otro lado, la protección contra el arresto sólo comienza con la elección, es decir, desde que el Jurado Nacional de Elecciones proclama al congresista electo. En nuestro ordenamiento jurídico, antes de la proclamación el candidato no está protegido.

Ahora bien, si la protección contra el arresto o detención, que tiene fundamental incidencia en la conformación del Congreso, sólo empieza con la proclamación, entonces, se justifica que la inmunidad de proceso comprenda a los procesos penales iniciados con posterioridad a la elección, independientemente de la fecha de la comisión

del delito (si el supuesto delito se cometió antes de la proclamación pero no se inició el proceso penal, entonces el congresista electo quedará protegido por la inmunidad de arresto y se deberá solicitar el levantamiento del fuero parlamentario).

Asimismo, es claro que si bien el proceso penal iniciado con anterioridad a la proclamación del congresista, por mandato del segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, continuará después de la elección, la inmunidad de arresto se mantiene y sólo procederá su detención si el Congreso lo autoriza, constituyéndose tal garantía en un límite a la regla del segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso.

30. Finalmente, debe destacarse que también se ha discutido en el presente proceso[22] sobre si es factible, o no, la suspensión de la prescripción de la acción penal en el caso de los congresistas protegidos por la inmunidad de proceso. Al respecto, el artículo 84° del Código Penal dispone que:

Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

Este Colegiado considera que este artículo de la normatividad penal es la norma aplicable para el caso de los Congresistas protegidos por la inmunidad de proceso.

D. EL LEVANTAMIENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

31.Un último tópico relacionado con el tema de la inmunidad parlamentaria es el supuesto levantamiento. Es más, la demanda de inconstitucionalidad ha sido presentada con relación a los efectos del inicio del trámite de levantamiento.

Al respecto, los demandantes alegan que el literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso vulnera su derecho de igualdad ante la ley (artículo 2° inciso 2 de la Constitución); y que los demás funcionarios aforados que gozan del derecho de antejuicio, no tienen semejante restricción en el desempeño de su función pública. Así, sostienen que el Presidente de la República o los Ministros de Estado involucrados en procesos judiciales penales dolosos no están impedidos de participar en los Consejos de Ministros. Sostienen también que la norma en cuestión restringe indebidamente la función congresal (artículo 92° de la Constitución).

Frente a ello, el apoderado del Congreso sostiene que la disposición impugnada no vulnera el derecho de igualdad ante la ley porque el principio de igualdad admite la distinción de trato atendiendo a la realidad de los hechos y siempre y cuando esta sea razonable. Afirma que la introducción del tratamiento diferente, amparado por la norma impugnada, da lugar a dos grupos de congresistas: aquellos comprendidos en procesos penales dolosos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la República ha solicitado el levantamiento de su inmunidad parlamentaria y aquellos que no se encuentran en tales supuestos. Refiere también que el tratamiento diferente está relacionado con la aplicación de una prohibición durante el ejercicio del mandato parlamentario. Así, haciendo un símil entre la actividad congresal y la función de los jueces (según el artículo 180° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para ser magistrado no hay que hallarse procesado por delito doloso común), el demandado afirma que

(...) resulta razonable que se establezcan similares impedimentos a quienes tienen algunas atribuciones que son propias de los que ejercen funciones jurisdiccionales. Las atribuciones materialmente jurisdiccionales de las Comisiones Investigadoras, Sub Comisiones de Acusación Constitucional, Comisiones Ordinarias que realizan investigaciones, entre otras, ha sido destacada en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)[23].

De otro lado, asevera que, tomando en cuenta que la prohibición de participar en ciertas comisiones tiene un efecto temporal (mientras dure el procedimiento de levantamiento de inmunidad parlamentaria) y que no impide otros actos de control político (participa en la investidura del Consejo de Ministros, en la interpelación ministerial, en la invitación a ministros para informar, en la estación de preguntas, en la moción de censura, en la cuestión de confianza, en la solicitud de información a la Administración, en el pedido de vacancia del Presidente de la República, en el control sobre la legislación delegada, en el control sobre los decretos de urgencia y en el control sobre los tratados internacionales ejecutivos), se puede expresar que

(...) el grado de afectación de la función congresal resulta mínima si la comparamos con el grado de realización del objetivo de la prohibición establecida en el inciso d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República, que es evitar cuestionamientos a quienes conforman los órganos de fiscalización del Congreso, para impedir el desgaste de la credibilidad, imagen y prestigio de este Poder del Estado[24].

§1. Límites formales: un procedimiento establecido

32. El trámite de levantamiento de inmunidad parlamentaria tiene un recorrido preestablecido dentro del fuero congresal.

Éste debe ser escrupulosamente respetado cuando se intente levantar la inmunidad a un representante del Poder Legislativo.

33. El mismo artículo 16° in fine del Reglamento del Congreso expresa, con bastante precisión, cómo se ha de llevar a cabo el procedimiento del levantamiento de inmunidad parlamentaria. Éste es como sigue:

La petición para que se levante la inmunidad parlamentaria y se autorice a tramitar un proceso penal en contra de un Congresista, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política del Perú, será formulada por una Comisión conformada por Vocales Titulares de la Corte Suprema de Justicia designada por su Sala Plena. Dicha Comisión evalúa que

la solicitud de levantamiento de fuero que se presenta al Congreso de la República esté acompañada de una copia autenticada de los actuados, tanto en la investigación policial, fiscal y judicial; respecto del o de los supuestos delitos en los que estaría involucrado el Congresista. Dicho informe será presentado por escrito, acompañado de la solicitud de levantamiento de fuero, al Congreso de la República.

El procedimiento parlamentario es el siguiente:

1. Recibida la solicitud, la Presidencia del Congreso, dentro de las veinticuatro horas siguientes, la pone en conocimiento de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria compuesta por cinco (5) Congresistas elegidos por el Pleno del Congreso, con el voto de la mitad más uno de su número legal.

2. La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria sin referirse al fondo del asunto, tiene un plazo de cuatro (4) días útiles para admitir la solicitud de levantamiento de inmunidad, o según sea el caso, pedir a la Corte Suprema de Justicia que se subsanen los defectos o vicios procesales de dicha solicitud y sus anexos.

La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria evalúa los actuados y determina que sólo exista motivación de carácter legal y no de índole política, racial, religiosa o de otra naturaleza discriminatoria. Los pedidos que no se encuentren dentro de los supuestos establecidos en el presente artículo serán rechazados de plano y devueltos a la Corte Suprema de Justicia.

3. Admitida la solicitud, el Presidente de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria convoca a sesión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes y cita al Congresista para que ejerza personalmente su derecho de defensa, pudiendo ser asistido por letrado. Se señalarán dos (2) fechas con intervalo de un (1) día para el ejercicio del derecho de defensa del parlamentario. La inasistencia del parlamentario no suspende el procedimiento.

4. La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria dictamina en un plazo máximo de quince (15) días útiles, contados a partir del día siguiente de la realización de la sesión en la que se citó al Congresista denunciado para su defensa.

5. Dentro de los dos (2) días hábiles de emitido el dictamen por la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria, el Consejo Directivo del Congreso lo consignará en la Agenda del Pleno de la sesión siguiente a la fecha de su recepción a fin de someterlo al debate y votación correspondiente, la cual podrá realizarse en la misma sesión o a más tardar en la subsiguiente, a criterio del Presidente del Congreso.

El Congresista aludido en la solicitud de levantamiento de fuero tiene derecho a usar hasta 60 minutos en su defensa, en cualquiera de las instancias, recibir oportunamente el dictamen respectivo, la transcripción de las intervenciones que realice, así como ser asistido por letrado.

En cualquier estado del proceso de levantamiento de inmunidad parlamentaria, el parlamentario podrá allanarse al requerimiento formulado por la Corte Suprema de Justicia; previa autorización del Congreso.

El levantamiento del fuero procede con los votos conformes de la mitad más uno del número legal de Congresistas.

Lo resuelto por el Pleno es comunicado a la Corte Suprema de Justicia.

34. Pero, ¿cuál es la conducta que asume el Congreso en un pedido de levantamiento de inmunidad parlamentaria? Según el fundamento 6 de la sentencia del Expediente N.° 0006-2003-AI/TC, es unoestrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. No es que pretenda acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan sólo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de 'mera apariencia penal'.

De igual manera, en la sentencia emitida en el Expediente N.° 5291-2005-HC/TC, en los fundamentos 24 y 25, este Colegiado precisó que la regla general constitucional es clara al establecer que (...) es indispensable la autorización del Congreso de la República para procesar penalmente a un Congresista de la República. Sin embargo, es posible diferenciar dentro de esta situación dos supuestos. El primero, cuando el proceso penal se pretende iniciar con posterioridad a la elección del Congresista denunciado. En este caso, siempre será necesario, para procesar al Congresista, requerir que el Congreso de la República levante la inmunidad parlamentaria y autorice el procesamiento.

El segundo supuesto, es aquel en el que a un ciudadano se le procesa y durante ese lapso resulta electo. En este caso, también se deberá solicitar el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del Congresista electo, para procesarlo, salvo el caso de que el proceso penal venga durando en exceso (en este caso doce años y todavía se encuentra en primera instancia), y existan pendientes de resolver pedidos de extinción de la acción penal que favorezcan al Congresista de la República".

En efecto, no habría necesidad de solicitar el levantamiento de la inmunidad si es manifiesta la extinción de la acción penal, puesto que en este caso el proceso penal debe archivarse judicialmente.

§2. Límites materiales: la protección de derechos fundamentales

35. Frente a las cuestiones formales que han ido estableciendo, conviene poner de relieve ahora que el levantamiento de la inmunidad parlamentaria puede llegar a afectar los derechos fundamentales de los que son detentadores de ella. Tal ha sido la lógica utilizada por el demandante cuando alega que la norma reglamentaria ha venido a afectar derechos de los congresistas.

El literal d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso de la República dispone que:

Durante el ejercicio del mandato parlamentario los

Congresistas están prohibidos: (...)

d) De integrar la Comisión de Fiscalización y Contraloría, Comisión de Ética Parlamentaria y la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Comisión Permanente, así como otras Comisiones Ordinarias que actúen en ejercicio de su función fiscalizadora, cuando se encuentren comprendidos en procesos penales dolosos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la República ha solicitado el levantamiento de su inmunidad parlamentaria.

En dicho supuesto, el Parlamentario presenta su inhibición ante la Comisión correspondiente.

En el caso de las Comisiones Ordinarias, distintas a la Comisión de Fiscalización y Contraloría, la ausencia por inhibición de los Congresistas Titulares será considerada como licencia para efecto de la referida investigación o fiscalización, la misma que no se hará extensiva para otros temas o asuntos a cargo de dicha Comisión Ordinaria, casos en los que seguirá participando como miembro titular.

Se arguye esencialmente que, tal como está configurada esta norma, se estarían afectando básicamente dos derechos: la igualdad ante la ley (asimismo, la función congresal) y la presunción de inocencia.

a. Derecho a la igualdad

36. Para este Colegiado, tal como se ha señalado en el fundamento 9 de la sentencia del Expediente N.º 0606-2004-AA/TC,

(...) el artículo 2°, inciso 2 de nuestra Constitución consagra, a su vez, el principio de igualdad y el derecho a la igualdad. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele.

Pero, a través del fundamento 58 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-AI/TC, se precisó que, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se está frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en la exigencia de ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Por eso, su cumplimiento debe ser algo esencial en una norma como el Reglamento del Congreso.

37. Ya entrando al caso concreto, este Colegiado considera que el término de comparación propuesto por los demandantes (al equiparar las funciones de los Congresistas con las del Presidente de la República, de los ministros, del Defensor del Pueblo y de los magistrados del Tribunal Constitucional) no es el mas adecuado, desde una prespectiva constitucional.

En efecto, el Presidente de la República y los Ministros cumplen otros cometidos constitucionales, y no gozan de las inmunidades de proceso y de arresto. Como este Tribunal tuvo oportunidad de precisar, en el fundamento 6 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, (...) entre la prerrogativa funcional del antejuicio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. Las primeras señalan que, mientras todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93°, 161° y 201° de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa de antejuicio (artículo 99°), no todos los que son titulares de ésta, lo son de la inmunidad".

Como ya se ha venido explicando supra, las funciones de los altos funcionarios del Estado admiten diferenciaciones en su trato, de modo que corresponde ahora explicar las similitudes entre la inmunidad que a estos alcanza y la inmunidad parlamentaria.

El término de comparación correcto es el que se establece entre los congresistas que están comprendidos en el supuesto de hecho de la norma cuestionada y los que no lo están.

Antes de entrar al análisis estricto de la igualdad, cabe señalar que, en lo que concierne a la supuesta limitación inconstitucional de la función congresal (artículo 92º de la Norma Fundamental), este Colegiado estima que tal restricción tiene una justificación objetiva y razonable, debido a que quienes ejercen las funciones de fiscalización en un órgano político como el Congreso, no deben tener cuestionamiento alguno que se encuentre pendiente de resolver, medida que persigue la recuperación de la legitimidad ciudadana del Parlamento.

38. Para ello, conforme al test de igualdad, desarrollado por este Colegiado en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00045-2004-PI/TC y N.º 00004-2006-PI/TC, se procederá a verificar si la diferenciación introducida por las normas son válidas o constituyen una violación del derecho a la igualdad y una excesiva limitación a la función congresal.

i. Verificación de la diferenciación legislativa: En cuanto al primer paso, cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por la disposición que obliga a los parlamentarios a inhibirse de integrar la Comisión de Fiscalización y Contraloría, Comisión de Ética Parlamentaria y la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Comisión Permanente, así como otras Comisiones Ordinarias que actúen en ejercicio de su función fiscalizadora, cuando se encuentren comprendidos en procesos penales dolosos en los cuales la Corte Suprema ha solicitado el levantamiento de su inmunidad parlamentaria. La situación jurídica que funcionará en este caso, como término de comparación, está constituida por las normas del Reglamento del Congreso de la República que permiten a los demás congresistas participar en todas las comisiones, sin ninguna excepción. Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las normas cuestionadas superan este primer nivel,

toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.

ii. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad: Respecto de esta, cabe destacar que, al tratarse de una diferenciación que se funda en un motivo distinto al prescrito por la Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y que, además, tiene como consecuencia una limitación de la función parlamentaria, se verifica que la intervención normativa tiene una intensidad leve.

iii. Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación: En cuanto a ello, debe mencionarse que el demandado sostiene que la medida se justifica debido a que quienes ejercen las funciones de fiscalización en un órgano político como el Congreso no deben tener cuestionamiento alguno que se encuentre pendiente de resolver, medida que procura la recuperación de la legitimidad del Parlamento frente a la ciudadanía. El Tribunal estima que el fin perseguido tiene sustento en el artículo 43° de la Constitución que reconoce el principio de representación política como pilar del Estado democrático, de manera que la recuperación o preservación de la legitimidad del Parlamento frente a la población y la búsqueda de la confianza ciudadana son vitales en el Estado constitucional y en el actual sistema democrático. En consecuencia, las normas cuestionadas superan el tercer paso del test de igualdad.

iv. Examen de idoneidad: En este punto, es necesario recordar que se refiere a una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención, y el fin que busca la medida. En ese sentido, este Colegiado estima que tal relación existe. Debe continuarse, entonces, con el siguiente paso.

v. Examen de necesidad: En lo que a este examen se refiere, cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de normas que establecen a un trato diferenciado que se funda en un motivo distinto al prescrito por la Constitución (artículo 2°, inciso 2) y que se refieren a la limitación del ejercicio de la función congresal, se aprecia que la materia objeto de regulación exige un juicio de igualdad flexible puesto que, tratándose de la regulación de la participación de los congresistas en las comisiones, la Constitución otorga al Parlamento una amplia libertad de configuración. Así, por ejemplo, cuando el artículo 35° del Reglamento del Congreso limita la participación de los congresistas a un determinado número de comisiones ordinarias, no se anula la función congresal. A juicio de este Colegiado, la necesidad de la medida legislativa se justifica, puesto que no es manifiesta y evidentemente innecesaria; sólo constituye una limitación parcial y temporal, toda vez que los congresistas pueden participar en todas las otras comisiones.

vi. Examen de proporcionalidad en sentido estricto: Finalmente, en cuanto a este análisis, debe precisarse que exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquél que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquél que radica en la afectación del derecho o bien de que se trate, de manera tal que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda. En el presente caso, la finalidad que se persigue con la medida temporal de limitación de la participación en determinadas comisiones, (esto es, generar mayor legitimidad del Congreso, en relación con la población, al establecer que la conformación de las comisiones que tiene que ver con la función fiscalizadora no sea objeto de ninguna duda), traerá amplias ventajas para la optimización del principio representativo. Asimismo, considerando que la función congresal es objeto de este tipo de limitaciones (artículo 35° del Reglamento del Congreso), este Colegiado considera que la intervención en el derecho a la igualdad y en la limitación de la función congresal no es grave. En ese sentido, siendo mayor la realización u optimización del fin constitucional y menor la intervención o afectación de la igualdad y de la función congresal, se ha superado el test.

39. En concordancia con lo que se acaba de expresar, en el fundamento 26 de la sentencia emitida en el Expediente N.° 5291-2005-HC/TC este Colegiado ya ha venido señalando en su jurisprudencia que la inmunidad protege al congresista y permite que el Congreso de la República ejerza el normal desarrollo de sus funciones, pero siempre con una base de razonabilidad.

Y es que, como se ha expresado, la diferenciación realizada por el Reglamento del Congreso, respecto a parlamentarios a los que se les ha iniciado el procedimiento de levantamiento de inmunidad y a otros a quienes no se le ha sometido a tal procedimiento es totalmente razonable y plenamente compatible con el fortalecimiento del principio democrático en el ejercicio de la función congresal, de conformidad con el artículo 43° de la Norma Fundamental.

De todo ello puede concluirse que no hay vulneración de los artículos 2°, inciso 2) y 92° de la Constitución.

b. Derecho a la presunción de inocencia

40. El derecho a la presunción de inocencia ha sido analizado por este Colegiado en múltiples ocasiones.

En la sentencia recaída en el Expediente N.° 10107-2005-HC/TC (fundamentos 2, 3, 4 y 7) se señaló que el fundamento de este derecho se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) así como en el principio pro homine. Y es, en efecto, a partir de esta declaración, que se llega a afirmar que la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo, motivo por el cual, en nuestro ordenamiento, se admiten determinadas medidas cautelares personales (como la detención preventiva o detención provisional), sin que ello signifique su afectación, siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Es importante señalar, además, que parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula con el hecho de que dicho derecho incorpora una presunción iuris tantum y no una presunción iure et de iure o absoluta, de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que

la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

41. En cuanto al caso concreto, los demandantes sostienen que el hecho de que el parlamentario se encuentre obligado a inhibirse de participar en determinadas comisiones por el mero hecho de estar incurso en un proceso judicial por delito doloso en el que se pida el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, y más aún no haya sido concedida, vulnera el principio derecho de presunción de inocencia (artículo 2°, inciso 24, literal e de la Constitución).

Frente a ello, el apoderado del Congreso considera que tal vulneración no existe ya que la obligación de inhibirse no tiene carácter punitivo, ni constituye una sanción y además se trata de una limitación temporal, hasta que el Congreso de la República resuelva la correspondiente solicitud de levantamiento de la inmunidad. Añade que a través del mencionado procedimiento no se determina la responsabilidad penal ni se impone una sanción. Asimismo, señala que la norma cuestionada constituye una medida de carácter transitorio, que tiene por objeto que la Comisión de Fiscalización, así como cualquier otra comisión ordinaria que actúa en ejercicio de su función fiscalizadora, no sean objeto de cuestionamientos que resten credibilidad y respaldo ciudadano a las funciones que realizan, procurando establecer una mayor transparencia en las funciones de los parlamentarios.

42. Este Colegiado estima que en el presente caso no se configura vulneración del principio de presunción de inocencia toda vez que la medida cuestionada no es una sanción, sino una limitación temporal y provisional de la función congresal de determinados parlamentarios en la conformación de las comisiones, que tiene como finalidad constitucional legítima impedir que las comisiones parlamentarias que desarrollan tareas de fiscalización sean cuestionadas. Puede, incluso, ser considerado como un requisito especial para ser parte de tales comisiones, ya que la función fiscalizadora entraña grandes y graves responsabilidades frente a terceros.

A guisa de ejemplo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 12°, inciso 3) establece que no pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los que se encuentren siendo procesados por delito doloso. Tal hecho no constituye, per se, una afectación del principio de presunción de inocencia.

Por las consideraciones expuestas la norma impugnada no vulnera el literal e) del inciso 24.° del artículo 24.° de la Constitución.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú .

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el segundo párrafo del artículo 16.° y literal d) del artículo 20.° del Reglamento del Congreso.

2. Declarar que el artículo 84° del Código Penal es la norma aplicable para el caso de los Congresistas protegidos por la inmunidad de proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N° 0026-2006-PI/TC
33 CONGRESISTAS
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Los temas que son materia de este proceso de inconstitucionalidad se refieren a derechos fundamentales que, históricamente, corresponden al Congreso y a sus miembros; y, por haber ejercido las funciones de Diputado, Senador y Congresista, considero mi deber expresar algunos puntos de vista personales y reproducir otros que fueron expuestos en el Parlamento; sin perjuicio de compartir los fundamentos de la sentencia, de la que es parte integrante este voto.

La demanda

La demanda incoada persigue que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales:

a) el segundo párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, modificado por Resolución Legislativa N° 015-2005-CR, de 3 de mayo de 2006, y

b) el inciso d) del artículo 20° del mismo Reglamento del Congreso, incorporado por Resolución Legislativa N° 025-2005-CR, de 21 de julio de 2006.

Además, los demandantes peticionan que el Tribunal Constitucional declare "...igualmente la inconstitucionalidad de aquellos preceptos de la misma norma a los que deben extenderse por conexión o consecuencia".

Los demandantes son 33 Congresistas, con firmas debidamente autenticadas por el Oficial Mayor del Congreso.

Los Congresistas, además, pertenecen a los diversos grupos parlamentarios organizados conforme al Reglamento del Congreso de la República; y ejercen el derecho que les reconoce el artículo 203°-4 de la Constitución Política del Perú.

Las atribuciones del Tribunal Constitucional

Los demandantes recurren al Tribunal Constitucional para que éste haga prevalecer la Constitución sobre normas infraconstitucionales que, según ellos, la violan.

El Tribunal, en consecuencia, debe confrontar la Ley

Fundamental con las disposiciones cuestionadas.

En el caso del proceso (Exp. 0006-2003-AI/TC) –que los demandantes invocan, acertadamente, como precedente- respecto de la inconstitucionalidad atribuida al inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, la demanda fue presentada por 65 Congresistas; o sea por la mayoría absoluta del número legal (120) de ese Poder del Estado. Obviamente, tenían capacidad constitucional y reglamentaria para modificar el Reglamento directamente, sin necesidad de la intervención del Tribunal Constitucional, que, no obstante ese hecho, se avocó al conocimiento del proceso y dictó la sentencia de 1 de diciembre de 2003.

En esa sentencia se hizo el análisis del antejuicio político del que son beneficiarios el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República, sin el cual esos funcionarios no pueden ser procesados penalmente por delitos de función, conforme al artículo 99° de la Constitución.

Igualmente, la sentencia aludida estableció que los Congresistas gozan de la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 93° de la Constitución y que el procedimiento para levantar ese privilegio está regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso.

Literalmente, expresó la sentencia que los Congresistas gozan también de la inmunidad parlamentaria prevista en el último párrafo del artículo 93° de la Constitución y cuyo procedimiento de levantamiento se encuentra regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso. Se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que con titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

Una vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el deber de levantar la inmunidad al imputado.

Debe precisarse que el constituyente ha extendido la garantía de la inmunidad parlamentaria al Defensor del Pueblo (artículo 161°) y a los miembros del Tribunal Constitucional (artículo 201°).

Así, entre la prerrogativa funcional del antejuicio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. La primeras señalan que, mientras que todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículos 93°, 161° y 201° de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa del antejuicio (artículo 99°), no todos los que son titulares de ésta, lo son de la inmunidad. Por otra parte, mientras que la inmunidad parlamentaria tiene vigencia desde que se es elegido en el cargo hasta un mes después de haber cesado (artículo 93°), la prerrogativa funcional de antejuicio permanece vigente hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 99°).

Desde el punto de vista material, a diferencia de lo que ocurre con el privilegio del antejuicio político, en el procedimiento para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, el Congreso no asumen un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino tan sólo descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de "mera apariencia penal".

De otra parte, un análisis lógico permite deducir que la garantía de la inmunidad parlamentaria opera sólo respecto de delitos comunes, puesto que en el caso de los delitos funcionales, sin importar de quien haya provenido la denuncia, y aun cuando haya sido tramitada, en un inicio, con arreglo al segundo y tercer párrafos del artículo 16° del Reglamento, el Congreso deberá iniciar la investigación correspondiente, conforme al artículo 89° de ese Reglamento, con el propósito de determinar si hay o no lugar a la formación de causa, y, consecuentemente, si corresponde o no levantar la prerrogativa del Congresista, concebida a esos efectos, ya no como una inmunidad a que se hace alusión en el artículo 93° de la Constitución, sino según el contexto de privilegio de antejuicio al que alude el artículo 99° constitucional. De igual manera, si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia sólo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99° de la Constitución.

La sentencia de 1 de diciembre de 2003 hace, pues, el deslinde entre los delitos de función y los delitos comunes, así como señala el procedimiento que el Congreso debe seguir en cada caso. La sentencia, además, enfatiza que corresponde al Congreso examinar si hay o no motivaciones políticas en las imputaciones que se hagan contra los Congresistas, porque el procesamiento penal puede incluir el mandato de detención y, por consiguiente, se afectaría el funcionamiento o la composición del Poder Legislativo.

De manera que, tal como lo señalan los demandantes, el Tribunal Constitucional tiene atribución para decidir los petitorios planteados.

El proceso constitucional

Es pertinente señalar, además, que una diferencia trascendental entre el proceso civil y el proceso constitucional es que, en el primero, los jueces deben resolver sólo los puntos controvertidos; mientras que en el proceso de inconstitucionalidad de normas con rango de ley, los jueces constitucionales pueden declarar, también,

la inconstitucionalidad e ineficacia de las normas infraconstitucionales aunque no hayan sido invocadas en la demanda, de acuerdo a los artículos II y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre de 2004; y desde antes de esa fecha conforme a la jurisprudencia.

Es en atención a la referida potestad constitucional, consagrada por la doctrina, que los Congresistas demandantes plantean que el Tribunal declare "... igualmente la inconstitucionalidad de aquellos preceptos de la misma norma a los que deben extenderse por conexión o consecuencia".

Precisamente, en ejercicio de esa atribución consustancial, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia de 1 de diciembre de 2003, se pronunció respecto al vacío que existe en la Constitución de 1993, sobre la votación para declarar la vacancia de la función de Presidente de la República, señalando que

Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por "su permanente incapacidad moral o física". Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de la más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencia por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de Congresistas.

La exhortación del Tribunal Constitucional fue asumida por el Congreso de la República que, en la parte pertinente, acordó la modificación de su Reglamento en cuanto al número de votos necesarios para declarar la vacancia presidencial en el supuesto referido en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución.

A lo señalado por la sentencia del TC de 1 de diciembre de 2003, debe agregarse que la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 157° de la Constitución) y del Defensor del Pueblo (artículo 161° de la Constitución) requiere la mayoría calificada de por lo menos dos tercios del número legal de Congresistas; y que la elección del Presidente de la República se hace con la mayoría absoluta de votos (artículo 111° de la Constitución), por lo que éste no puede ser vacado si no concurre el número de votos que precisa dicha sentencia.

Las atribuciones del Tribunal Constitucional del Perú no difieren, sustancialmente, de las que tienen los Tribunales Constitucionales, Cortes Constitucionales, Consejos Constitucionales o Salas Constitucionales en otros países, aunque algunos de ellos tienen atribuciones preventivas.

Héctor Fix-Zamudio, en el prólogo al libro de Eduardo Ferrer Mac-Gregor ("Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica", Editorial Fundap, México, 2002), manifiesta que

En la Carta federal austriaca de 1920 se creó la Corte Constitucional como el organismo jurisdiccional especializado en la solución de conflictos constitucionales, debido a la propuesta del ilustre jurista Hans Kelsen, con lo cual se inició una evolución para otorgar a las Leyes Supremas de Europa Continental el carácter de norma jurídica, como había ocurrido en la Constitución de Filadelfia, ya que en ese continente se habían conferido a los órganos políticos, parlamentarios o de carácter especial, la función de decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad. Este sistema iniciado por dicha Constitución austriaca de 1920 introdujo el modelo calificado como austriaco o europeo continental, que durante la primera posguerra se estableció en las Cartas de Checoeslovaquia de 1920 y de España de 1931, pero resurgió con fuerza después de la segunda guerra mundial con el restablecimiento de la Corte Constitucional austriaca de 1945, y la creación de Cortes o Tribunales constitucionales de Italia (1949); de la República Federal de Alemania (1949); del Consejo Constitucional francés (1958); de Portugal (1976-1982); de España (1978); de Bélgica (1980); de Turquía (1961-1982); de Grecia (1975), y también de otros países de Asia y Africa. El establecimiento de otros órganos jurisdiccionales especializados similares se advierte con inusitado vigor a partir de 1989, cuando varios países de Europa Oriental se apartaron del modelo soviético y se aproximaron al régimen democrático occidental, lo que también ocurrió con la Federación Rusa y varios países de la Comunidad de Estados Independientes, que anteriormente formaron parte de la mencionada Unión Soviética; lo mismo sucedió con las Cartas democráticas sudafricanas de 1994 y 1997.

Latinoamérica no podía quedar al margen de este cuestionamiento que puede calificarse de universal, y también se introdujeron en sus ordenamientos tribunales especializados que son los que constituyen el objeto de examen del estudio de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Ferrer Mac-Gregor, efectivamente, examina lo que ocurre en la América Latina; y sostiene que

Uno de los fenómenos más representativos del constitucionalismo y procesalismo contemporáneo constituye la tendencia hacia la creación de tribunales

constitucionales, entendiéndose como tales a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.

Esta tendencia cobra relevancia en el ámbito iberoamericano, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, al surgir o consolidarse órganos de esta naturaleza con distintos matices y modalidades.

a) sean como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal);

b) sean como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia);

c) sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela); o

d) sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay).

El referido autor indica que los instrumentos de control constitucional son muy antiguos previéndose de distinta manera en las legislaciones de varias culturas jurídicas, separadas cronológicamente y que nacieron especialmente para la protección de la persona humana.

Bolivia se encuentra ya entre los países que tienen Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial, el que está afrontando dificultades, en los albores del año 2007, creadas por grupos fundamentalistas. El Tribunal Constitucional de Ecuador, en los tres últimos años, ha debido afrontar fricciones con el Congreso y fue disuelto dos veces mediando pocos meses entre una disolución y la otra, en 2003 y 2004.

En el Perú fue creado el Tribunal de Garantías Constituciones con arreglo a los artículos 296º a 304º de la Constitución de 1979. Los magistrados requerían tener probada ejecutoria democrática. En cuanto a los procesos de inconstitucionalidad, si la sentencia de ese Tribunal declaraba fundada la demanda, debía ser comunicada al Poder Legislativo, para que éste, por el mérito del fallo, dictara la ley correspondiente. Trascurridos 45 días sin ley derogatoria, se publicaba la sentencia que producía el mismo efecto derogatorio.

El Tribunal de Garantías Constitucionales fue disuelto mediante el Decreto Ley Nº 25418, de 7 de abril de 1992, dos días después del golpe de Estado, cuyos autores permanecen aún impunes. La sede del Tribunal, en Arequipa, fue asaltada por mandos militares, que sustrajeron valiosos bienes muebles, que no han sido devueltos hasta la fecha.

Inmunidad e inviolabilidad de los miembros del Congreso

La demanda materia de este proceso, como se ha dicho, tiene por objeto preservar la vigencia intangible del artículo 93º de la Constitución de 1993, referido a la inmunidad e inviolabilidad parlamentaria.

Sostienen los demandantes que el artículo 16, párrafo reformado, del Reglamento del Congreso es inconstitucional, pues recorta el contenido de la referida norma constitucional.

Es, por lo tanto, necesario esclarecer los antecedentes constitucionales y determinar los alcances del fuero parlamentario en el Estado Social y Democrático de Derecho. La lucha por el poder ocurre en todas las latitudes del planeta. Hay regímenes dictatoriales, surgidos de la violencia; y autoritarios, frecuentemente emanados del fraude electoral, pero también, en ocasiones, fruto de la abdicación de principios.

Los tratados internacionales, de data reciente, pueden ser preludio de que en el siglo XXI los pueblos del mundo tengan gobiernos que sean expresión de su voluntad soberana. Pero esos gobiernos están y estarán integrados por seres humanos, con virtudes y defectos.

Ya no hay emperadores todopoderosos: las monarquías son constitucionales, como los casos de Inglaterra y España. Quedan aún dictadores. Algunos deslenguados, otros fugitivos.

Como lo recuerda la demanda, la inmunidad es una institución jurídica universal. En el Perú, los Congresistas no pueden ser detenidos ni procesados penalmente, sin previa autorización del Congreso o, en receso de éste, de la Comisión Permanente. La inmunidad es, pues, una garantía que defiende la libertad personal del legislador frente a acciones por delitos comunes, eventualmente mal intencionadas. No se trata de un derecho subjetivo, ni de un privilegio. Es la protección jurídica orientada a impedir que se obstaculice el funcionamiento normal del Parlamento. Impide que la gestión del Congresista puede ser enervada o suprimida por factores políticos o por intereses económicos de los grupos de presión, tanto durante los regímenes autoritarios como durante los democráticos.

Asimismo, la institución de la inviolabilidad parlamentaria no es, tampoco, de libre disposición del Congresista, sino que implica la tutela del Cuerpo Legislativo respecto de todos sus integrantes. No es un derecho subjetivo, sino objetivo destinado a preservar el normal funcionamiento de un poder del Estado. Aciertan, por ende, los demandantes al invocar la opinión coincidente de Pareja Paz Soldán, aludida por Ortecho Villena y citada por Rubio Correo.

Es por eso que, desde que el constitucionalismo desarrolló la teoría de la separación de los poderes, los miembros del Parlamento están protegidos por la inviolabilidad de sus personas, en cuanto son elegidos y hasta la conclusión del período congresal; e, incluso, por un período adicional, que en el Perú es de un mes.

Históricamente, la inviolabilidad de los representantes está establecida de acuerdo con los siguientes precedentes vinculados al Perú; y que han sido invocados por los demandantes:

La Constitución de Cádiz, de 1812, válida para los territorios de ultramar:

Artículo 128.- Los Diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad podrán ser reconvenidos por ellas. En las causas criminales que contra ellas se intentaren, no podrán ser juzgados sino por el tribunal de Cortes en el modo y forma que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las mismas.

Durante las sesiones de las Cortes, y un mes después, los Diputados no podrán ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas.

Las Bases de la Constitución Peruana de 17 de diciembre de 1822:

13. Los Diputados a Congreso, como representantes de la Nación, son inviolables en sus personas, y nunca serán responsables de sus opiniones.

La Constitución de 1823:

Artículo 57°. Los Diputados son inviolables por sus opiniones, y jamás podrán ser reconvenidos ante la ley por las que hubieren manifestado en el tiempo del desempeño de su función.

Artículo 59°.- En las acusaciones criminales contra los Diputados no entenderá otro Juzgado ni Tribunal que el Congreso, conforme a su Reglamento Interior; y mientras permanezcan las sesiones del Congreso, no podrán ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas.

La Constitución de 1826

Artículo 32°.- Ningún individuo del Cuerpo Legislativo podrá ser preso durante su diputación, sino por orden de su respectiva Cámara, a menos que sea sorprendido infraganti en delito que merezca pena capital.

Artículo 33°.- Los miembros del Cuerpo Legislativo serán inviolables por sus opiniones que emitan dentro de sus Cámaras en el ejercicio de sus funciones-

La Constitución de 1828.

Artículo 42°.- Los Diputados y Senadores son inviolables por sus opiniones y jamás podrán ser reconvenidos ante la ley por las que hubiesen manifestado en el desempeño de su comisión.

Artículo 43°.- Mientras duren las sesiones del Congreso, no podrán los Diputados y Senadores ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas. En las acusaciones criminales contra algún miembro de las Cámaras, desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cesado su cargo, no podrá procederse sino conforme al artículo 31°.

La Constitución de 1834

Artículo 45°.- Los Diputados y Senadores son inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo pueden ser reconvenidos ante la ley, por las que hubiesen manifestado en el desempeño de su comisión.

Artículo 46°.- Los Diputados y Senadores, mientras duren las sesiones, no pueden ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas. En las acusaciones criminales contra algún miembro de las Cámaras, desde el día de su elección hasta el día en que se abra la Legislatura en que es reemplazado, no puede procederse sino conforme a los artículos 23° y 32°; y en receso del Congreso, conforme a los artículos 33°, 34° y 101°, atribución 5ª.

En los casos previstos en los artículos 33°, 34° y 101°, atribución 5ª, si la sentencia era condenatoria, se perdía el cargo.

La Constitución de 1839

Artículo 17°.- Los Diputados y Senadores son inviolables por sus opiniones en el desempeño del cargo.

Artículo 19°.- Cuando el Congreso o el Consejo de Estado autorizare la acusación, declarando haber lugar a formación de causa, queda el Diputado o Senador suspenso del ejercicio de sus funciones legislativas, y sujeto al Juez competente.

Artículo 20°.- Ningún individuo del Cuerpo Legislativo podrá ser demandado civilmente, ni ejecutado por deudas, desde su elección, hasta tres meses después de concluidas las sesiones.

La Constitución de 1856

Artículo 50°.- Los Representantes son inviolables en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 51°.- Los Representantes no pueden ser arrestados ni acusados durante las sesiones sin previa autorización del Congreso. Sólo en el caso de delito "infraganti", podrán ser arrestados y se les pondrá inmediatamente a disposición del Congreso.

La Constitución de 1860

Artículo 54°.- Los Senadores y Diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 55°.- Los Senadores y Diputados no pueden ser acusados ni presos sin previa autorización del Congreso, y en su receso de la Comisión Permanente, desde un mes antes de abrirse las sesiones hasta un mes después de cerradas, excepto en infraganti delito, en cuyo caso serán puestos inmediatamente a disposición de su respectiva Cámara, o de la Comisión Permanente en receso del Congreso.

La Constitución de 1867

Artículo 53°.- Los Representantes son inviolables en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 54°.- Los Representantes no pueden ser acusados, ni detenidos durante las sesiones, sin previa autorización del Congreso, salvo el caso de flagrante delito, en el cual serán puestos inmediatamente a disposición del Cuerpo Legislativo.

Artículo 55°.- Tampoco pueden ser acusados ni detenidos, un mes antes ni un mes después de las sesiones, sin

previo acuerdo del Supremo Tribunal de Justicia; salvo el caso de flagrante delito, en el cual serán puestos a disposición de la Corte Suprema para su juzgamiento conforme a ley.

La Constitución de 1920

Artículo 80°.- Los Senadores y Diputados con inviolables en el ejercicio de sus funciones y no pueden ser acusados ni presos sin previa autorización de las Cámaras a que pertenezcan desde un mes antes de abrirse las sesiones hasta un mes después de cerradas; excepto infraganti delito, en cuyo caso serán puestos inmediatamente a disposición de su respectiva Cámara.

Sin embargo, se dictó la Ley N° 7490 ("Ley de Emergencia"), de 2 de marzo de 1932 que hizo irrisión de ese precepto constitucional.

La Constitución de 1933

Artículo 104°.- Los Diputados y Senadores no son responsables ante ningún tribunal, ni ante ninguna autoridad por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus cargos.

Artículo 105°.- Los Senadores y los Diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones, y ni pueden ser acusados ni presos sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen, desde un mes antes de abrirse la legislatura hasta un mes después de cerrada, excepto en flagrante delito, en cuyo caso serán puestos dentro de las 24 horas a disposición de su respectiva Cámara.

También ocurrió la violación de esa norma en aplicación de la propia Ley N° 7490 y de la Ley N° 8505 y del Decreto Ley N° 11049.

La Constitución de 1979

Artículo 176°.- Los Senadores y Diputados representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo.

No son responsables ante ninguna autoridad ni tribunal alguno por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones.

No pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición de su respectiva Cámara o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

Las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839 declararon, pues, que los miembros del Congreso no eran responsables, ante ninguna autoridad, por las opiniones que expresaban en el ejercicio de sus cargos; y que, a partir de la Carta de 1856, se estableció que, además, no podían ser acusados ni apresados salvo por delito flagrante en cuyo caso debían ser inmediatamente puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente. He subrayado, para una mejor comprensión, los preceptos constitucionales, históricos, referidos al impedimento de ser demandados los Senadores y Diputados por obligaciones civiles y pago de deudas.

Doctrina sobre la inmunidad y la inviolabilidad

Fernando Santaolalla López ("Revista Española de Derecho Constitucional", Madrid, España, N° 13, pag. 243), al comentar la sentencia 206/1992, expresa que

Una vez más, el recurso de amparo se ha revelado como un fecundo instrumento para la polémica y la disputa doctrinal. El tema de la inmunidad parlamentaria, más o menos aquietado en otras latitudes, se vuelve entre nosotros para efervescencia gracias a pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en adelante TC) a través del citado procedimiento. Tales pronunciamientos, lejos de aclarar la materia, parecen encender la mecha de la discrepancia no ya fuera del TC, sino incluso entre sus componentes: la existencia de tres votos particulares firmados por cuatro de sus Magistrados es prueba evidente de la división producida.

Santaolalla se refiere también al precedente contenido en la anterior sentencia 90/1985, considerando que es aquella derivación de ésta, en tanto el TC hace gravitar el control sobre la existencia de un juicio de oportunidad o razonamiento suficiente en la decisión parlamentaria para la negativa; y concluye que la sentencia de 1985 resolvió que en el caso planteado la denegación del Senado había estado desvinculada de la finalidad propia de la inmunidad parlamentaria, infringiéndose así el artículo 24.1 de la Constitución española.

Fernando Santaolalla López, más adelante, comenta que

En principio, el fundamento de este privilegio parlamentario está bien considerado por la sentencia 206/1992, que en general se limita a reiterar en este punto lo ha afirmado por la sentencia 90/1985. Otra cosa es el desenvolvimiento o aplicación posterior de esta postura, que, como veremos más adelante, se presta a más de una crítica.

Así, tras recordar (f. 3), que esta prerrogativa no es un privilegio personal de Diputados y Senadores, sino una figura de carácter objetivo, una prerrogativa institucional, expresión de la individualidad de las Cortes Generales, se señala que su finalidad es servir de protección frente a la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas les ha dado la voluntad popular... la inmunidad...responde... al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones

La institución de la inmunidad parlamentaria es, pues, discutida y discutible en todos los países que

la consagran. Su aplicación no puede ser extensiva, sino, por el contrario, restringida sólo con el objeto de no modificar la composición del Congreso, convirtiendo eventualmente la minoría en mayoría; o, lo que resulta más trascendente, impidiendo su funcionamiento, conspirando contra el sistema de separación de funciones en que se sustenta el sistema democrático.

Puede advertirse, además, que la inmunidad se constriñe sólo a materias de naturaleza penal, en cuyos procesos puede dictarse orden de detención contra los inculpados o, si es el caso, pena privativa de libertad.

En palabras de Pablo Lucas Murillo de la Cueva ("Revista de Estudios Políticos", Nº 69, Julio-Setiembre 1990),

Las garantías parlamentarias o, si se quiere, las inmunidades parlamentarias están de actualidad. En general, puede decirse que los diversos aspectos que integran el estatuto del parlamentario brindan continuamente motivos de comentario y de crítica que se proyectan a la opinión pública desde los diferentes medios de comunicación social. Al mismo tiempo, originan sonados conflictos políticos y enojosos problemas jurídicos... De ahí que sea necesario profundizar en este sector del Derecho constitucional y parlamentario para establecer, a la luz de los postulados contenidos en la norma fundamental, el sentido y alcance precisos de estas garantías en un Estado social y democrático de Derecho. Necesidad tanto más evidente, a la vista de las autorizadas descalificaciones, que relevantes juristas han dirigido contra la inmunidad parlamentaria –basta recordar cuanto señala Kelsen en Esencia y valor de la democracia o, entre los juristas españoles, Niceto Alcalá-Zamora Castillo en sus Ensayos de Derecho procesal- y de la opinión cada vez más extendida de la pérdida de justificación de esta institución en un ordenamiento democrático realizado... Ahora bien: en puridad, la inviolabilidad, o sea, la irresponsabilidad del parlamentario por los juicios y votos emitidos en el cumplimiento de sus funciones, es una garantía de orden jurídico-material. Opera como causa de justificación que excluye la antijuridicidad de su conducta o como excusa absolutoria, según las opiniones predominantes entre los penalistas, pero, en todo caso, en el seno de un procedimiento –penal, civil, administrativo– no parlamentario. En cambio, la impunidad es una garantía de índole procesal encaminada a impedir que un Diputado o un Senador pueda ser detenido –salvo el caso excepcional de que sea sorprendido in fraganti- o sometido a un proceso penal sin la autorización previa de la Cámara a la que pertenezca. Se trata, por tanto, de ofrecer al Parlamento un medio para impedir todo tipo de persecución política de sus miembros, que se lleve a cabo instrumentalizando los resortes gubernativos y judiciales encargados de la aplicación de las leyes penales. (subrayado agregado).

Los Diputados, en Alemania, están, pues premunidos de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad. La inviolabilidad no se aplica a las "ofensas calumniosas", vale decir que los Diputados pueden ser procesados y sancionados penalmente si incurren en semejante delito. En ese supuesto el Diputado goza de inviolabilidad, mas no de impunidad. Sin embargo, se requiere de la autorización del Parlamento Federal para disponer cualquier restricción de la libertad personal de cualquier Diputado.

Francisco Eguiguren Praeli ("Revista Jurídica del Perú", Año LI, Nº 27, octubre de 2001, pag. XI), al comentar la infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios, escribe que

Los congresistas cuentan con diversas prerrogativas reconocidas para asegurarles la mayor libertad en el ejercicio de sus funciones y actuación política, siendo las inmunidades parlamentarias –es decir, la inviolabilidad por votos u opiniones y la inmunidad de arresto y proceso- uno de los privilegios más importantes. Pero los congresistas poseen también, en nuestro sistema constitucional, un privilegio adicional, que comparten con algunos otros altos funcionarios; se trata del derecho a antejuicio político, que consiste en que no pueden ser juzgados por delitos de función o sancionados por infracciones de la Constitución (tanto durante el ejercicio de sus funciones como hasta cinco años después de haber cesado en ellas) si la acusación no es aprobada previamente por el Congreso.

Sostiene Eguiguren Praeli que la inviolabilidad por votos de opiniones es un tema poco trabajado en nuestro país y considera que "...a la vez, resulta polémico y muy delicado en la situación política que atravesamos..." En efecto, en octubre de 2001 se iniciaba un nuevo régimen constitucional y estaba en el debate público y parlamentario el esclarecimiento de las responsabilidades por hechos antijurídicos ocurridos en el decenio anterior. Ese debate, actualmente en los estrados judiciales, continúa todavía con la natural inquietud de la población.

Es pertinente resaltar el pensamiento del profesor Eguiguren Praeli en cuanto a los alcances y límites de la inviolabilidad por opiniones y votos, ante la imputación de infracciones constitucionales, pues sostiene que

La inviolabilidad por votos u opiniones es un derecho y una prerrogativa fundamental del congresista, pero no puede atribuírsele un alcance o carácter absoluto; menos aún si con ello se pretende excluir de todo control y eventual sanción conductas de los parlamentarios que promuevan o aprueben medidas políticas o normas que configuran una infracción de la Constitución. Sostener un criterio diferente, supondría conferir al congresista el privilegio inédito de poder vulnerar la Constitución impunemente.

Tiene razón Eguiguren Praeli cuando expresa su criterio contrario a atribuir un alcance o carácter absolutos a la inviolabilidad parlamentaria; pero me parece que no sería un privilegio insólito de vulnerar la Constitución impunemente. Entre muchos casos que registra la historia del Perú, debe recordarse que el Congreso dictó la Ley Nº 8459, de 7 de noviembre de 1936, por la cual declaró –con la complicidad del Jurado Nacional de Elecciones presidido por el fiscal supremo Ernesto Araujo Álvarez- la nulidad de las elecciones generales del 11 de octubre de 1936 para Presidente de la República,

Senadores y Diputados, con el pretexto de que habían sufragado a favor del candidato Luis Antonio Eguiguren (cercano antepasado del profesor Eguiguren Praeli) los ciudadanos impedidos de hacerlo por pertenecer a partidos de organización internacional. El voto entonces, como ahora, era secreto; de manera que no había forma de acreditar el argumento falaz en que se sustentó tal ley. No sólo agravió a los electos, sino a los propios ciudadanos.

La Ley N° 8459 tuvo el siguiente texto aberrante, arbitrario y despótico:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Por cuanto:

El Congreso Constituyente ha dado la ley siguiente:

EL CONGRESO CONSTITUYENTE

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Decláranse ilegales los sufragios emitidos en las elecciones del 11 de octubre último, a favor de las candidaturas a la Presidencia y Vice-Presidencia de la República, Senadurías y Diputaciones presentadas por el Partido Social Demócrata, así como los que hubieran favorecido a candidatos que, encubiertos bajo diversas apariencias, se encuentren en idéntica situación, por estar comprendidos en las disposiciones de los artículos 53° de la Constitución del Estado, 22° de la Ley N° 7780 y en la resolución del Jurado Nacional de Elecciones de 5 de setiembre del presente año.

Comuníquese al Poder Ejecutivo, para su promulgación Casa del Congreso, en Lima, a los tres días del mes de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

Clemente J. Revilla, Presidente del Congreso.
Gonzalo Salazar, Secretario del Congreso.
G. Cáceres Gaudet, Secretario del Congreso.
Al señor Presidente Constitucional de la República.

Por tanto:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

O.R.BENAVIDES

E. Montagne, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Educación Pública.
C.A. de la Fuente, Ministro de Relaciones Exteriores.
A. Rodriguez, Ministro de Gobierno y Policía.
Felipe de la Barra, Ministro de Justicia y Culto.
F. Hurtado, Ministro de Guerra.
T. Iglesias, Ministro de Hacienda y Comercio.
Federico Recavarren, Ministro de Fomento.
Héctor Mercado, Ministro de Marina y Aviación.

A su vez, la Ley N° 8463, de 21 de noviembre de 1936, "amplió el mandato" del dictador Óscar R. Benavides hasta el 8 de diciembre de 1939, y, además, le "confirió" facultades legislativas ilimitadas. Textualmente, violando, una vez más, la Constitución de 1933, dispuso:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Por cuanto:

El Congreso Constituyente ha dado la ley siguiente:

EL CONGRESO CONSTITUYENTE

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Amplíase la ley N° 7747, extendiendo el mandato presidencial del señor General de División don Óscar R. Benavides, hasta el ocho de diciembre de 1939, autorizándose al Poder Ejecutivo para ejercer las atribuciones que se expresan en los juicios 1°, 5°, 6°, 7°, 9° y 20° del artículo 123° de la Constitución del Estado; las comprendidas en la Ley Orgánica de Presupuesto. N° 4598, menos la de aprobar la Cuenta General de la República; y para convocar, dentro de esta ampliación, a elecciones generales.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Casa del Congreso, en Lima, a los trece días del mes de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

Clemente J. Revilla, Presidente del Congreso.
Gonzalo Salazar, Secretario del Congreso.
R. Monteagudo, Secretario del Congreso.

Al señor Presidente Constitucional de la República.

Por tanto:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los catorce días del mes de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

O.R. BENAVIDES

E. Montagne, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Educación Pública.
C.A. de la Fuente, Ministro de Relaciones Exteriores.
A. Rodriguez, Ministro de Gobierno y Policía.
Felipe de la Barra, Ministro de Justicia y Culto.
F. Hurtado, Ministro de Guerra.
T. Iglesias, Ministro de Hacienda y Comercio.
Federico Recavarren, Ministro de Fomento.
Héctor Mercado, Ministro de Marina y Aviación.

Lamentablemente, esas graves violaciones constitucionales quedaron impunes, como otras anteriores y otras posteriores.

Prerrogativas parlamentarias y tutela jurisdiccional

La inmunidad no es, pues, ni puede ser, una coraza respecto de las obligaciones no penales de las cuales son o pueden ser deudores los miembros del Congreso En un "ordenamiento democrático realizado", que rige actualmente en el Perú, no puede perderse de vista que el artículo 139°-3 de la Constitución de 1993 declara que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

En acatamiento de ese precepto constitucional ninguna persona agraviada por un hecho tipificado en la ley penal como delito puede estar excluida de la tutela jurisdiccional efectiva, salvo que, por razones de interés público (el normal funcionamiento parlamentario), se requiera adoptar una decisión exclusiva.
El riesgo de variar la composición del Congreso, en el Perú, está disminuido en la medida en que se ha incorporado en nuestra Constitución el sistema de representación proporcional, en virtud del cual -como lo explicamos más adelante- cada agrupación política tiene el número de Congresistas según la votación alcanzada, pues el artículo 187° de la Constitución de 1993 indica que

En las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley

De manera que si, por sentencia con pena privativa de libertad, un Congresista resulta inhabilitado para ejercer su cargo, puede ser reemplazado por el accesitario de la lista correspondiente; y, por lo tanto, la agrupación política mantiene invariable la representación, sin menoscabo en el número de sus miembros. La misma solución ocurrirá en el caso de fallecimiento de algún Congresista; o de su renuncia, si se reforma el "documento de 1993".

Principio de igualdad ante la ley y fuero parlamentario

La enseñanza de la historia debe ser útil para fortalecer el sistema constitucional y democrático de gobierno, si se considera que es la opción más adecuada para la Nación. Los demandantes, ungidos por el voto popular, representan a la Nación; y, como tales, gozan de inviolabilidad e inmunidad dentro de los límites que determina el artículo 93° del "actual documento de 1993", como peyorativamente se indica en la primera línea de la página 7 de la demanda.
En la sentencia de 21 de enero de 2003 (Exp. N° 014-2002-AI/TC), el TC expresó que
53. La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos.
Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.
Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 35.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.
Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,659 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SI (o sea aprobando la Constitución) fueron 3'895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 218,088 (Fuente Jurado Nacional de Elecciones).
En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993.

En la sentencia de 10 de diciembre de 2003 (Exp. N° 014-2003-AI/TC) el TC sostuvo que

24. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, regulado por el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución de 1993, dentro del cual, precisamente, se ha planteado la impugnación del denominado "documento de 1993", se impugna la validez constitucional de las leyes y normas con rango de ley. Este precepto constitucional, en efecto, establece que "Son garantías constitucionales: (...) 4. "La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".
Ciertamente, la Constitución de 1993 no es una ley y tampoco una norma con rango de ley; por el contrario, es la Ley Suprema del Estado, respecto de la cual todas las demás se encuentran subordinadas. Como indica su artículo 51°, "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía; y así sucesivamente..."
Más aún. Si por un momento, en vía de mera hipótesis, estuviéramos convencidos de que la Constitución de 1993 es pasible de someterse a control mediante este proceso, inmediatamente surgiría una nueva paradoja. Así, el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece que el control de las normas que allí se enuncian consiste en evaluar si contravienen a "(...) la Constitución en la forma o en el fondo". Y, ciertamente, la Constitución no es una norma que pueda, a si misma, contradecirse; o, dicho de otro modo, que pueda contravenirse a si misma.

De manera que, a pesar de su vicio de origen, está vigente la Constitución de 1993, según las referidas sentencias del Tribunal Constitucional.
Pues bien. Esa Carta establece que

Artículo 93°.- Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo.
No son responsables ante ninguna autoridad ni tribunal alguno por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones.

No pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

Aunque elegidos dentro de las listas de candidatos propuestos por los partidos políticos y agrupaciones independientes, con ideologías y programas que se hacen de conocimiento público en las procesos electorales, los miembros del Congreso tienen plena autonomía para opinar y votar los asuntos que enumera el artículo 102º de la Constitución. Es obvio que los grupos parlamentarios, aun en el caso de que alguno sea mayoría absoluta, no pueden imponer a rajatabla sus puntos de vista. En las comisiones y en el Pleno se debaten las leyes, las resoluciones legislativas, las interpelaciones, las invitaciones, las ratificaciones y las designaciones de los funcionarios de alta jerarquía
El Congreso es, pues, el ágora del debate político. Y, en consecuencia, frente a razones que se expongan, se adoptan las decisiones que sean posibles y convenientes. En la esencia del parlamentarismo está, pues, la libertad para pensar y para votar.

Sin embargo, el ejercicio de la representación popular no debe ser abusivo. Dentro de la interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, es menester considerar que uno los derechos fundamentales que la Carta Política consagra es el contenido en el artículo 2º-17, conforme al que

Toda persona tiene derecho:
A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

Esa norma está reiterada en el artículo 31º de la Constitución de 1993, según el cual

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. También tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.
Es derecho y es deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.
Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.
El voto es personal, igual, directo y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.
La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.
Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

La Constitución de 1993 no limita la participación ciudadana al ejercicio periódico del sufragio para elegir al Presidente y Vicepresidentes de la República, Congresistas y gobiernos regionales y municipales (y jueces de paz), sino que esa participación es más activa y permanente, pues se extiende al referéndum, la iniciativa legislativa, la revocación y remoción de autoridades y la demanda de rendición de cuentas.

La duplicación de preceptos constitucionales es antitécnica y la legislación actual sobre participación ciudadana resulta deficiente.

La revocación de autoridades alcanza sólo a las autoridades municipales y regionales; pero corresponde al Congreso, si reforma la Constitución, considerar la posibilidad de ampliarla. Podría ser la solución del problema denominado "transfuguismo", que envilece la institucionalidad democrática. Sin embargo, debe cubrirse el riesgo de que la representación por minoría pudiera ser revocada por la mayoría, perjudicando así el sistema de representación proporcional.

Tampoco parece útil mantener el carácter irrenunciable de la función congresal. El artículo 96º de la Constitución de 1933 la permitió sólo para los parlamentarios reelectos. La renuncia, antes, obligaba a convocar a elecciones parciales, para cubrir la vacante. Incluso tal renuncia podía obedecer a pervertidas razones económicas o a presiones políticas ajenas. Con el sistema electoral actual, la vacante ocasionada por una o más renuncias puede ser cubierta por quien o quienes son accesitarios en la lista correspondiente.

Prerrogativas y privilegios

Del examen de las normas invocadas por los propios demandantes resulta claro que en las Constituciones de 1812 (artículo 128º), 1823 (artículo 59º), 1828 (artículo 43º), 1834 (artículo 46º) y 1839 (artículo 20º) existieron preceptos expresos, claros, indubitables (aunque discutibles) respecto a proteger a los miembros del Congreso contra demandas por obligaciones civiles, incluyendo las destinadas a exigir honrar las deudas.

Las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979 suprimieron esa sobreprotección inadecuada, anacrónica y absurda. Dentro de la misma corriente se inscribe la Constitución de 1993.

El artículo 93º de la vigente Carta, en efecto, no prohíbe continuar o promover procesos civiles por cualquier hecho jurídico materia del Código Civil, de la Ley de Títulos Valores, de la Ley de Sociedades o de cualquier otra norma no penal contra los miembros del Congreso.

¿Cuáles son las materias que regula el Código Civil? Las que están contenidas en los diez Libros que lo integran y que se refieren:

Libro I (Derecho de las Personas), entre los derechos

protegidos, los que conciernen a la inexigibilidad de contratos peligrosos para las personas, a la intimidad personal y familiar, a la voz y la imagen, a la protección del autor y compositor; al derecho al nombre, al derecho al domicilio, a la designación de administración judicial; a los de asociación, fundación y comités inscritos y no inscritos.

Libro II (Acto Jurídico), como los que atañen a la representación, invalidación, simulación, fraude, nulidad y confirmación de los actos jurídicos.

Libro III (Derecho de Familia), que incluyen la prueba e invalidez del matrimonio, la separación de patrimonios y de cuerpos, el divorcio, la filiación, los alimentos, etc.

Libro IV (Derechos de Sucesiones), los asuntos relacionados con la sucesión en general.

Libro V (Derechos Reales), las materias referidas a la posesión y a la propiedad, incluyendo los temas relacionados con la prescripción adquisitiva y con la copropiedad y la partición, el usufructo, el uso y las servidumbres y los derechos de garantía.

Libro VI (Las Obligaciones), entre otras, las obligaciones de dar, de hacer, de no hacer, alternativas y facultativas, divisibles e indivisibles, mancomunadas y solidarias, etc.

Libro VII (Fuentes de las Obligaciones), las cuestiones vinculadas con los diversos contratos en general, entre ellos la compraventa, el arrendamiento, la fianza, el compromiso arbitral, la renta vitalicia.

Libro VIII (Prescripción y Caducidad), de especial relevancia, pues siendo el período del Congresista de cinco años, prescribirían, conforme al artículo 2001 del Código Civil de 1984:

3. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.
4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivada del ejercicio del cargo.

Libros IX (Registros Públicos) y Libro X (Derecho Internacional Privado), relacionados con las materias que, respectivamente, regulan.

El Código Civil, que rige desde el 14 de noviembre de 1984, fue promulgado por el Decreto Legislativo N° 295, de 24 de julio de ese año. Fue elaborado por la Comisión Revisora que me honré en presidir, siendo Senador de la República, y que laboró intensamente 21 meses. Antes, la Comisión Reformadora, durante 16 años, formuló un anteproyecto de 7 Libros. Actualmente, otra Comisión Reformadora del Código Civil estudia cambios parciales, desde 1995, o sea 11 años.
Si se admitiera la pretensión de que los Congresistas no deban ser demandados civilmente por sus acreedores, se crearía una situación de privilegio que sería flagrantemente violatoria del principio de igualdad ante la ley.
Los Congresistas que, por ejemplo, adquieran al crédito un inmueble o un automóvil –o cualquier otro bien- y no honren el saldo del precio, no podrían ser demandados para el pago correspondiente.

Si toman en arrendamiento un inmueble y no pagan la renta no podrían ser demandados.

Si hacen suyos los frutos de un bien ajeno, tampoco.

En cuanto a títulos-valores, las letras de cambio aceptadas o avaladas, si no son canceladas, antes y durante la función de Congresista perderían eficacia y su importe tampoco podría ser materia de proceso judicial alguno, pues se produciría la prescripción de las acciones cambiarias, por vencimiento de los plazos establecidos respecto de los títulos-valores por los artículos 95°, 96° y 97° de la Ley N° 27287.

Ocurriría la caducidad del derecho de suspensión de pago, previsto en el artículo 98° de la misma Ley N° 27287.

Prescribiría, asimismo, la acción de enriquecimiento sin causa, señalada en el artículo 99° de la referida Ley N° 27287.

Los saldos deudores de cuentas bancarias quedarían pendientes hasta que concluya la función congresal.

Las obligaciones tributarias serían inexigibles administrativa y judicialmente contra los Congresistas.

Tampoco sería razonable que los miembros del Congreso estuviesen premunidos de blindaje absoluto, si incurrieran intencionalmente en infracciones tipificadas como delitos en el Código Penal, incluyendo los que afectan el honor y la buena reputación de las personas. No tienen, ni deben tener, patente de corso, para tales tipos de hechos.

En apoyo de su pretensión, los demandantes –que en la demanda usan indistintamente el singular y el plural- señalan los casos en que fueron elegidos para el Congreso ciudadanos privados de libertad. Sin embargo, no han advertido que se trató de detenciones arbitrarias dispuestas por regímenes de fuerza, como los del doctor Genaro Ledesma Inquieta, elegido Diputado por Pasco, y del doctor Jorge Dieguez Napurí, elegido Senador por Junín, ambos en 1963.

Si se siguiera el criterio de los demandantes, el Congresista electo –y excluido de todo proceso penal, con goce de su inmunidad- lograría la prescripción de las acciones penales por los delitos cuya pena privativa de libertad no fuera mayor de cinco años. La inmunidad sería, por ende, sinónimo de impunidad.

Salvo lo dispuesto en la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, ¿cuáles serían esos delitos tipificados en el Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N° 635, de 3 de abril de 1991, elaborado por la Comisión Especial que me honré en presidir?

1. Los delitos de homicidio (artículos 109, 110, 111, 112 y 113);

2. Los delitos de aborto (artículos 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120);
3. Los delitos de lesiones (artículos 122, 123 y 124);
4. Los delitos de exposición a peligro o abandono de personas en peligro (artículos 125, 126, 127, 128);
5. Los delitos de injuria, calumnia y difamación (artículos 130, 131, 132, 135 y 136);
6. Los delitos de matrimonios ilegales (artículos 139, 140, 141, 142);
7. Los delitos contra el estado civil (artículos 143, 144, 145 y 146);
8. Los delitos de atentados contra la patria potestad (artículos 147 y 148);
9. Los delitos de omisión de asistencia familiar (artículos 149 y 150);
10. El delito de violación de la libertad personal (artículo 151);
11. Los delitos de violación de la intimidad (artículos 154, 155, 156 y 157);
12. Los delitos de violación de domicilio (artículos 159 y 160);
13. Los delitos de violación del secreto de las comunicaciones (artículos 161, 162, 163 y 164);
14. Los delitos de violación de la libertad de reunión (artículos 166 y 167);
15. El delito de violación de la libertad de trabajo (artículo 168);
16. Los delitos de violación sexual (artículos 175 y 176);
17. El delito de proxenetismo (artículo 181);
18. Los delitos de hurto (artículos 185 y 187);
19. El delito de abigeato (artículo 189-B);
20. Los delitos de apropiación ilícita (artículos 190, primer párrafo, 191, 192 y 193);
21. El delito de receptación (artículo 194);
22. El delito de defraudación (artículo 197);
23. Los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas (artículos 198 y 199);
24. Los delitos de usurpación (artículos 202 y 203);
25. Los delitos de daños (artículos 205 y 207);
26. Los delitos informáticos (artículos 207-A y 207-B);
27. Los delitos de atentados contra el sistema crediticio (artículos 209, 210, 212 y 213);
28. El delito de usura (artículo 214);
29. El delito de libramiento y cobro indebido (artículo 215);
30. El delito contra los derechos intelectuales (artículos 216);
31. Los delitos contra la propiedad industrial (artículos 222, 223, 224 y 225);
32. El delito contra el patrimonio cultural (artículo 230);
33. Los delitos de acaparamiento (artículos 233, 234 y 235),
34. Los delitos económicos (artículos 238, 239, 240, 241, 242 y 243);
35. Los delitos financieros (artículos 248, 249, 250, 251 y 251-A, primer párrafo);
36. La elaboración y comercio clandestino de productos (artículos 271 y 272);
37. Los delitos de peligro común (artículos 274 y 278);
38. Los delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios (artículos 282, 283, 284 y 285);
39. Los delitos contra la salud pública (artículos 290, 291, 292, 293, 294 y 295);
40. Los delitos de tráfico ilícito de drogas (artículos 300 y 302, primer párrafo);
41. El delito de tráfico ilícito de personas (artículo 303-A);
42. Los delitos contra el medio ambiente (artículos 304, 305, 306, 307, 307-A, 308, 309, 310, 311, 312 y 313);
43. Los delitos contra la tranquilidad pública (artículos 316, primer párrafo, y 318);
44. El delito de discriminación (artículo 323);
45. El delito de provocación pública a la desobediencia de una orden militar (artículo 333);
46. Los delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado (artículos 335, 337, 338, 340, 341, 342 y 343);
47. Los delitos contra los símbolos de la Patria (artículos 344 y 345);
48. Los delitos de conspiración para rebelión (artículos 349 y 352);
49. Los delitos contra el derecho de sufragio (artículos 355, 356, 357 y 358);
50. Los delitos contra la administración pública (artículos 361, primer párrafo, 362, 363 y 364);
51. Los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (artículos 365, 366, 368, 369, 370, 371, 372 y 373);
52. Los delitos de abuso de autoridad (artículos 376, 377, 378, 379, 380 y 381);
53. Los delitos de concusión (artículos 383 y 385);
54. Los delitos de peculado (artículos 387, 388, 389, primer párrafo, 390, 391 y 392);
55. Los delitos de corrupción de funcionarios (artículos 394, 396, 397, 398, segundo párrafo, 399 y 400);
56. Los delitos contra la función jurisdiccional (artículos 402, primer párrafo, 403, 405, 407, 408, 409, primer párrafo, 410, 411, 412, 413, 414, primer párrafo, 415, 416 y 417);
57. Los delitos de prevaricato (artículos 418, 419, 420 y 421);
58. Los delitos de denegación y retardo de justicia (artículos 422, 423 y 423);
59. Los delitos de falsificación de documentos privados (artículos 427 y 431, primer párrafo,);
60. Los delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales (artículos 434, 435, 436 y 437);
61. Los delitos de falsedad genérica (artículos 438 y 439).

Tampoco podrían ser procesados los Congresistas por los ilícitos penales previstos por los artículos 382°, 383°, 384, 386°, 387°, 388°, 389°, 390°, 391° y 392° de la Ley Orgánica de Elecciones (26859), pues las penas privativas de libertad no exceden de cinco años.

En todos los casos enumerados de delitos tipificados legalmente (en el Código Penal y en la Ley Orgánica de Elecciones), si hay varios autores, sólo serían juzgados y sentenciados los coautores, en aplicación de los artículos 23° a 26° del Código Penal. El principio de igualdad ante la ley, por consiguiente, quedaría violado.

En los procesos por delitos con pena privativa mayor de cinco años, el periodo de la función de Congresista posibilitaría, también, que opere la prescripción, habida cuenta de la morosidad en el trámite de esos procesos.

A contrapelo, los Congresistas podrían –como efectivamente pueden- presentar demandas civiles ante los jueces del Poder Judicial y denunciar delitos ante el Ministerio Público. El principio cristiano "No hagas a otro lo que no quieres que hagan contigo" sería burlado. La incongruencia de la pretensión que contiene la demanda es evidente.

Repugna al buen sentido que se pretenda crear tal diferencia absurda, abismal, entre los representantes y los representados. Los primeros podrían demandar civilmente a los ciudadanos "de a pie"; pero estos no podrían ejercitar tales acciones contra los representantes. Las disposiciones constitucionales desde 1856, que suprimen el exceso de privilegios, son suficientes para que no se perturbe el ejercicio de las funciones parlamentarias, que, ciertamente, no deben estar desamparadas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión (Exp. Nº 0261-2003-AA, Fundamento 3) de establecer que

El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas, y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.

La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes; y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; estoes, a no se tratado de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato.

Al Perú le interesa reforzar el sistema democrático de gobierno, que reposa, como se ha dicho, en la separación de funciones. La verdad histórica es que los gobiernos autoritarios violaron el fuero parlamentario haciendo irrisión de la inmunidad y de la inviolabilidad de los Congresistas, que son prerrogativas y no privilegios. Se justifica, por ende, la existencia de las prerrogativas de la inmunidad y la inviolabilidad parlamentarias, pero como todos los derechos y libertades, no son irrestrictas, ni absolutas.

Abuso del poder: casos para recordar

1. En 1932 fueron extraídos del Congreso –expatriados– 23 Congresistas; y la mayoría parlamentaria validó ese acto de fuerza mediante la inconstitucional

LEY Nº 7717

El Presidente de la República
Por cuanto: El Congreso Constituyente ha dado la ley que sigue:

EL CONGRESO CONSTITUYENTE

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Declárase vacantes las siguientes representaciones: por el departamento de Lambayeque, las ejercidas por don Armando Alva Díaz, por don Luis E. Heysen y por don Agustín Vallejos Zavala; por el departamento de La Libertad, las ejercidas por don Manuel Arévalo, por don Carlos Manuel Cox, por don Carlos Godoy, por don Américo Pérez Treviño y por don Alcides Spelucín; por el departamento de Loreto, las ejercidas por don Julio Acosta Cárdenas, por don Héctor Morey Peña y por don César Pardo Acosta; por el departamento de Lima, las ejercidas por don Pedro E. Muñiz, por don Manuel Pérez León, por don Arturo Sabroso, por don Luis Alberto Sánchez y por don Manuel Seoane; por el departamento de Junín, la ejercida por don Víctor Colina; por el departamento de Huánuco, las ejercidas por don Alfredo Boluarte y por don Carlos Showing; por el departamento de Ayacucho, la ejercida por don Arístides Guillén Valdivia; por el departamento de Apurímac, la ejercida por don J. Raúl Cáceres; y por el departamento de Tacna, las ejercidas por don Juan Arce Arnao y por don Gustavo Neuhaus.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario a su cumplimiento.

Casa del Congreso, en Lima, a los 27 días del mes de marzo de 1933.

CLEMENTE J. REVILLA, Presidente del Congreso

Gonzalo Salazar, Secretario del Congreso

Andrés A. Freyre, Secretario del Congreso.

Al señor Presidente Constitucional de la República.

Por tanto: mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los 29 días del mes de marzo de 1933.

LUIS M. SÁNCHEZ CERRO
Chávez Cabello.

2. Por el Decreto Ley Nº 10889, de 2 de noviembre de 1948, el régimen militar encabezado por el general Manuel A. Odría asumió todas las atribuciones que la Constitución confería al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República. En 1948 fue disuelto el Congreso y concluyó la inmunidad e inviolabilidad de Senadores y Diputados, varios de los cuales fueron sometidos al Consejo de Justicia Militar, condenados y expulsados del país.
3. Con el golpe de Estado del 3 de octubre de 1968 y el Estatuto del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (Decreto Ley Nº 17063), fue disuelto el Congreso

y los Senadores y Diputados perdieron, de facto, sus prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad.
4. El 5 de abril de 1992 se hizo irrisión de la inmunidad e inviolabilidad de Senadores y Diputados, mediante el Decreto Ley N° 25418, estando pendiente cinco años el correspondiente proceso penal ante el remolón Poder Judicial.
5. En 1995 fue levantada la inmunidad al congresista Javier Noriega Febres, pero permitiéndosele que continuara ejerciendo el cargo. Noriega, elegido en la lista del FREPAP, se pasó al grupo oficial.
El debate sobre el congresista Noriega Febres ocurrió en la sesión del 30 de noviembre de 1995. En mi intervención, como Congresista de la República, expresé:

En el curso del debate se han producido intervenciones eruditas acerca de la historia y de la evolución de la inmunidad parlamentaria. Se acaba de hacer referencia, asimismo, a las Constituciones de diversos países de América del Sur; sin embargo, en mi concepto, se ha prescindido de lo más esencial: referirse a la vigente Constitución del Perú.

Es cierto que en esta materia, la actual Carta se asemeja a la de 1979. Se ha copiado mucho de lo bueno que tenía esa Constitución y se ha agregado bastante de lo malo que contiene la actual Constitución. Debo decir, también, remontándome un poco a inicios de la República, que si examinamos las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 —que estableció el Congreso unicameral y tuvo breve duración— 1920 y 1933, las normas sobre este tema han variado muy poco. Pero yo quiero ser no historiador sino, en este caso, legislador, que debe cumplir una función de fiscalización en atención a la materia que estamos debatiendo.

Ha llegado al Congreso un oficio suscrito por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, don Moisés Pantoja Rodulfo, quien estuvo la semana anterior ocupando un escaño cuando se debatía el tema del Presupuesto. Ese oficio tiene fecha 19 de setiembre de 1995 y se limita a señalar que se tramite, a solicitud de la Corte Superior de Lima, el pedido del Trigésimo Quinto Juzgado de Instrucción en el proceso seguido contra Ezequiel Ataucusi Gamonal y otros por delito de homicidio y otros, en agravio de Oscar Huertas Morán, el Estado y otro; proceso en el cual, conforme es de verse de las denuncias del representante del Ministerio Público, se formulan cargos contra el Congresista de la República Javier Hugo Noriega Febres por el citado delito de homicidio y otros.

Aquí está faltando a la verdad el Presidente de la Corte Suprema porque, según podemos advertir del auto de 15 de setiembre, con la cual se abre el proceso penal contra el Congresista Noriega Febres, solamente habría la posibilidad de abrirse proceso penal por el delito de homicidio simple. De manera que, si se aplica el Código Penal, se trata de un instrumento que contiene lo que en doctrina se llama "falsedad ideológica", delito contra la fe pública, que está tipificado en el Artículo 428° del Código Penal.

Hay más. La secuencia de los documentos que nos ha hecho llegar la Comisión de Constitución y Reglamento acreditaría que la decisión —que se adoptó hace pocos días— de intervenir el Poder Judicial no tenía ninguna justificación, porque el oficio del Presidente de la Corte Suprema, de fecha 19 de setiembre de 1995, está precedido de un oficio que le envía el Presidente de la Corte Superior de Lima, con fecha 18 de setiembre de 1995, es decir del día anterior. A su vez, el auto que abre el proceso —como antes dije— tiene fecha 15 de setiembre, y el pedido de elevar los actuados a la Corte Suprema de Justicia para los fines pertinentes tiene fecha 18 de setiembre. La denuncia del fiscal Carlos Torres (sin Torres Lara) tiene fecha 6 de setiembre. De manera que el Ministerio Público y el Poder Judicial están actuando con una celeridad realmente ejemplares que no se advierte en otros procesos judiciales. Sin embargo aquí, evidentemente, hay un interés público que ha motivado que la administración de justicia sea ejemplar; acaso la mejor de América Latina. Este hecho nos debe llenar de satisfacción a los peruanos, por lo menos, en este caso, formalmente.

Pero ¿cuál es el contenido de la denuncia y del auto que abre el proceso penal? Se denuncian varios delitos, entre ellos la existencia de una organización destinada al crimen. Refirió la Congresista Lourdes Flores que, en un caso, se había decapitado o degollado a una de las víctimas, cuya autoría se atribuye, hasta ahora, al Congresista Noriega Febres.

Si nos atenemos a los hechos denunciados por el fiscal, entre otros delitos, no se habría perpetrado el delito contra la paz pública previsto en el numeral 317 sino el delito que está tipificado en el Artículo 320°, como forma agravada de terrorismo. Dice este dispositivo: "Formas agravadas. La pena será: 1) Privativa de la libertad no menor de quince años, si el agente actúa en calidad de integrante de una organización que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean —incluyendo los religiosos— utiliza como medio el delito del terrorismo previsto en el Artículo 319°". De manera que en rigor el Congresista Noriega tendría que ser juzgado por los jueces sin rostro porque, teóricamente, habría perpetrado el delito descrito en esa norma del Código Penal a la cual acabo de hacer referencia.

Este hecho motiva otra reflexión. Además de Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, habría en el Perú, entonces, otra organización que practica el terrorismo. No sería la agrupación política (el FREPAP) a la cual pertenecieron hasta hace poco tiempo dos distinguidos miembros de este Congreso y que ahora forman parte del grupo parlamentario de Cambio 90-Nueva Mayoría, sino habría sido la agrupación religiosa denominada Asociación Evangélica Misionera Israelita del Nuevo Pacto Universal (AEMINPU) a la cual también habrían pertenecido diversas personas que no están incluidas en la denuncia. Entonces, el Ministro del Interior tendría que venir a informar al Congreso acerca de un nuevo grupo terrorista que, aparentemente, está actuando en el Perú. Digo esto, porque se ha dicho que habrían sido victimados más

de veinte integrantes de esa agrupación religiosa. El número de víctimas ha sido reducido finalmente a dos que, según el auto que abre el proceso penal, sería homicidio simple; pero según las descripciones que aquí hemos escuchado, sería un homicidio calificado; por lo tanto, participo también de lo que se manifestó en el debate hace unos minutos: si se quita el fuero parlamentario al Congresista Noriega Febres, se estaría abriendo paso a que se proceda a privarle su libertad.

No se ajusta a la Constitución la teoría —que aquí se ha expuesto— de que solamente se va a quitar el fuero en forma parcial, leve, superficial, comedida y delicadamente, con la finalidad de que la juez pueda continuar las investigaciones. ¡No! Hay que leer el Artículo 93° de la Constitución que Cambio 90-Nueva Mayoría aprobó en el Congreso Constituyente Democrático. Este Artículo 93°, en su tercer párrafo, dice lo siguiente: "No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento".

¡No pueden ser procesados! Pero si se autoriza que sean procesados, el juez o la juez ya tienen la dirección del proceso y, por lo tanto, después de la declaración instructiva de Noriega Febres el mandato de comparecencia podría ser variado, fácilmente, a un mandato de detención sin necesidad de que el juez o la juez recurra nuevamente al Congreso para pedir que se varíe ese mandato.

Pero el doctor Ferrero -que acaba de usar una interrupción- sabe que la Constitución prevalece sobre una norma reglamentaria, aunque el Reglamento del Congreso tenga fuerza de ley. Y si el Poder Judicial es autónomo e independiente, debe preferir y aplicar la Constitución; por lo tanto, el órgano jurisdiccional puede disponer que el procesado sea objeto de mandato de detención. Esto es posible que se produzca, si se lleva adelante el procesamiento en la forma cómo se está diagramando.

Sabemos que se hizo una denuncia por una serie de delitos y se abre instrucción, en el caso de Noriega Febres, sólo por homicidio simple. Pero resulta que los hechos no constituirían homicidio simple sino homicidio calificado y, por lo tanto, no procedería, en ningún caso, la libertad provisional. La juez de la causa tendría que dictar la orden de detención. Y aún sosteniendo la tesis de los señores Trelles y Ferrero, el Congreso no podría negarse a acceder a una solicitud del juez o de la juez que considere que es pertinente cambiar la orden de comparecencia por una de detención, si ahora se permite el enjuiciamiento.

Yo no creo que la mayoría actúe por venganza. Lo que quiere la mayoría es abrir un portillo. ¿Cuántos jueces penales hay en el Perú? Probablemente, doscientos cincuenta o trescientos. Pronto tendremos en vigencia el Código Procesal Penal en su integridad, que permitirá que la investigación y la acusación sean de competencias de los fiscales penales; y el juzgamiento, de los jueces penales. En ese supuesto habrían no menos de quinientos funcionarios con competencia para pedir o disponer la detención, en procesos penales, de los miembros del Congreso. Naturalmente que los sesenta y siete miembros de la mayoría van a ser los menos reclamados aunque, quizás, en algunos casos, haya más motivos. Pero lo real es que la inmunidad que gozan ustedes es distinta a la nuestra, porque ustedes tienen el favor de Palacio de Gobierno y nosotros no lo tenemos. Sí podemos tener, acaso, el encono de Palacio.

Se está haciendo comentarios en favor del desafuero. Son algunos integrantes de la oposición que van a votar en tal sentido, haciendo —presumo yo— uso de su voto de conciencia.

Empero, yo quiero decir que no se puede dar crédito a denuncias que se han hecho alegremente y que han sido publicitadas en todo el país con la finalidad de crear un ambiente propicio para que el Congreso adopte una decisión como la que presuntamente va a adoptar. El prestigio del Parlamento no se salva porque se desafuera a uno de sus miembros merced a un proceso penal irregular. El prestigio del Parlamento se salva cuando cumple las atribuciones que le son propias: de acuerdo a la Constitución, tiene que legislar y tiene que fiscalizar. Estamos tratando de legislar, hay esfuerzos encomiables.

Pero en cuanto a fiscalizar ¿qué cosa hemos hecho?, ¿hemos pedido siquiera algún informe a los señores ministros, salvo por escrito? ¡No se ha convocado a ministro alguno para que venga a informar al Congreso sobre hechos que sí conmueven a la opinión pública! ¡Tampoco han sido invitados porque la mayoría oficialista protege a los ministros! Nosotros no somos ogros, no vamos a devorar a los ministros, pueden venir acá y van a ser tratados con toda consideración como estamos tratando permanentemente a los miembros de la mayoría parlamentaria, porque todos somos peruanos. Aunque, en mi concepto, es ilegítimo el origen del Congreso por los graves hechos ocurridos el 9 de abril, todos tenemos posiblemente el mismo patriotismo para trabajar en bien del país.

Sin embargo, no podemos despojar a un miembro del Congreso de la investidura que nosotros no le hemos otorgado. Ha sido otorgada por el pueblo con los siete mil quinientos votos a que se refirió el señor Congresista Delgado Aparicio. Esa votación hace que Noriega Febres sea miembro de este Congreso y, por lo tanto, tenga la inmunidad que no es, sin duda alguna, impunidad.

Hago un llamado a la reflexión; y más que eso, creo que tampoco se ha cumplido con las normas que contiene el Reglamento del Congreso. ¿Qué propone la comisión informante que ha dictaminado esta materia? ¡Ninguna resolución! ¿Cómo se puede privar a un miembro del Congreso de su investidura, si no hay una resolución legislativa en ese sentido? ¡Nada ha propuesto la comisión!

Para concluir, señora Presidenta —veo que está usted también un poco cansada por el largo período de esta sesión— solicito que esta materia vuelva a la Comisión de Constitución y Reglamento para que haga un estudio más prolijo y para que recabe, además, información acerca de cuál es el estado actual del proceso. El proceso judicial iniciado el 15 de setiembre sigue su curso. Han pasado ya dos meses y medio y se han actuado presuntamente numerosas pruebas. Pueden actuarse otras, aunque Noriega Febres no esté como inculpado. No hay norma que prohíba que un testigo sea confrontado con cualquiera de los inculpados. Es más, existe norma expresa tanto en el Código de Procedimientos Penales cuanto en el proyecto de Código Procesal Penal, que permite la confrontación de los testigos con los inculpados y con la parte civil.

Por estas consideraciones, creo que no se puede adoptar decisión alguna esta madrugada, si es que no pedimos al Poder Judicial —que debe enmendar ese oficio— información acerca de cuál es el estado del proceso, la nueva situación jurídica del Congresista Noriega y si es menester que se mantenga el pedido judicial para que se le quite el fuero parlamentario. Considero que es indispensable que este asunto retorne a la comisión informante.

Además me hago esta pregunta: ¿cuál fue la razón por la cual un asunto de naturaleza judicial pasó a la Comisión que preside, con tanta diligencia, el doctor Torres y Torres Lara, cuando el asunto debió ser derivado a la Comisión de Justicia?

Si no se acepta la primera cuestión previa de retorno a la Comisión de Constitución y Reglamento planteo, como alternativa, la cuestión previa de que este asunto pase a la Comisión de Justicia.

La mayoría oficialista rechazó todas las cuestiones previas y procedió a aprobar el levantamiento de la inmunidad parlamentaria al congresista Javier Noriega Febres, pero –repito- con derecho para continuar ocupando su curul y, además, identificado con la mayoría fujimontesinista. Este desafuero debe ser el caso paradigmático del abuso perpetrado por la mayoría congresal, para atrapar en su telaraña a un representante y convertirlo de opositor en gobiernista. Obviamente, el Poder Judicial, complaciente, mantuvo abierto el proceso penal contra Noriega Febres, hasta que concluyera su mandato. Después fue absuelto de la burda imputación que se hiciera en su contra.

Tanto el Congreso de la República como el Poder Judicial deberían esclarecer este atropello contra el referido Congresista y, desde luego, sancionar, con el debido proceso, a los responsables.

El abuso del cargo para difamar y la tutela jurisdiccional efectiva

La hermenéutica parlamentaria enseña que en el fragor del debate suelen usarse expresiones que agravian a uno o más Congresistas. La renuencia al retiro de las palabras que se consideran ofensivas da lugar a las sanciones que permite la Constitución y que el Reglamento regula.

Empero, es distinta la situación cuando, fuera del debate, se difama a personas o instituciones. El Congresista que así actúa no puede invocar su fuero parlamentario en busca de impunidad. El agraviado, como persona, tiene el amparo del artículo 1° de la Constitución y su derecho fundamental al honor y buena reputación, que preserva el artículo 2°-7 de la misma Carta. Por ende, si se inicia querella penal contra el agente del hecho, corresponde al Congreso permitir el trámite de tal proceso.

Se afectarían principios-derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución y en varios tratados internacionales, si, como lo pretenden los demandantes, se sobreprotege a los Congresistas, con menoscabo de los ciudadanos comunes y corrientes. Estos dirían: Idem est non habere actionem et habere inanem.

En efecto, el principio de igualdad ante la ley, que declara el artículo 2°-2 de la Constitución proscribe toda discriminación. No se puede crear, vía Reglamento, un privilegio incompatible con los preceptos constitucionales y con los convenios internacionales, que tienen el valor que les asigna el artículo 55° de la Constitución y cuya interpretación debe ser hecha conforme a la Cuarta Disposición Final de esa Carta.

Ese principio fue proclamado como derecho en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948), conforme al que

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

El artículo V de la misma Declaración dispone que

Toda persona tiene derecho a la Protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Por último, el artículo XVIII de ese tratado multinacional, del que es signatario el Perú, hace posible que

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrado constitucionalmente.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene preceptos que no pueden ser soslayados en obsequio de un grupo de personas que ejercen, por un período determinado, funciones públicas de alta jerarquía, que las obliga a respetar a los ciudadanos de "a pie".

En cuanto al Derecho a la Integridad Personal, el artículo 5 dispone que

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

En lo referente a las Garantías Judiciales, el artículo 8 permite que

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (subrayado agregado)

En lo que atañe a la Protección de la Honra y Dignidad, el artículo 11 dispone que

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y dignidad y al reconocimiento de su dignidad.

En lo concerniente al ejercicio de la Libertad de Pensamiento y Expresión, el artículo 13 declara que
2-a. el respeto a los derechos y reputación de los demás
En relación con la Igualdad ante la Ley, el artículo 24 de la Convención dice que

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Tampoco puede existir ninguna disposición legal, aunque fuera el Reglamento del Congreso, que impida la Protección Judicial, pues el artículo 25 prescribe que
Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Hay correlación entre Deberes y Derechos, no siendo estos ilimitados, pues el artículo 32 declara que

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Debe recordarse que la Resolución Legislativa Nº 27401, de 18 de enero de 2001, deroga la Resolución Legislativa Nº 27152 y restablece para el Perú la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, el Perú es, asimismo, signatario del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – "Protocolo de San Salvador"; y son obligatorias, consecuentemente, las siguientes normas:

La que se refiere a la no discriminación, pues el artículo 3 estatuye que

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional lo social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La que regula el alcance de las Restricciones y Limitaciones, según el artículo 5 que indica que

Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Por último, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, dispone

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 21. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

El Derecho Comparado concuerda en lo que se refiere a la inviolabilidad de la función parlamentaria.

Es importante la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, de 23 de mayo de 1949, en relación con el Parlamento Federal (Der Bundestag), que precisa que

Artículo 46.
1. Los Diputados no podrán en ningún momento ser perseguidos judicial o administrativamente ni de otra manera fuera del Parlamento Federal por su voto o manifestaciones en el seno de ésta o de alguna de sus Comisiones, si bien no se aplicará a las injurias calumniosas. (subrayado agregado).
2. Los Diputados podrán ser acusados o detenidos por acción castigada con una pena, sólo con el consentimiento del Parlamento Federal, a menos

que hayan sido detenidos al perpetrar dicha acción o durante el día siguiente.
3. Se requerirá asimismo autorización del Parlamento Federal para cualquier otra restricción de la libertad personal de un Diputado o para iniciar el procedimiento contra él, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18.
4. Se suspenderá, si así lo exige el Parlamento Federal, todo procedimiento penal y toda actuación en virtud del artículo 18 contra un Diputado, así como toda detención o restricción de otra clase de su libertad personal.

El aludido artículo 18 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, a su vez, declara que

Quien abuse de la libertad de opinión, en especial de la de la prensa (art. 5°, par. 1), de la de enseñanza (art. 5°, par. 3), de la de reunión (art. 8°), de la de asociación (art. 9°), del secreto de la correspondencia, del correo y del telégrafo (art. 10), de la propiedad (art. 14), o del derecho de asilo (art. 16, par. 2) para combatir el orden fundamental demoliberal se hace indigno de estos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre la privación de los mismos y su alcance.

La Ley Fundamental para la República Federal Alemana concede inmunidad e inviolabilidad a los Diputados del Parlamento Federal, pero para los efectos del voto y manifestaciones (expresiones) que estos tengan dentro del Parlamento y de sus Comisiones; pero no cuando las expresiones sean injurias calumniosas. Tampoco ampara a los Diputados cuando sus expresiones ocurren fuera del Parlamento; o con uso abusivo de la prensa, la cátedra, la reunión pública, la propiedad o el asilo.

Las normas constitucionales referidas parece que adhieren al principio de que no hay derechos ni libertades absolutos.

La inviolabilidad en el derecho comparado

La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 decidió en sus artículos 55 y 56, respectivamente, que

Los Diputados son inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio del cargo

Los Diputados sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito

La vigente Constitución de España, de 1978, dispone en su artículo 71 que

1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.
2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.
3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras

Hay concordancia, en el fondo, entre una y otra Carta, a pesar del tiempo que media entre ellas y los distintos regímenes políticos y sociales en que fueron aprobadas. La Constitución de 1978 declara la competencia del Tribunal Supremo en las causas contra los Senadores y Diputados, además de la autonomía de cada Cámara para fijar sus asignaciones.

El artículo 51° de la Constitución de Bolivia (en proceso de reforma) declara que

Los Senadores y Diputados son inviolables en todo tiempo por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.

La Constitución de Bolivia es la única Carta que, en su artículo 52°, declara que ningún Senador o Diputado

En materia civil no podrá ser demandado ni arraigado desde 60 días antes de la reunión del Congreso hasta el término de la distancia para que se restituya a su domicilio.

El artículo 185° de la Constitución de Colombia dispone que

Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

Además, el artículo 186° de la misma Constitución establece que

De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

De conformidad con esta norma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dispuesto, en febrero de 2007, la detención de varios Senadores procesados por estar supuestamente vinculados a grupos paramilitares.

El Artículo 62° de la Constitución de Ecuador expresa que los Miembros del Congreso Nacional actuarán con sentido nacional y no podrán desempeñar ningún cargo público, a excepción de la docencia universitaria; ni ejercer su profesión durante el período de sesiones del Congreso Nacional y del Plenario de las Comisiones Legislativas, en su caso. Durante el desempeño de sus funciones gozarán de inmunidad parlamentaria, salvo en el caso de delito flagrante, que deberá ser calificado por el Congreso Nacional.

Ramiro Borja y Borja ("Derecho Constitucional Ecuatoriano", Quito, tomo I, pag. 406) comenta, al respecto, que

Para evitar la influencia de los otros Órganos del Estado sobre los individuos que componen la Asamblea que es considerada por antonomasia "el Órgano de la Legislación", se han consagrado las inmunidades parlamentarias", que comprenden la inmunidad y la inviolabilidad.

La inviolabilidad consiste en que a ciertos aspectos de la actitud que asumen los referidos individuos como integrantes de dicha Asamblea, no se pueda dar la calidad de antecedente para sanción, es decir la calidad de infracción (apartado 22).

Los aspectos exentos de dicha calidad comprenden las opiniones y según algunas Constituciones también los votos emitidos en el seno de la Asamblea "legislativa" del sistema unicameral; en la Cámara a que pertenece, si se adopta el sistema opuesto, y tanto en ella como en la Asamblea que resulta de la reunión de los miembros de las dos, si, según lo explica en su último párrafo el apartado 681, se instituye cualquiera de los tres sistemas que tratan de aproximar el sistema bicameral al unicameral.

La inmunidad consiste en que durante cierto tiempo determinadas sanciones no pueden aplicarse a los miembros de la Asamblea única del sistema unicameral o de cualquiera de las Cámaras, caso de consagrarse el bicameral, sino llenándose determinados requisitos, innecesarios para los individuos que no gozan de ella.

Para Borja Borja se trata, pues, de situaciones excepcionales relacionadas con la necesidad de preservar la libertad de opinión de los individuos que integran la Asamblea Nacional dentro del sistema unicameral que rige en Ecuador.

En relación con este mismo tema, José Antonio Montoya Pizarro ("Revista de Derecho Vox Juris", Edición N° 13, Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006, pag. 145) escribe que

La inmunidad parlamentaria como prerrogativa tiene su fundamento histórico en la necesidad de salvaguardar a los Congresistas mientras ejercen su mandato, y consigan hacerlo con la mayor libertad posible, en cuanto a sus opiniones y votos; sin embargo, actualmente se aprecia en los padres de la patria un permanente ejercicio abusivo de esta facultad, que obviamente no es un privilegio personal o particular, tampoco una patente de corzo, que de manera interesada y abusivamente creen nuestros Congresistas, pues ello sería absolutamente incompatible con un Estado de Derecho y afectaría específicamente a los principios de igualdad y justicia ya que se distorsiona este principio constitucional, convirtiéndolo y comparándolo a la impunidad.

En el derecho comparado, la inmunidad parlamentaria no es una institución considerada de carácter absoluto ni tampoco que tenga vigencia en todos los países democráticos donde existe, ya que protege la función legislativa. Racionalmente, esta inmunidad es interpretada a partir del sentido y fines de la institución. En doctrina cabe referir que en Europa en 1993, y en Italia específicamente en el contexto de la operación manos limpias, fue abolida, a fin de permitir el procesamiento judicial de los Diputados, Senadores y gobernantes. En los Estados Unidos de Norteamérica no tiene amparo, salvo para aquellas denuncias por difamación surgidas a raíz de declaraciones formuladas en el seno del Congreso. Contexto análogo ocurre en Inglaterra.

En el presente, debido a la crisis política y moral imperante, el análisis de la inmunidad parlamentaria en el Perú contribuirá a determinar la efectividad y eficiencia de la legislación vigente sobre el particular; así como precisar si existe interferencia política en la ejecución de esta acción jurídica.

El autor referido analiza los antecedentes históricos de la inmunidad, desde su origen en el siglo XVII en Inglaterra; su desarrollo en el derecho europeo, en el derecho norteamericano, en el derecho latinoamericano y en el Perú. Sugiere Montoya Pizarro que acorde a la moderna legislación, existen suficientes argumentos socio jurídicos para restringir o limitar el alcance de la inmunidad parlamentaria. Ejemplo, el descrédito de la institución, su injustificada extensión, la violación del principio de igualdad, la afectación de las funciones del Poder Judicial y la colisión con el derecho a la tutela judicial del ciudadano que pretende iniciar un proceso penal contra el parlamentario. De lo expresado, el antes citado artículo 93° de la Constitución Vigente, debido a su injustificada extensión, vulnera los principios primigenios del Estado Democrático, y no precisa un límite entre la inmunidad y la impunidad. Por ende, se propone dentro del actual contexto de la Reforma Constitucional, la modificación del actual artículo 93° de la Constitución, restringiendo o delimitando la protección inmunitaria de los Congresistas, solamente a lo atinente al cumplimiento preciso del deber parlamentario y excluyéndola de los actos difamatorios y calumnias. Esta modificación constitucional, de realizarse, requiere también la modificación del Reglamento del Congreso de la República, a fin de constituir los procedimientos idóneos para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Asimismo, se sugiere la modificación de los artículos 16° y 17° del Reglamento, en la medida que se limita las revisiones parlamentarias de los pedidos de levantamiento de inmunidad a la existencia de móviles políticos, mas no de aspectos jurisdiccionales.

El Tribunal Supremo Electoral de Ecuador, invocando el artículo 272° de la Constitución de esa República, que establece la primacía de la Constitución sobre las leyes, ha asumido el 7 de marzo de 2007 la insólita decisión de "Destituir de sus cargos o/dignidades de diputados y suspender los derechos políticos por el tiempo de un año a los legisladores del H. Congreso Nacional que votaron a favor de las Resoluciones antes indicadas (R-28-053 y R-28-054) y/o incoaron las acciones antes dichas de acuerdo a lo previsto en el artículo 155, letra e) de la Ley Orgánica Electoral". Esa decisión, ciertamente, no tiene precedente alguno en los países de América Latina y, acaso, tampoco en el mundo. Se trata, en realidad, de un golpe de Estado, que los demócratas debemos repudiar.

Alcances de la inmunidad e inviolabilidad en la Constitución de 1993

La función parlamentaria no es, pues, un blindaje contra todos los actos que realicen quienes, por decisión popular, ocupan escaños en el Congreso. La inmunidad no es, en rigor, un privilegio del Congresista sino una prerrogativa a efectos de que, con libertad suficiente y con lealtad a sus convicciones, ejerza la representación que le ha conferido la Nación. Dentro de ese criterio, el Reglamento del Congreso tiene que respetar la jerarquía preceptuada en el artículo 51° de esa Constitución –o "documento de 1993", como lo denominan los demandantes-, así como los tratados sobre derechos humanos, pues, de acuerdo con el artículo 55° de la Ley Fundamental

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1993 deben ser interpretados en la forma prevista por la Cuarta Disposición Final de esa Carta, con arreglo a la cual

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En consecuencia, el párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, agregado por la Resolución Legislativa N° 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo de 2006, no viola ninguna norma constitucional.

Los Congresistas pueden ser materia del antejuicio y eventualmente procesados, por delitos de función, de acuerdo con los artículos 99° y 100° de la Constitución

Precisamente, de conformidad con dichas normas constitucionales, fue dictada la siguiente

Resolución Legislativa del Congreso N° 016-2001-CR

El Presidente del Congreso de la República

Por cuanto:

El Congreso de la República:

Ha dado la Resolución siguiente:

Estando al debate y votación en sesión del Pleno de la fecha, el Congreso de la República, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 100° de la Constitución Política del Perú, y el inciso j) del artículo 80° de su Reglamento, ha resuelto:
Primero.- Declarar HABER LUGAR a la formación de causa en contra de los ex Congresistas Róger Luis Cáceres Pérez, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, María del Milagro Huamán Lu, Waldo Enrique Ríos Salcedo, Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Jorge D'Acunha Cuervas, Gregorio Ticona Gómez, José Luis Elías Avalos, Jorge Víctor Polack Merel, Antonio Palomo Orefice, Edilberto Canales Pillaca, Mario Gonzales Inga y Guido Pennano Allison y del Congresista José León Luna Gálvez, como presuntos responsables del delito de cohecho pasivo impropio y receptación, previstos y sancionados por los artículos 394° y 194° del Código Penal; del ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, como presunto responsable de los delitos de asociación ilícita, corrupción activa de funcionarios y enriquecimiento ilícito, previstos y sancionados por los artículos 317°, 399° y 401° del Código Penal; y, de los ex Congresistas Rolando Reátegui Flores, Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes, María del Carmen Lozada Rendón de Gamboa y Manuel Máximo Vara Ochoa, como presuntos responsables del delito de receptación, previsto y sancionado por el artículo 194° del Código Penal.
Segundo.- Suspender en el ejercicio de cualquier función pública, a partir del día siguiente de la publicación de esta Resolución y hasta el término del proceso penal ante la Corte Suprema, a los funcionarios y ex funcionarios mencionados en la disposición precedente, con excepción de los ex Congresistas Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes y María del Carmen Lozada Rendón de Gamboa, que se encuentran sujetos a sanción de inhabilitación.
Comuníquese, publíquese y archívese.
Dada en el Palacio del Congreso, en Lima, a los tres días del mes de abril de dos mil dos. Carlos Ferrero – Presidente del Congreso de la República – Henry Pease García – Primer Vicepresidente del Congreso de la República.

Como José León Luna Gálvez, elegido nuevamente Congresista de la República, previo juramento, se incorporó al Congreso el 27 de julio de 2006; éste dispuso que fuera sustituido por el llamado por la ley; y, con ese objeto, el 23 de noviembre de 2006, el Oficial Mayor del Congreso dirigió un oficio al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, en el que le manifiesta que

...la Resolución Legislativa del Congreso N° 016-2001-CR...continúa vigente

Como consecuencia, el Jurado Nacional de Elecciones hizo entrega de la credencial correspondiente a la persona que, en la lista que integró José León Luna Gálvez, tenía la calidad de primer accesitario.

El proceso penal contra Luna Gálvez está pendiente de sentencia en el Poder Judicial, a pesar de que han transcurrido cerca de cinco años desde que se expidió la mencionada Resolución Legislativa. Es obvio que a ese Poder, con autonomía e independencia, le corresponde administrar justicia a nombre de la Nación, aplicando la sanción que corresponda a los agentes de los delitos perpetrados, que motivaron el informe documentado de la Subcomisión designada por la Comisión Permanente, de 14 de enero de 2002, que fue aprobado por unanimidad en dicha Comisión Permanente el 31 de enero del mismo año; y por el Pleno del Congreso, en sesión de 3 de abril de 2002, por 62 votos en favor, 2 en contra y 14 abstenciones.

Uno de los derechos fundamentales que ampara la vigente Constitución es el referido a participar en la vida política de la Nación, correspondiéndoles a los

ciudadanos, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción y revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (artículo 2°-17); y, además, de elegir y de ser elegidos libremente, también de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica –como derecho– deber (artículo 31°). Tales preceptos deben ser interpretados, en su caso, en concordancia con los artículos 99° y 100° de la Ley Fundamental.

El caso Luna Gálvez es insólito desde la vigencia de la Constitución de 1993, en cuanto al Congreso. Pero hay similares situaciones ocurridas en las elecciones regionales y municipales. Sin embargo, las consecuencias son distintas, por lo menos hasta que se dicten las correspondientes sentencias firmes.

De acuerdo con el Código Penal de 1991, la inhabilitación es una pena limitativa de derechos. Puede ser principal o accesoria (artículo 37°). La inhabilitación principal se extiende de seis meses a cinco años (artículo 38°). La inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal (artículo 39°).

En lo relacionado con las suspensiones dispuestas por la Resolución Legislativa del Congreso N° 016-2001-CR, estas se sustentan en la presunta comisión de los delitos previstos y sancionados por los artículos 194° y 394° del Código Penal. Pues bien. Tales artículos disponen literalmente:

Artículo 194°.- Receptación. El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con treinta a noventa días multa.

Artículo 394°.- Cohecho pasivo impropio. El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

En el delito de receptación, los jueces del Poder Judicial deberán tener en consideración la agravante genérica prevista en el artículo 46-A del Código Penal, que aumenta la pena, cuando el agente es funcionario público, hasta un tercio por encima del máximo legal. Sería aplicable, por lo tanto, hasta cuatro años al autor de ese delito.

El Congreso, empero, al ejercer su atribución legislativa, ha considerado que se mantiene la suspensión dispuesta en la Resolución Legislativa del Congreso N° 016-2001-CR, de 3 de abril de 2002.

Es verdad que el artículo 1° de la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, ha ampliado las sanciones del artículo 394° del Código Penal hasta seis y ocho años de pena privativa de libertad; pero no tiene efecto retroactivo y es inaplicable a los presuntos agentes de tal delito, de acuerdo con el artículo 103° de la Constitución Política de 1993.

Por delitos que no son de función, igualmente pueden ser procesados los miembros del Congreso y los demás funcionarios a que se refiere el artículo 99° de la Constitución, previo acuerdo del Pleno y con el trámite señalado en el Reglamento.

Es verdad, también, que los Congresistas no están sujetos a mandato imperativo y que, además, pueden y deben tener los asesores necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones. Los grupos parlamentarios, con militantes de partidos políticos o de alianzas de partidos, tienen el más amplio derecho para deliberar y adoptar decisiones colectivas.

Empero, cuando los miembros de los grupos parlamentarios actúan bajo órdenes ajenas no sólo conspiran contra la representación que ejercen, sino que se convierten en instrumentos de ajenos intereses, razón por la cual sería conveniente, si la reforma constitucional no ocurriera en plazo más o menos breve, que el Reglamento del Congreso incluya sanciones para sus miembros que atentan contra la autonomía de ese Poder del Estado.

Un caso de sumisión de la mayoría del Congreso al asesor del Servicio de Inteligencia Nacional ocurrió, por ejemplo, en abril de 1998, conforme aparece en la edición oficial denominada "En la Sala de la Corrupción" (tomo 4, páginas 2053 y siguientes), en que el grupo presidido por la congresista doña Edith Mellado se reúne en el despacho de Vladimiro Montesinos Torres, "dueño de casa"..."porque es un buen sitio para poder conversar en confianza", quien literalmente les expresa:

El problema que afrontamos es un problema de orden y naturaleza política. Hemos visto de que en el mes de mayo de este año, en mayo del 98,, se van a producir dos eventos de singular importancia en el país.
En el Poder Judicial van a nombrar el delegado para el Jurado Nacional de Elecciones. De los cinco miembros que tiene el Jurado Nacional de Elecciones tres en este momento son negativos para nosotros. Hemos estado trabajando para que estos dos sean positivos y todo el planteamiento que se ha hecho con la última ley que se ha dado ha tenido por finalidad el desarticular la conspiración que se estaba montando para debilitar el Poder Judicial; y al debilitar el Poder Judicial, concretamente a las salas plenas provisionales y a los vocales titulares que estaban comprometidos y de la cual en estos momentos tenemos mayoría tanto en la Sala Plena de la Corte Suprema de la República como en la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.
Todo este tinglado de las denuncias que armaron contra los vocales, con alguna razón, como en el caso del doctor Tineo que está justificando el proceso de la investigación y todo el trámite que ustedes lo conocen, tenía por finalidad, en primer lugar estaba Tineo, un vocal, los otros cinco que integraban la sala, después se venía otra denuncia contra los los vocales que vieron el tema de Martha Chávez por la acción de amparo en el asunto del Presidente; y venía otra denuncia contra los cinco vocales

de la Sala Penal Titular que vieron un proceso contra un periodista Zurita al cual lo habían condenado por el delito de difamación y en uno de los considerandos habían puesto, la difamación, de que el tipo no era colegiado. El fundamento de la difamación no era si era o no era colegiado, sino era el animus difamando o animus injuriando de la persona, sino que a mayor abundamiento se puso en ejecutoria suprema ese hecho que lo tomó el Colegio de Abogados como un fundamento para decir que era una resolución abusiva, arbitraria y prevaricadora, ¿para qué? Para tener el pretexto de uno, más cinco seis, y cuatro, diez, quince hombres, ponerlos en la antesala de que el Consejo Nacional de la Magistratura, con el artículo 34° de la ley que estaba derogada, les iba a aplicar la medida provisional de suspensión y generaba en nuestra gente, que en este momento nosotros tenemos con una sala penal titular, tenemos dos salas penales provisionales, tenemos una sala civil titular, una sala civil provisional y la Sala de Derecho Constitucional.
En este contexto, en este momento, nosotros tenemos el control de eso, pero con eso nos generaban el debilitamiento y al debilitamiento perdíamos la opción de nombrar el delegado del Poder Judicial.

En su larga perorata, Montesinos Torres diseña la estrategia para que los Congresistas actúen a efectos de reforzar el control político del Poder Judicial y del Ministerio Público, con el objeto de que uno y otro designen a los Magistrados que, en el Jurado Nacional de Elecciones, permitan manipular el proceso del año 2000.

También se refiere Montesinos Torres a las acciones que proyecta ejecutar a fin de alcanzar el control del Consejo Nacional de la Magistratura.

Finalmente, Montesinos imparte instrucciones adicionales a los congresistas asistentes.

El congresista Jorge Trelles informa a Montesinos que se ha introducido una modificación en el Reglamento del Congreso respecto del trámite de las acusaciones constitucionales, expresando que

El reglamento que hemos aprobado, pero que no está publicado –ojo- dice que recibida la denuncia por la comisión, ella obligatoriamente nombra una subcomisión, y esta subcomisión está obligada a notificar al denunciado, que absuelve por escrito, etcétera; entonces, nos lleva a largo.

La sumisión de los Congresistas a un funcionario dependiente, a su vez, del Presidente de la República implica la violación del principio de separación de poderes, que declara el artículo 43° de la Constitución

La inmunidad e inviolabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional

Los golpistas del 5 de abril de 1992 querían el poder sin límite temporal y sin límite en su ejercicio. Debían, simplemente, cuidar las formas. Debía acomodarse el texto constitucional a la conveniencia política de aquellos. Por eso fue aprobada la Ley N° 26657, sobre interpretación auténtica de la Constitución.

La Constitución de 1993 había creado el Tribunal Constitucional, integrado por siete miembros, elegidos por los votos de no menos de dos tercios del número legal de Congresistas, que debía funcionar conforme a la Ley Orgánica N° 26435, de 23 de diciembre de 1994, que previsoramente estableció el quórum y la votación favorable de seis Magistrados para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. Se hacía, así, infructuosa la atribución principal del órgano de control de la constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional inició sus labores en junio de 1996, resolviendo algunas decenas de procesos provenientes del TGC y los demás que eran de su competencia. Pero la confrontación entre el poder político y el poder constitucional se produjo muy pronto. En efecto, el Colegio de Abogados de Lima demandó la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 26657, de 23 de julio de 1996, denominada "Ley de Interpretación Auténtica del Artículo 112° de la Constitución". Cuando el Tribunal Constitucional tenía en estudio este proceso, para dictar la sentencia correspondiente, fue conminado a resolver de acuerdo con los términos señalados en la siguiente carta notarial:

Lima, 14 de enero de 1997.

Señor Doctor

Ricardo Nugent

Presidente del Tribunal Constitucional

Jr. Ancash N° 390

LIMA.

Los suscritos, Congresistas de la República, considerando:

Que el día Viernes 3 de enero del presente la Magistrado del Tribunal Constitucional Dra. Delia Revoredo, anunció, públicamente y de manera oficial, que el Tribunal había acordado abstenerse de publicar y notificar todas las sentencias de acciones de inconstitucionalidad, mientras dure la situación de emergencia que se ha generado por la toma de rehenes en la Residencia del Embajador de Japón; en abierta violación de lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 26435, que establece un plazo perentorio para la publicación de dichas sentencias. Que, asimismo, según informan El Comercio y otros medios de comunicación social, fuentes del Tribunal han anticipado, extraoficialmente, que éste declararía infundada la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley 26657, sin pronunciarse sobre constitucionalidad, violando lo dispuesto por el artículo 20° de la Ley 26435; pretendiendo, contradictoriamente, "declarar" inaplicable una ley, cuya constitucionalidad no estaría en discusión si se declara infundada la citada demanda.
Que no existe ninguna norma que faculte al Tribunal Constitucional para reservar la publicación de sus fallos; para modificar el procedimiento establecido por la ley para resolver las acciones de inconstitucionalidad de sus fallos, para modificar el procedimiento establecido por la ley para resolver las acciones de inconstitucionalidad, ni

para Resolver "DECLARANDO" inaplicables las leyes en los procesos de inconstitucionalidad.
Que las normas procesales son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento.
Que la observancia del debido proceso es un principio de la función jurisdiccional previsto por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.
Que el inciso 6) del artículo 200° de la Constitución establece que la Acción de Cumplimiento, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.
Que, el artículo 2° de la Ley 23506 establece que las acciones de garantía proceden también cuando exista amenaza de violación de los derechos constitucionales por omisión de actos de cumplimiento obligatorio.
Que es responsabilidad del Congreso velar por el respeto de la Constitución y de las Leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores, conforme al inciso 2 del artículo 102° de la Constitución
Nos presentamos ante su Despacho, conforme a lo previsto por la Ley 26301, que regula la Acción de Cumplimiento, para requerir por conducto notarial al Tribunal Constitucional lo siguiente:

1. Que el Tribunal Constitucional declare fundada o infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 26657, por el Colegio de Abogados de Lima y se pronuncie expresamente sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, dentro del plazo de 30 días hábiles establecido por el primer párrafo del artículo 34° de la Ley 26435.
2. Que la sentencia que declara constitucional o inconstitucional la referida Ley 26657 sea publicada en el Diario Oficial El Peruano, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha de su expedición, conforme lo dispone el segundo párrafo del artículo 34° de la Ley 36435.
3. Que la sentencia no contenga ninguna "declaración de inaplicabilidad" que constituiría una inminente amenaza contra derechos fundamentales y políticos consagrados en la Constitución, así como abuso de autoridad, al asumir el Tribunal facultades no previstas por su Ley Orgánica, la misma que le exige un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada.

POR TANTO:

Rogamos a Usted, señor Presidente del Tribunal Constitucional, tener por presentado el requerimiento por conducto notarial dispuesto por los artículos 5° y 7° de la Ley 26501, como vía previa a la presentación de la correspondiente Acción de Cumplimiento.

La referida carta fue expresión notoria del ejercicio abusivo e intimidatorio del poder político, pues se pretendió presionar a los magistrados del Tribunal Constitucional. Los remitentes, además, usurparon la representación del Congreso de la República.

Los cuarenta Congresistas, con esa carta notarial, violaban flagrantemente el artículo 201° de la Constitución de 1993, conforme al cual

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. (subrayado agregado).

Los cuarenta Congresistas violaron la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional. Más aún, establecieron, por iniciativa propia, los parámetros dentro de los cuales debía resolver el TC la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados de Lima.

En las semanas siguientes a la remisión de esa carta notarial, se produjeron bochornosos acontecimientos inconstitucionales. Uno de los magistrados, adicto a la mayoría parlamentaria y, también, vinculado estrecha y económicamente al Servicio de Inteligencia Nacional, había puesto en conocimiento de los autores de la carta el proyecto de sentencia que el Tribunal estaba preparando para declarar inaplicable la Ley N° 26657. La infidencia quedó de manifiesto en el punto 3) de la carta, cuyo texto está precedentemente transcrito.

La intimidación parlamentaria continuó. A pedido de alguno de los autores de la referida carta, el Congreso acordó formar una Comisión Investigadora encargada de esclarecer las denuncias relativas a la sustracción de documentos en el Tribunal Constitucional. Fue designada, para presidir la Comisión, la congresista Martha Hildebrandt Pérez Treviño y, para integrarla, los congresistas Enrique Chirinos Soto, Edith Mellado Céspedes, Jorge Trelles Montero, Luis Delgado Aparicio, Gustavo Mohme Llona y Javier Alva Orlandini.

La referida Comisión realizó numerosas sesiones en las que se recibieron las declaraciones de los magistrados del TC y de funcionarios de ese organismo. Quedó claro que un proyecto de sentencia, elaborado por el magistrado Guillermo Rey Terry, había sido sustraído extrañamente.

La Comisión formuló un dictamen en mayoría suscrito por los congresistas Hildebrandt y Chirinos y, con reservas, por los congresistas Trelles, Mellado y Delgado. Los congresistas Mohme y Alva dictaminaron, cada cual, en minoría.

En el dictamen en minoría, que suscribí como Congresista de la República, resumidamente, expresé:

I. VIOLACIÓN DEL SECRETO JURISDICIONAL

1. El Tribunal Constitucional celebró sesión el 27 de diciembre de 1996 con el objeto de dictar sentencia en la demanda de inconstitucionalidad de la ley 26657, sobre interpretación del artículo 112° de la Constitución, presentada por el Colegio de Abogados de Lima.
2. En la referida sesión estuvieron presentes los siete miembros del Tribunal Constitucional.
3. La ponencia respectiva fue presentada por el Magistrado Dr. Guillermo Rey Terry y respaldada por los demás Magistrados, excepto los Drs.

Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo, que expresamente manifestaron su discrepancia.

4. La redacción definitiva de la sentencia fue hecha por los Magistrados Guillermo Rey Terry y Luis Guillermo Díaz Valverde, en la oficina de éste.
5. El mismo 27 de diciembre de 1997 fue suscrita la sentencia por cinco Magistrados y se entrega para su custodia por el Dr. Guillermo Rey Ferry al asesor Dr. Alberto Che Piú
   Carpio, en acta firmada por ambos y varias otras personas que prestan servicios en el Tribunal Constitucional.
6. Al difundir un canal de televisión la decisión del Tribunal Constitucional sobre la sentencia que hacía referencia al "control difuso" de la Constitución, el Magistrado Dr. Acosta Sánchez se comunicó telefónicamente, en la noche del mismo día 27, con su colega Dr. García Marcelo para inquirir si había emitido su voto, siendo la respuesta negativa. A su vez, el Dr. García Marcelo hizo lo propio con el Dr. Rey Terry, aunque el primero lo niega.
7. Los Magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo se constituyeron en el local del Tribunal Constitucional en la mañana del sábado 28 de diciembre de 1996, citando a la Secretaria-Relatora, para tratar sobre la sentencia del "control difuso". Empero, ya habían redactado y dado a publicidad el recurso fechado el 27 de diciembre de 1996, dirigido al Dr. Ricardo Nugent.
8. La publicación intencional en los medios de prensa del recurso de los doctores Acosta Sánchez y García Marcelo es falta grave a la reserva jurisdiccional. El Dr. García Marcelo reconoció, ante la Comisión, haber enviado el recurso a los medios para su publicación y admitió haberse excedido al acusar a sus colegas de pretender dar un golpe de Estado.
9. La publicidad del recurso del 27 de diciembre de 1996 es un hecho insólito dentro de la reserva jurisdiccional que corresponde al Tribunal Constitucional. Tenía, además, un fundamento falso y politizaba un órgano de control de la Constitución; y es probable que su consecuencia, sin duda calculada, fue determinar a que dos de los cinco Magistrados retiraran sus firmas y sus votos de la ponencia debatida ese mismo día.
10. En el recurso de los Drs. García Marcelo y Acosta Sánchez éstos acusan a los demás Magistrados – respecto a la sesión de 27 de diciembre- de festinar trámites, de ausencia de quórum, de falta de votación y de ánimo de dar un golpe de Estado.
    En efecto, literalmente los Magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo afirman: "El día de hoy se habría producido un supuesto pronunciamiento de algunos miembros del Tribunal Constitucional sobre la Ley Nº 26657 cuya inconstitucionalidad se ha promovido.
    "Dicho pronunciamiento se habría adoptado con festinación de trámite, sin la convocatoria previa correspondiente y sin el quórum de ley y sobre el cual hemos tomado conocimiento por versión de algunos miembros del Tribunal y por anuncio del canal 4.
    "Dicho pronunciamiento de algunos miembros del Tribunal no puede originar sentencia válida por no haberse adoptado conforme a las normas previstas imperativamente por la ley.
    "Conforme al artículo 60 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, solicitamos se subsane esta gravísima irregularidad antes de emitir la correspondiente sentencia, con el quórum de seis Magistrados, e igualmente que se convoque por separado a una sesión para ver esta impugnación y otra para resolver la acción de inconstitucionalidad respectiva.
    "Dada la irregular forma de actuación con la que aparentemente se estaría tramitando este caso, solicitamos que toda sesión se convoque con agenda expresa y, a partir de la fecha, por escrito.
    "Finalmente debemos precisar que, de ser ciertos los hechos informados por los medios de comunicación, se estaría configurando, como ya se ha denunciado públicamente, un "Golpe de Estado", pues mediante un burdo e ilícito mecanismo se evadiría dolosamente el mando expreso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que, en reciente Resolución del Tribunal, se ha señalado mayoritariamente que la estabilidad jurídica depende del sistema de votación vigente.
    "Por tanto:
    "Solicitamos se convoque a sesión para dar trámite a la presente acción, con las formalidades de ley.
    "Otro si decimos: Que solicitamos se realice una investigación por parte del órgano de control correspondiente, sobre la forma cómo se ha corrido un documento para su suscripción sin haberse cumplido con el trámite de la convocatoria, la agenda, el quórum y la votación correspondientes, reservándonos el derecho de denunciar los hechos ante las instancias correspondientes. Lima, 27 de diciembre de 1996."
    Se infiere de tal documento .suscrito por los Magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo- que tomaron "conocimiento por versión de algunos miembros del Tribunal y por anuncio del Canal 4" de la ponencia sobre "control difuso" redactada por los Magistrados Díaz Valverde y Rey Terry el propio día 27 de diciembre de 1996, lo que indica que no se ajusta a la verdad la declaración del Magistrado García Marcelo –ante la Comisión Investigadora- que no pudo hablar telefónicamente con el Dr. Rey Terry por haberse ausentado a Paracas, ni con ningún otro Magistrado del Tribunal Constitucional. Tampoco se ciñen a la verdad las afirmaciones contenidas en el mismo recurso de 27 de diciembre de 1996, sobre festinación de trámites, falta de convocatoria y falta de quórum, pues las declaraciones de los siete Magistrados, ante la Comisión Investigadora del Congreso, acreditan que se convocó a pleno jurisdiccional y que asistieron todos éllos.
11. El Dr. Aguirre Roca expresó ante la Comisión que dicha ponencia sobre el "control difuso" se debatió con quórum, que fue votada, y que la firmaron cinco Magistrados.

12. El Dr. Rey expresó ante la Comisión que todos los Magistrados discutieron en la sesión del 27 de diciembre de 1996 sobre la alternativa del "control difuso", rechazada por los señores Acosta Sánchez y García Marcelo.
    Antes de la redacción por el Dr. Díaz Valverde y él mismo sobre la parte del "control difuso" los doctores Acosta Sánchez y García Marcelo habían estado en el Pleno, dando quórum, habían discutido y con sus votos en contra se había determinado ya redactar el "control difuso"; pero cuando terminó la redacción los doctores García y Acosta ya no estaban ahí.
13. El Dr. Nugent declaró que el 27 de diciembre estuvieron presentes en el Pleno los siete miembros del Tribunal, que se debatió la demanda sobre la reelección, que intervino "especialmente" el Dr. García Marcelo quien rebatió los puntos de vista de los que sustentaban el "control difuso".
14. El Dr. Díaz Valverde, aunque primero expresó que no hubo quórum cuando se discutió y aprobó el "control difuso" pues sólo eran cinco los presentes, luego aclaró que el ponente (Dr. Rey) manifestó cual era su opinión y que recién era un cambio de opiniones (el control difuso) y que cinco Magistrados estuvieron de acuerdo y dos en desacuerdo; y que él y el Dr. Rey Terry se dirigieron a redactar la ponencia en su propia oficina. Agrega que mientras tanto (es decir, mientras se redactaba lo que ya se había debatido y votado) los Magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo se retiraron. Dicho retiro tenía el evidente propósito de frustrar la culminación o conversión de esa ponencia en sentencia definitiva. Ambos Magistrados no se despidieron de sus colegas ni les avisaron que se iban.

La Presidenta del Congreso nunca puso los dictámenes para su debate en el Pleno. Sólo buscaba la mayoría fujimorista deshacerse del Tribunal Constitucional, mutilándolo.

La insólita acusación constitucional y la defenestración de 3 Magistrados

En paralelo, los Congresistas de la mayoría formularon una acusación constitucional, invocando los artículos 99º y 100º de la Constitución, contra los magistrados del Tribunal Constitucional Ricardo Nugent, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. La acusación fue respaldada, en mayoría, por la Comisión Permanente y, posteriormente, se le dio curso en el Pleno del Congreso.

Actuó como fiscal acusador el congresista Enrique Chirinos Soto. Los argumentos de los Congresistas de minoría, de los abogados defensores de los magistrados y los que estos formularon no tuvieron ningún efecto: la suerte estaba echada. Desde Palacio se había dispuesto la destitución de los magistrados.

A pesar de la prerrogativa constitucional referida a que los Magistrados del Tribunal Constitucional no son responsables por sus opiniones y por sus votos, la servil y agresiva mayoría, violando el artículo 201º de la Constitución y el artículo 13º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (26435), destituyó, pues, a los Magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano, que no entraron en componendas con el régimen autoritario, mediante las Resoluciones Legislativas Nºs. 002-97CR, 003-97-CR y 004-97.

Se excluyó de la destitución al magistrado Ricardo Nugent..

El Tribunal Constitucional, mutilado y servil, prosiguió sus labores desde julio de 1997; pero se limitó a resolver sólo las acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento), que no inquietaran al régimen autoritario. Sin dudas ni murmuraciones, obedeció siempre las directivas del Servicio de Inteligencia Nacional, que distribuyó sobres cerrados con generoso contenido, en fechas coincidentes con el pago de planillas.

Fin del cautiverio y retorno al Estado social y democrático de Derecho

El cautiverio del Tribunal Constitucional del Perú concluyó cuando se expidió la Resolución Legislativa Nº 007-2000-CR, de 17 de noviembre de 2000, que restituyó a los magistrados defenestrados.

La plenitud de su autonomía e independencia –y su decencia- ocurrió desde el 10 de junio de 2002, en cuya fecha juraron cuatro nuevos magistrados que, con los restituidos, hicieron posible que el Tribunal Constitucional fuera garantía de control de constitucionalidad y de vigencia cabal de los derechos fundamentales de las personas.

El 3 de enero de 2003, con su nueva composición, el Tribunal Constitucional dictó la trascendente sentencia (Exp. Nº 0010-2002-AI/TC) respecto de la demanda de inconstitucionalidad planteada por más de 5.000 ciudadanos contra los Decretos Leyes Nºs. 25475, 25659, 25708 y 25880 y sus normas complementarias y conexas, vale decir la legislación antiterrorista dictada por el régimen de facto de Alberto Fujimori Fujimori, en sustitución de la normatividad, sobre esa materia, contenida en el Código Penal de 1991 (Decreto Legislativo Nº 635).

Esa legislación punitiva había sido reprobada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y era contraria a convenios internacionales de los que el Perú es signatario. El Tribunal señaló que

La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia.

El respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente la política antisubversiva, por ser un imperativo histórico reencausar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración.

La sentencia, en consecuencia, declaró inconstitucionales determinados artículos y párrafos de los Decretos Leyes cuestionados; adecuó otras de las normas impugnadas a la Constitución; exhortó al Congreso a dictar la legislación necesaria, y dispuso que los procesados en el fuero privativo militar fueran sometidos, sin excarcelación, a nuevos procesos ante el Poder Judicial.

Otras sentencias han resuelto conflictos, verticales y horizontales, entre los órganos y poderes constitucionales; y han decidido miles de controversias en que las personas humanas se consideraban agraviadas por el Estado o por particulares.

Empero, el Congreso mediante la Ley N° 28642, de 8 de diciembre de 2005, aprobó cercenar las atribuciones del Tribunal Constitucional previstas en el artículo 200°-2 de la Constitución y explicitadas en el artículo 5°-8 del Código Procesal Constitucional, para excluir al Jurado Nacional de Elecciones del control de constitucionalidad.

Anticipándose a ese hecho, el TC, por sentencia de 8 de noviembre de 2005 (Exp. N° 5854-2005-PA/TC), declaró que cualquier norma en contrario de lo dispuesto en la Constitución devendría nula y sin efecto.

Por otra parte, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (28301) dispone, también, que

Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad. No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal, salvo flagrante delito.

La precedente norma legal ratifica, por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 201° de la Constitución. El pleno del Tribunal puede, pues, autorizar la detención y el procesamiento de sus Magistrados si alguno incurre en cualquier delito común. La ley, sin embargo, guarda silencio respecto el caso del flagrante delito, caso en el cual debe aplicarse, por analogía, la norma referida a los Congresistas y, por ende, la autoridad respectiva debe poner al detenido a disposición del Pleno del Tribunal dentro de las 24 horas.

Respecto a la suspensión y antejuicio de los Magistrados del Tribunal Constitucional, el artículo 21 del Reglamento Normativo aprobado por Resolución Administrativa N° 095-2004P/TC, de 14 de setiembre de 2004, vigente desde el 1 de diciembre de ese año, dispone que

Artículo 18. Inmunidad.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo. También gozan de inviolabilidad e inmunidad. No responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su función. No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal, salvoflagrante delito.

Artículo 21. Suspensión y antejuicio.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional pueden ser suspendidos por el Pleno, como medida previa, siempre que incurran en delito flagrante. La suspensión requiere no menos de cuatro votos conformes.

La comisión de delitos contra los deberes de función de los Magistrados del Tribunal se sujeta a lo dispuesto en los artículos 99° y 100° de la Constitución Política del Perú.

Las infracciones constitucionales requieren de los dos tercios del número legal de Congresistas.

El mandato del Congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión, durante las horas de funcionamiento del Congreso, según reza el artículo 92° de la Constitución, mientras que el Magistrado del TC no puede ejercer, en ningún tiempo, salvo en causa propia, su profesión, conforme al artículo 17 de su Reglamento Normativo.

Por otra parte, el artículo 8° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional declara que
Los Magistrados del Tribunal Constitucional son irrecusables, pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro, salvo que el hecho impida resolver. Los Magistrados tampoco pueden abstenerse de votar, debiendo hacerlo en favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten conjuntamente con la sentencia. Empero, transcurridos cuarenta y ocho horas de dictada la sentencia, se publica ésta y sin tales votos.

Resulta pertinente invocar esta norma reglamentaria en razón de que la abstención de cualquier Magistrado de conocer algún asunto, cuando tenga interés directo o indirecto o por causal de decoro, no afecta el principio de igualdad ante la ley, ni el principio de presunción de inocencia, ni restringe indebidamente el derecho de la función jurisdiccional, ni ningún otro derecho. Por el contrario, la referida disposición tiene por objeto hacer transparente, irreprochable, la función del Magistrado. Pero, si la abstención del Magistrado pone en riesgo la posibilidad de dictar resolución, no es admisible. Porque no puede dejar de cumplir el Tribunal Constitucional con las atribuciones que le asigna la Constitución.

El sensible fallecimiento, en mayo y julio de 2004, de dos Magistrados dejó al Tribunal con sólo 5 miembros. Ese era el quórum del pleno, para dictar resoluciones. No se admitió ninguna excusa, puesto que este órgano constitucional no podía dejar de funcionar. Los Magistrados supérstites no usaron del derecho vacacional durante dos años. El suscrito no ha tenido vacaciones durante los casi cinco años de su permanencia en el Tribunal.

En el caso del Congreso de la República, el inciso d) adicionado al artículo 20 de su Reglamento por Resolución

Legislativa N° 025-2005-CR, de 21 de julio de 2006, no vulnera, en mi concepto, ninguno de los atributos de los señores Congresistas, pues tiene el objeto de que las Comisiones funcionen sin ningún cuestionamiento ético. Es más. Todos los señores Congresistas tienen derecho de asistir y debatir en cualquiera de las Comisiones, aunque no formen parte de las mismas. En esos casos, no pueden votar. Pero, en cambio, en el pleno del Congreso no tienen impedimento alguno para participar en los debates y emitir sus votos. Excepto, en todo caso, si se abstienen por razones de decoro.

La inmunidad e inviolabilidad del Defensor del Pueblo

Dispone el artículo 161 de la Constitución que

El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los Congresistas.

Finalmente, el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (26520), de 8 de agosto de 1995, declara que

El Defensor del Pueblo goza de total independencia en el ejercicio de sus funciones. No está sujeto a mandato imperativo, ni recibe instrucciones de ninguna autoridad. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. Su remuneración es igual a la que perciben los Congresistas.

El Defensor del Pueblo goza de inviolabilidad, no responde civil ni penalmente por las recomendaciones, reparos y, en general, opiniones que emita en el ejercicio de sus funciones.

El Defensor del Pueblo goza de inmunidad. No puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo flagrante delito.

La norma transcrita requiere una reflexión. Mientras los miembros del Tribunal Constitucional sólo pueden ser detenidos y procesados con autorización del pleno de ese órgano constitucional, por delitos que no son de función, la detención y proceso del Defensor del Pueblo requiere autorización del Congreso. La razón es simple: el Defensor del Pueblo no puede autorizar su propia detención y proceso. Otra diferencia radica en que, de acuerdo con el artículo 161° de la Constitución, el Defensor del Pueblo puede ser removido por el Congreso, con el voto de no menos de dos tercios del número legal de Congresistas. Las causales de cese y de vacancia del Defensor del Pueblo están enumeradas en el artículo 4° de su aludida Ley Orgánica.

Igualdad en la diversidad

Hay, pues, similitudes entre las funciones de los Congresistas, de los miembros del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo; pero también evidentes diferencias.

El Tribunal Constitucional no es segunda Cámara. No legisla. Interpreta la Constitución en sus sentencias y, cuando es indispensable, para no crear vacíos legislativos, da a las leyes la interpretación conforme a la Constitución. Así ocurrió, entre otras, con las sentencias de 3 de enero de 2003, 1 de diciembre de 2003 y 10 de diciembre de 2003.

Naturalmente, todas las decisiones jurisdiccionales están sujetas a crítica y, en el caso de las sentencias dictadas por el TC, las críticas se han dirigido a los Magistrados que ejercieron funciones públicas, en períodos democráticos, defendiendo principios y valores, sin abdicar de sus convicciones.

Las sentencias del Tribunal Constitucional abordan, en muchos casos, asuntos que atañen a la gobernabilidad del país. Se requiere, en consecuencia, que los Magistrados no sólo tengan formación especializada, sino una visión del Estado social y democrático de Derecho.

La reforma constitucional, total o parcial, está en debate. Corresponde a los señores Congresistas introducir las enmiendas que estimen convenientes. No sólo las que motivan la demanda interpuesta, sino las que atañen al propio Congreso (¿unicameralidad o bicameralidad?, ¿elección con voto preferencial o sin voto preferencial?), a las relaciones con los otros poderes y órganos del Estado (¿régimen presidencial o parlamentario?, ¿ratificación periódica de los Magistrados o Magistrados vitalicios?), el "juicio de residencia" etc.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional debían cesar en cualquier militancia partidaria, antes de jurar el cargo. Así lo dispuso el artículo 12° de la Ley N° 26435, de 6 de enero de 1995. Sin embargo, para nadie fue un secreto las reuniones clandestinas que celebraron algunos miembros del Tribunal, durante su cautiverio, para tratar asuntos jurisdiccionales con personal calificado del Servicio de Inteligencia Nacional. Los medios de comunicación –muchos cautivos– naturalmente nada informaron sobre ese secuestro en que vició el máximo órgano de interpretación de la Constitución.

Los cuatro Magistrados que nos incorporamos al Tribunal Constitucional el 10 de junio de 2002 cesamos en nuestra militancia partidaria (si, como el suscrito, la tenía), conforme a la mencionada LOTC. Y los incorporados posteriormente, bajo la vigencia de la nueva LOTC (28301), lo han hecho igualmente, en el caso que correspondía. Obviamente, mantuvimos y mantenemos integérrimas e invulnerables nuestras convicciones democráticas.

Como la demanda plantea que el Tribunal Constitu-cional declare "... igualmente la inconstitucionalidad de aquellos preceptos de la misma norma a los que deben extenderse por conexión o consecuencia", parece conveniente sugerir que se incorpore al Reglamento del Congreso una norma que recoja la esencia de la Ley N° 196, de 1° de febrero de 1906, de acuerdo con la cual se estableció el monto de los emolumentos de los representantes de la Nación, abonables trimestralmente, y con rebaja de los haberes por inasistencia a las sesiones. Para tal efecto, es suficiente mejorar la redacción del artículo 23° del Reglamento del Congreso y, sobre todo, cumplirlo.

Las sanciones disciplinarias de los Congresistas

Los diversos asuntos de que trata el Congreso ocasionan, con frecuencia, debates ásperos, especialmente si los grupos parlamentarios responden a intereses políticos, sociales, económicos, religiosos o de cualquier otra índole. En el fragor de los discursos pueden expresarse palabras o frases ofensivas contra personas o instituciones.

Cuando ocurren situaciones de esta naturaleza, el ofendido o un tercero, si integra el Congreso, tiene derecho de solicitar, a través de la Presidencia, que sea retirada la ofensa. Si así lo hace el ofensor, el asunto queda zanjado, y el debate continúa. Empero, si el ofensor se niega a retirar la palabra o frase consideradas ofensiva, después de un requerimiento de la Presidencia, se da al asunto el trámite que señala el Reglamento del Congreso.

Por supuesto, que los hechos y las soluciones han sido y son diversos, tanto en el Perú como en otros países. Los demandantes recuerdan, precisamente, el caso de Luis Gonzales Orbegoso, que tuvo una solución trágica. Hay otros acontecimientos menos traumáticos, con duelos de por medio.

Cuando regía la Constitución de 1939, fue aprobado el Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas, que tuvo larga vigencia, con algunas modificaciones y con la aplicación de la "hermenéutica parlamentaria". De acuerdo con el artículo 116º de la Constitución de 1933

Las relaciones entre ambas Cámaras y las de cada una da éstas y las del Congreso con el Poder Ejecutivo, y el funcionamiento del Congreso y de las Cámaras, se establecerán por el Reglamento Interior del Congreso, que tendrá fuerza de ley.

En lo atinente a las discusiones, el artículo 10º del Capítulo IX del mencionado Reglamento dispuso que

Si en la discusión se profiriese alguna expresión ofensiva a algún Senador o Diputado, podrán éstos reclamar así que concluya el que las profirió; si no los satisface y pide que el Secretario anote el objeto de su queja, lo otorgará el Presidente, a fin de que el mismo día o en otra sesión acuerde la Cámara lo conveniente a su decoro y a la unión que debe reinar entre los individuos de su seno.

La Cámara de Diputados, en sesión de 1º de diciembre de 1939, incorporó al Reglamento una norma por la que

Si durante la discusión se profiriese alguna expresión injuriosa para algún Representante u otra persona o corporación, el Presidente llamará al orden al orador, pidiendo el retiro de la frase ofensiva, sin permitirle hacer uso de la palabra en otro sentido; si el orador no atendiera a esta recomendación, el Presidente suspenderá la sesión por breves minutos. Reabierta la sesión, el Presidente le invitará de nuevo a retirar la ofensa, retirada la cual se dará por terminado el incidente. Si e negara a dar la explicación pedida o insistiera en su actitud, se levantará la sesión. Si hasta la siguiente sesión el incidente no ha sido solucionado, la Cámara, en sesión secreta, deliberará y, a propuesta de la Comisión de Policía, acordará su suspensión no mayor de quince días, según la naturaleza de la ofensa.

Sin embargo, en la sesión celebrada el 31 de diciembre de 1943, la Cámara de Diputados suspendió por una Legislatura (120 días) al Diputado que ofendió al Presidente de esa Cámara.

En el texto del Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas sólo se consideraron las ofensas inferidas por un miembro a otro miembro del Congreso, Diputado o Senador. De manera que, respecto de las ofensas en agravio de personas que no integraban el Poder Legislativo, no podía exigirse el retiro de las mismas. La adición de 1º de diciembre de 1939 "...u otra persona o corporación" posibilitó que existiera desagravio, siempre que fuera pedido por alguno de los Representantes.

Es el artículo 178º de la Constitución de 1979 la primera norma constitucional que faculta, expresamente, a las Cámaras Legislativas para imponer sanciones disciplinarias a sus miembros y que implican suspensión de funciones que no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura.

El Senado, en 1980, y la Cámara de Diputados, en 1981, aprobaron sus respectivos Reglamentos y también el Reglamento del Congreso, conforme a la nueva Constitución. Me correspondió el honor de presidir la Comisión que elaboró el Reglamento del Senado.

El artículo 95º de la Constitución (o, según los demandantes, "documento") de 1993 repite que

El mandato legislativo es irrenunciable.

Las sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura.

El denominado Congreso Constituyente Democrático, adelantándose a eventuales resultados electorales adversos, aprobó el 23 de junio de 1995 el Reglamento del unicameral Congreso de la República, modificado el 6 de marzo de 1998 y vigente desde el 30 de mayo de ese año. En el artículo 23º-c de ese Reglamento se dispone que los Congresistas tienen el deber

De mantener una conducta personal ejemplar, de respeto mutuo y tolerancia, y observar las normas de cortesía de uso común y las de disciplina parlamentaria contenidas en este Reglamento.

Además, dentro del sistema de sanciones, por actos de indisciplina, que regula el artículo 24º del Reglamento, además de la amonestación escrita y reservada y de la amonestación pública, mediante Resolución del Congreso, publicada en el diario oficial El Peruano, se establece la suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de sus haberes desde tres hasta ciento veinte días de legislatura.

En la adición introducida en el artículo 24º se indica literalmente que

En la determinación precisa de la sanción, quienes deban proponerla actuarán con criterio de conciencia,

constituyendo precedente aplicable para casos análogos. La redacción de este párrafo parece deficiente, pues sólo se dispone que los que proponen la sanción actúen con criterio de conciencia. ¿Y los que aprueban la propuesta?

Las normas del Reglamento están complementadas con el Código de Ética Parlamentaria, aprobado por Resolución Legislativa Nº 021-2001-CR, de 20 de julio de 2001.

Es pertinente sugerir que el Congreso revise la nomenclatura de sus resoluciones, pues algunas se denominan "Resoluciones Legislativas", otras "Resoluciones Legislativas del Congreso" y otras más "Resoluciones del Congreso"; siendo todas ellas del mismo rango.

Los casos de reemplazo por el accesitario están previstos por el artículo 25º y se refieren (1) a muerte; (2) a enfermedad que lo inhabilite en forma permanente; (3) o cumpla sentencia por delito doloso; (4) o sea inhabilitado o destituido por el Congreso en aplicación del artículo 100º de la Constitución.

Cuando el Congreso debatió el proyecto de ley que, violando el orden constitucional, pretendía –usando una mayoría hechiza y sumisa- habilitar a quien ejercía la Presidencia de la República para postular a un tercer período presidencial consecutivo; y no obstante las razones claras y contundentes expuestas por todos los sectores de la oposición, dentro y fuera del Parlamento, en gesto cívico arrojaré un ejemplar de la Constitución escarnecida y ultrajada. Esa mayoría, en actitud prepotente, propuso que el autor de este voto fuera suspendido como Congresista de la Nación, no por lo dicho sino por lo hecho.

En sesión del Congreso, de 17 de octubre de 1996, debí pronunciar el siguiente discurso:

Señora Presidenta: Primero, debo agradecer la gentileza que ha tenido la congresista Aurora Torrejón al referirse a algunos aspectos de mi vida; contrasta sus palabras con la proposición que hace para que sea suspendido durante noventa días de legislatura. De manera que esta suspensión debe ir hasta poco más o menos el 5 de abril del próximo año.

Igualmente, agradezco la clase magistral sobre derecho constitucional que me acaba de dar el congresista Ezquerra. Ha leído el artículo 38º de la Constitución para que yo no me olvide de lo que señala. Pero yo debo decirle a mi "maestro", por intermedio de la Presidencia, que ese precepto está dentro del Título Primero que se refiere a los derechos de la persona. En este momento estamos tratando aspectos distintos, referidos a los derechos y deberes de los Congresistas, para lo cual me permito sugerirle que se siga esforzando, durante este fin de semana, para continuar leyendo la Carta Magna y me pueda dar otra "clase magistral" sobre esta materia cuando yo retorne al Congreso.

Debo decir también, señora Presidenta, que agradezco la gentileza que han tenido diversos oradores que inmerecidamente me atribuyen cualidades que no poseo. Asimismo, agradezco a los integrantes de los diversos grupos de oposición que han tenido la generosidad de hacerme llegar una nota en la cual se hacen solidarios con mis palabras y con mi actitud del jueves 10 de este mes.

Quienes sabemos algo de Derecho -en este aspecto no he recibido aún ninguna lección del congresista Ezquerra- sabemos que las obligaciones y actitudes solidarias implican que hay una identificación total y plena con quien es favorecido con esa solidaridad igualmente gentil de los integrantes de los distintos grupos de la minoría de este Congreso.

Espero que la congresista Torrejón, que debe consultar a alguno de sus asesores o colegas, amplíe la moción que ha presentado para que se comprenda en ella a todos los Congresistas de la minoría que son solidarios con mis palabras y con mi gesto del pasado jueves 10, porque la Constitución establece que no puede haber diferencia por razón de las personas. Además, hay un principio jurídico, según el cual donde hay la misma razón, hay el mismo derecho. No puede, pues, haber discriminación alguna.

Me admiro de los distinguidos miembros de la mayoría que han hecho reiterados elogios a la Constitución y al juramento, que conlleva la asunción del cargo de Congresista y de cualquier otra función pública.

El juramento, efectivamente, fue tratado por las diversas Constituciones: el Perú ha tenido doce en su vida republicana. Tengo en mi poder un libro que se llama El Círculo Vicioso, del cual soy autor, y me voy a permitir leer la página 189: ¿Cómo se prestaba juramento en la Constitución de 1823?, anterior a la Constitución Vitalicia de 1826 a la que se refirió el doctor Alfonso Baella Tuesta.

El artículo 52º obligaba a prestar juramento de esta forma: "¿Jurais a Dios defender la religión católica, apostólica, romana, sin admitir el ejercicio de otra alguna en la República?".

El Congresista, Diputado o Senador decía: "Sí, juro".
Continuaba: "¿Jurais guardar y hacer guardar la Constitución Política de la República peruana, sancionada por el Congreso Constituyente?".

El Congresista, Diputado o Senador, contestaba: "Sí, juro".

Seguía: "¿Jurais haberos bien y fielmente en el cargo que la Nación os ha confiado, mirando en todo por el pro comunal de la misma Nación?".

Respondía: "Sí, juro".

¿Y quién tomaba el juramento? El Presidente de la Cámara, quien decía finalmente:

"Si así lo hicierais, Dios los premie; y sino, os lo demande".

Las diversas Constituciones tuvieron más o menos fórmulas semejantes sacramentales.

La actual es la primera Constitución en la República que no contiene norma alguna sobre el juramento;

sin embargo, el Reglamento del Congreso sí tiene una referencia al juramento o a la promesa que debe hacer el Congresista al asumir el cargo.

En lo que a mí respecta, se me tomó el juramento respectivo, y efectivamente expresé que juraba cumplir.

La Presidenta preguntó: "¿Jura usted por Dios y por la patria cumplir fielmente sus deberes, obrar en todo conforme a las normas constitucionales y legales vigentes, y guardar secreto en la materia que se trate en las sesiones de ese género?".

Contesté: "Sí, juro".

La Presidenta agregó: "Si así lo hace, Dios y la patria los premien; sino, Él y la Nación se lo demanden".

Se ha dicho que he faltado al juramento. Me voy a referir a eso luego, pero antes quiero decir que también presté juramento el 28 de julio de 1990 como Senador de la República, y ese mismo día prestó juramento en este Hemiciclo quien había sido elegido, por el voto del pueblo, presidente de la República, el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

Sin embargo, el ingeniero Fujimori Fujimori, el 5 de abril de 1992, reunió en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas a los altos mandos militares y, en contubernio con ellos, decidió romper el orden jurídico de la Nación; y el 7 de abril de ese año dictó el Decreto Ley N° 25418, en cuyo artículo 4° se dispone: "Disuélvase el Congreso de la República hasta la aprobación de una nueva estructura orgánica del Poder Legislativo, como consecuencia de la modificación de la Constitución Política, a la que se contrae el artículo 2° del presente Decreto Ley."

Asimismo, el artículo 5° de la misma norma señalaba: "El Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros por mayoría absoluta de sus miembros ejercerá las funciones que corresponden al Poder Legislativo, a través de Decretos Leyes".

Posteriormente, se dictaron otros decretos leyes a consecuencia de los cuales fue disuelto el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Poder Judicial, el Ministerio Público y los gobiernos regionales; solamente se salvaron los gobiernos municipales.

En consecuencia, fue Fujimori quien violó la Constitución y aquí, con artilugios, hay quienes están interpretando el artículo 112° de la actual Carta Política, para que diga que no son dos períodos sino tres los que le corresponden a quien usurpó la República.

No quiero hacer referencia a otras cosas puntuales porque el tiempo va transcurriendo, pero sí quiero decir que estamos viviendo una situación ilegítima a partir del 5 de abril de 1992. Ese Congreso Constituyente Democrático del cual muchos se ufanan, fue elegido mediante actas electorales fraudulentas. Muchos seguramente las recuerdan: tenían dos piezas, en una se firmaba y en la otra nadie firmaba ni rubricaba. Solamente se colocaban alegremente supuestos resultados; es decir, se falsificó una representación mayoritaria para elaborar la actual Constitución. Esa Carta Magna —que dicho sea de paso tiene una multitud de errores— fue objeto del proceso de referéndum del 31 de octubre de 1993, en el cual el propio ingeniero Fujimori, violando las normas del Decreto Ley N° 14250 aplicables a ese evento, juntamente con el Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y su numerosa comitiva de civiles, militares y policías, se paseó por todo el país para coaccionar a los electores, cuyas dos terceras partes estaban bajo el estado de emergencia debido a la acción subversiva.

En conclusión, sólo el treinta y ocho por ciento de los votantes aprobaron la Constitución.

En alguna ocasión hice referencia a la diferencia que existe entre ese referéndum y el llevado a cabo mediante el cual se aprobó la Constitución española, que fue por más de catorce millones de votos contra menos de un millón y medio. Ahí sí hubo una clara y transparente emisión de la bondad del pueblo. Lo que ocurrió el 9 de abril lo conocemos todos, y muchos saben las razones por las cuales están presentes en este Hemiciclo. Aparentemente, sólo nueve millones de ciudadanos concurrieron a votar, donde los sesenta y siete integrantes de Cambio 90-Nueva Mayoría apenas recibieron dos millones doscientos setenta mil votos; es decir, el veinticinco por ciento de quienes votaron en ese acto comicial y el dieciocho por ciento del universo electoral. De manera que la mayoría tiene que ser un poco más humilde y actuar con menos soberbia; no debe ser tan arbitraria, abusiva y prepotente. Ya han dictado varias leyes que infringen la Constitución, como aquella que restringe el derecho que corresponde ejercer directamente a los ciudadanos, mediante referéndum, en las decisiones trascendentes para la República.

Igualmente, han violado la Constitución al interpretar el artículo 112°, en el sentido de que establece que no son dos períodos consecutivos sino uno más adicional. Aquí un distinguido Congresista —a quien le tengo un aprecio personal— habló de que en el Perú era mejor que se implantara una monarquía constitucional en vez de una república constitucional. Sería más apropiado, según él, que quede la monarquía y se suprima lo constitucional. Esto no es evidentemente lo que quisieron los precursores de la República, los padres de la patria; ¡eso no es lo que anhela el pueblo peruano!

Se ha dicho que el acto que yo tuve hace una semana de arrojar un ejemplar de la Constitución —ya viejo y prácticamente deshojado— al suelo de este Hemiciclo, fue una acción violatoria porque es un símbolo de la patria. Según ese peregrino criterio, significaría que hemos tenido doce símbolos de la patria porque son doce Constituciones las que el Perú ha tenido hasta ahora, aparte de numerosos estatutos provisorios. ¿Eso qué implica, señora Presidenta? Que no se ha leído el artículo 49° de la Constitución, el cual señala —y le ruego al "maestro" de Derecho, señor Ezquerra, que lea la parte final del articulado— que los símbolos de la patria son la bandera, el escudo y el himno nacional. La Constitución

no es un símbolo. Es símbolo patrio el escudo nacional, impreso en los billetes, en los intis devaluados... Sí, señorita Mellado, tienen muy poco valor como moneda; como signo monetario ya están inclusive fuera del curso legal, pero en cada billete no solamente está la efigie de Andrés Avelino Cáceres, uno de los héroes de la guerra con Chile, sino también el escudo de la patria, que es símbolo de la Nación.

Aquí está otro billete en el que aparece José Gabriel Condorcanqui, precursor de la independencia y, además, aparece igualmente el escudo nacional. También tengo otro billete con la efigie del mariscal Ramón Castilla y el escudo nacional. Igualmente, hay otro billete donde aparece el patricio don Nicolás de Piérola, quien fue uno de los hombres más preclaros que el Perú ha tenido a fines del siglo pasado. Asimismo, hay otro donde está Ricardo Palma. Finalmente, tengo en mi poder otro billete en que está la efigie de Miguel Grau, a quien en la sesión pasada algunos Congresistas se refirieron.

¡Todos esos billetes fueron arrojados el 28 de julio, en este Hemiciclo, por Alberto Fujimori Fujimori, y nadie protestó!

Debo decir, señora Presidenta, que si el 8 de octubre es día feriado en homenaje a Miguel Grau, el más grande héroe que el Perú ha tenido, es porque yo propuse en el Senado que fuera declarado como tal y, para ese efecto, se aprobó la Ley Nº 23222. Estos hechos, parece que algunos no los conocen; sin embargo, nos quieren dar lecciones de Historia y de Derecho.

Por otro lado, señora Presidenta, la insurgencia es un derecho que ha sido recortado en la actual Constitución. Los civiles tenemos el derecho a la insurgencia. Podemos, pues, ejercer nuestro derecho de insurgencia cuando se violen la Constitución y el orden jurídico, aunque estemos inermes. No se permite, siquiera, un gesto como el que tuve la semana pasada. Esto es totalmente inadmisible.

Creo que debemos respetar la Constitución, aunque esta haya sido numerosas veces mancillada, no por la minoría sino por la mayoría de este Congreso. En mi escaño tengo la guía telefónica de 1994, en la que está impresa la Constitución Política del Perú. Se la envío a través de un señor conserje para que disponga usted sea empastada y colocada en la biblioteca del Congreso.

En cuanto al Reglamento del Congreso, las disposiciones pertinentes leídas en la sesión de la mañana han sido comentadas en esa sesión y en la que estamos. Es, pues, a la Mesa Directiva a quien le corresponde plantear cualquier sanción por alguna infracción disciplinaria, quedando claro que ningún otro Congresista tiene esa potestad, por más distinguido que sea.

Quiero dejar claro que las únicas faltas disciplinarias están establecidas en el Reglamento. Entonces, ¿cuál es la infracción que yo he cometido? La señorita Mellado se refirió al artículo 23º del Reglamento, que señala los deberes que tienen los Congresistas, y leyó dos de sus incisos. Me voy a referir a ellos. El inciso b) dice lo siguiente: "De cumplir y hacer cumplir la Constitución Política y las leyes del Perú, así como respetar el presente Reglamento del Congreso". Yo he respetado y respeto la Constitución Política del Perú; no la he violado, no he tratado de que se incumpla ni que se cometa ningún acto como aquel a que ha hecho referencia el congresista Ezquerra, dentro de su ilustrado e hispánico lenguaje. El inciso c) indica lo siguiente: "De mantener una conducta personal ejemplar, de respeto mutuo y tolerancia, y observar las normas de cortesía de uso común y las de disciplina parlamentaria contenidas en este Reglamento". En todo caso, aquí se está haciendo referencia a un gesto que tuve, que sería una conducta funcional, mas no ejemplar para la mayoría, porque ésta prefiere violar la Constitución. Personalmente, mi conducta es ejemplar.

Quisiera que no se haga más elogios de los que he recibido inmerecidamente de congresistas tan gentiles como Alfonso Baella y Alejandro Santa María, de los distinguidos representantes Róger Guerra-García y Ernesto Gamarra, de mi correligionario Arturo Castillo, quien hizo una brillante gestión como alcalde de Chiclayo. Cómo no agradecer –y me olvidaba- de las amables expresiones de los doctores Alfonso Grados Bertorini y Ántero Flores-Araoz. Y perdónenme si se me escapa algún nombre.

Ocuparse de intimidar a los opositores al régimen es una actitud de bochorno para el Congreso, cuando el pueblo espera algo más de un Parlamento que, si bien es cierto no tiene origen representativo, debe hacer un esfuerzo para resolver los problemas del país; pero esto se esquiva y no se realiza.

Si nos concretamos a citar casos concretos, debo recordar que el proyecto sobre el Código Procesal Penal, por ejemplo, está durmiendo el sueño de los justos. Fue aprobado en este Congreso, pero lo devolvió el Presidente de la República con observaciones, las cuales ya están resueltas. Sin embargo, el ochenta por ciento de los reclusos están sin sentencia y se encuentran privados de su libertad. Algunos pueden ser inocentes, otros no. Hay muchas iniciativas que el Parlamento podría abordar, pero la mayoría oficial prefiere que este tema incidental se convierta en un problema capital. No perdamos el tiempo en esto que no tiene ninguna trascendencia. Se dice que los niños van a tener un mal ejemplo. Naturalmente que tienen un mal ejemplo, porque la Constitución se viola a cada rato y no porque se haya tirado al suelo. Dicho sea de paso, ¿dónde está el ejemplar que se colocó en el escaño de Grau?

Alguien ha tenido la gentileza de retornar el ejemplar a mi escaño y ahora resulta que tengo dos ejemplares de la Constitución, que naturalmente no voy a tirarlos al suelo, porque los necesito. Como abogado y Congresista necesito usar esto. Tal vez saque una fotocopia completa de un ejemplar de la Carta Magna para enviársela al novísimo "maestro" de Derecho, el doctor Ezquerra Cáceres, a fin de que complete sus estudios en esta materia.

La mayoría puede adoptar las decisiones que considere pertinentes, pero debo manifestar que estarán infringiendo la Constitución, porque no es mediante una moción de orden del día que se puede sancionar a un Congresista, tiene que ser la Mesa Directiva la que haga la proposición correspondiente. No lo ha hecho. La obligación del Congreso es cumplir la Constitución y el Reglamento del Congreso, que es ley de la República. Se estaría infringiendo —reitero— una vez más la Carta Magna si es que se aprueba esta moción presentada por la señora Aurora Torrejón.

Cualquiera que sea la decisión yo voy a seguir combatiendo. Estoy comprometido con el país. No tengo canas porque simplemente ha transcurrido el tiempo. Yo he luchado por la democracia. Tal vez desde que tenía 6 o 7 años ya estaba interviniendo en política. Recuerdo, por ejemplo, que en 1936, cuando fue anulado el proceso electoral de aquel año en que fue elegido Luis Antonio Eguiguren, por el pueblo, presidente de la República, llevé un millar de propaganda política a mi centro escolar para repartirla entre mis compañeros de primer año de primaria. Desde esa edad ya hacía —reitero— propaganda política.

En Trujillo, en 1945, también hice campaña política en favor del doctor Bustamante y Rivero.

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos fui abierto opositor a la dictadura de Odría y recorrí todas las prisiones de Lima, incluyendo la del Frontón.

Yo no he venido por mi carambola a este Congreso. Yo he venido porque soy luchador, porque he defendido y defiendo a mi pueblo.

En 1974, como lo recordó Alejandro Santa María, fui objeto de una deportación. Me quisieron embarcar rumbo a Buenos Aires en un avión, pero yo me resistí y tuvieron que bajarme del avión y deportarme, vía terrestre, hasta La Paz. Retorné a Lima, pero me volvieron a detener y nuevamente me deportaron, vía terrestre, porque no podían hacerlo por vía aérea. Pero, a los cuarenta y cinco días, otra vez me introduje en el territorio de mi patria para continuar bregando en contra de las dictaduras a las cuales estuvieron vinculados algunos miembros de la mayoría. A esa dictadura que estatizaba las empresas privadas, mientras que el actual régimen privatiza las empresas públicas. Esos son los cambios que hay, probablemente ideológicos o pragmáticos, en quienes forman el entorno del ingeniero Fujimori.

Yo tengo principios que defiendo y que no vendo, los cuales me han permitido tener un lugar en la historia del Perú, un lugar muy modesto por supuesto, por lo que estoy en paz con mi conciencia. Si ustedes consideran que me deben suspender noventa días, háganlo, será la decisión de una mayoría que no representa la opinión pública del país, ya que han visto los resultados de algunas encuestas hechas por los medios de comunicación, las cuales no son precisamente favorables para quienes ahora son mayoría en este Hemiciclo.

La historia es aleccionadora; el poder es efímero. Los que ahora están ejerciendo en forma prepotente y arbitraria el manejo de este Congreso, muy pronto serán minoría. El penúltimo golpe de Estado de este siglo en el Perú fue el 5 de abril de 1992, y el año 2000 habrá otro gobierno en el Perú. Por ello, invoco a los señores Congresistas de la mayoría a que no sean soberbios, a que no sean prepotentes, a que no abusen de un poder transitorio. Sean humildes y, sobre todo, piensen en el dolor que tienen los peruanos con escasos recursos. Las informaciones oficiales establecen que hay cinco millones cuatrocientos mil peruanos en estado de extrema pobreza, consecuencia en parte del gobierno de seis años del ingeniero Fujimori. De manera que no se pinten en Hamburgo figuritas distintas a las que vive el país, diciendo que se va a crear el Ministerio de la Mujer para otorgarle a este sector toda clase de posibilidades.

Asimismo, que se rebaje a doscientas o trescientas mil firmas el requerimiento para inscribir a los partidos políticos ante el Jurado Nacional de Elecciones, porque algunos creen que hay que dividir para reinar. Yo tengo un nombre limpio. Tengo antepasados que también lucharon modestamente en los pueblos de la serranía. Por ejemplo, mi bisabuelo fue el que fundó revolucionariamente la provincia de Contumazá; mi abuelo hace un siglo dejaba de ser Diputado por la provincia de Contumazá; mi padre fue elegido en 1931 y 1936 representante por Cajamarca, siendo arbitrariamente anuladas ambas elecciones; en 1945 estuvo en el Senado de la República, pero tuvo que dejarlo tras el golpe de octubre del año 1948.

Entonces, yo tengo que seguir el rumbo de mis antecesores defendiendo los intereses de la patria y dejar un nombre para quienes en mi familia quieran seguir mis huellas.

Debo agradecer la gentileza que han tenido hacia mi persona diversos oradores, no solamente de los grupos de la minoría, sino también en algunos casos algunos miembros de la mayoría.

Sin embargo, lamento que haya expresiones que demuestren que se hacen protestas de grandeza de espíritu, pero que no se las acredita en la práctica.

La mayoría es la que tiene que dar muestras de humildad. La mayoría no debe ser prepotente ni abusiva. Sin embargo, creo que tiene el derecho de adoptar la decisión que estime conveniente, pero no quiero estar presente en ese acto. Por lo tanto, me disculpo con mi amigo Alfonso Grados, ya que no voy a poder escuchar su discurso.

Pido la venia de la Presidencia para retirarme.

La mayoría aprobó la moción de suspenderme como Congresista durante treinta días. Sin ninguna exclusión, todos los Congresistas de los diversos grupos de minoría, luego de un largo debate, votaron contra esa moción.

La mayoría convirtió la moción en Resolución del Congreso.

En el período 1995-2000 fueron, igualmente, suspendidos los congresistas Javier Diez-Canseco y Fernando Olivera Vega. Tal vez alguno más.

Las suspensiones no fueron por expresiones difamatorias contra otros Congresistas, ni tampoco contra terceros.

La cuestionable legitimidad de los poderes del Estado

La demanda emplaza al Tribunal a pronunciarse sobre materias conexas a las normas reglamentarias impugnadas. Tal hecho me parece debe motivar una breve reflexión adicional sobre la formación de la República. La primera convocatoria a la ciudadanía para elegir un Congreso Constituyente fue hecha por el generalísimo San Martín, por decreto de 27 de diciembre de 1821. Debían ser elegidos 79 Diputados representantes y 38 suplentes, en proporción a la población censada en 1795; y, en consecuencia, correspondía elegir 15 a Trujillo, 14 a Cuzco, 9 a Arequipa, 8 a Lima y a Huaylas, 6 a Puno y Tarma, 3 a Huancavelica, 2 a la Costa (Santa y Chancay) y 1 a Quijos y Maynas. La elección de tales Diputados se hizo por los ciudadanos nativos de esas circunscripciones, residentes en Lima.

La legitimidad de la elección de los Diputados del Congreso Constituyente de 1822 fue severamente cuestionada. En el caso del representante de Huancavelica Manuel Antonio Colmenares, por ejemplo, éste reunió a "unos cuantos indios" cuya ocupación era la de cargar en la puerta del mercado, y con 8 o 9 votos llegó al Congreso. Así lo refiere Basadre ("Historia de la República del Perú", Editorial Universitaria, tomo I, pag. 4).

Las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, de 17 de diciembre de 1822, fueron aprobadas por ese Congreso, recogieron el anhelo del pueblo de constituirse en República Soberana.

En principio, el sistema democrático se sustenta en la igualdad de derechos políticos de todas las personas. Pero, desde inicios de la República, del derecho de sufragio estuvieron excluidas las mujeres, hasta la reforma constitucional acordada por la Ley Nº 12391 de 1954, y los analfabetos, hasta la Constitución de 1979, amén de otras limitaciones.

Los artículos 29º, 30º, 31º, 32º y 33º de la Constitución de Cádiz, de 1812, en cuya aprobación participaron Diputados peruanos, establecieron que debía existir proporción entre el número de habitantes y el número de Diputados a las Cortes. Ese criterio fue adoptado por nuestras primeras Constituciones republicanas.

El sistema constitucional y democrático de gobierno reposa en la separación de funciones o poderes. Así lo declaró el artículo 10 de las Bases de la Constitución Peruana, que aprobó el primer Congreso Constituyente del Perú, al expresar que

El principio más necesario para el establecimiento y conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes, que deben deslindarse, haciéndolas independientes unas de otras en cuanto sea dable.

El principio de separación de funciones fue, después, formalmente consagrado en las sucesivas Constituciones que el Perú ha tenido, algunas de breve vigencia (1826 y 1867), y casi todas violadas.

La Constitución de 1823 estableció cinco poderes: Electoral, Legislativo, Ejecutivo, Judiciario y Municipal. Las Cartas de 1826 y 1933 crearon cuatro poderes: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Las demás, sólo los tres clásicos poderes; pero, además, las dos últimas, diversos órganos constitucionales.

Dentro del sistema de elección indirecta, que prevaleció durante casi cuarenta años, se estableció que

El artículo 31º de la Constitución de 1823 determinó que la elección de los Diputados se haría por los Colegios Electorales y que estos se constituían y funcionaban en la forma prevenida por los artículos 32º a 50º, disponiendo este último que

Al día siguiente de la elección de Diputados procederán los mismos Colegios Electorales de provincia a la de Senadores; y al día siguiente de esta elección a la de Diputados departamentales, observando en todo las mismas formalidades que para el nombramiento de Diputados a Congreso.

La elección indirecta, por el "Cuerpo Electoral" fue reglada por los artículos 23º a 26º de la Constitución de 1826.

Asimismo, los artículos 12º, 25º y 86º de la Constitución de 1828, respectivamente, se refirieron a la elección de Diputados y Senadores y del Presidente y Vicepresidente de la República por los Colegios Electorales.

Los artículos 12º, 26º y 71º de la Constitución de 1834 mantuvieron la elección indirecta de los Diputados y Senadores y del Presidente y Vicepresidente de la República mediante el mecanismo de los Colegios Electorales.

En la Constitución de 1839 se declara que los Diputados (artículo 25º) serán elegidos por Colegios Electorales que designará la ley; que las calidades de los elegibles, el modo de organizar los Colegios Electorales y la forma de sus procedimientos los detallará la ley (artículo 27º); y que la elección del Presidente se hará por los Colegios Electorales (artículo 70º). No hubo previsión constitucional sobre la elección de los Senadores.

A partir de la Constitución de 1856 (artículo 37º) el sufragio popular fue directo. Pero la legitimidad de origen de los Poderes del Estado no fue clara durante más de cien años y en varios interregnos posteriores y recientes.

La legitimidad del gobierno tiene su fundamento en la libre y auténtica expresión de la voluntad popular, que en el Perú ha ocurrido en forma excepcional. Parece quijotesco exigir en nuestra República la celebración de elecciones transparentes. Incluso el marco dentro del cual se han dictado las leyes electorales –la Constitución- tuvo y tiene origen cuestionable. Pero hay que ser tercos, en esta materia.

La democracia es un sistema perfectible. Hay que hacer el máximo esfuerzo para alcanzarla y para que, en consecuencia, los funcionarios del Estado actúen al servicio de la población, buscando que el bienestar derivado el desarrollo económico no excluya a nadie.

Se puede repetir la enseñanza que imparte Enrique Álvarez Conde (Curso de Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, tomo II, pag. 90), quien sostiene que

Nuestra Constitución responde a los esquemas del gobierno representativo y, como tal, rechaza la técnica del mandato imperativo, cuyo origen hay que buscarlo en las Asambleas medievales, en las cuales únicamente se representaba a los electores y no a la totalidad de los ciudadanos... Ello, como es obvio, no quiere decir que el régimen representativo se mantenga en toda su pureza. En efecto, son suficientemente conocidas ya todas las prácticas parlamentarias, no exclusivas de nuestro país, que parecen introducir nuevas modalidades de mandato imperativo a través de los especiales lazos de unión que ligan a los parlamentarios con los partidos políticos...En cuanto a la pérdida de la condición de parlamentario, se hace preciso distinguir entre la suspensión de sus derechos y la pérdida de su condición. Respecto a la primera, las causas que la pueden producir son las siguientes: por la aplicación de las normas de disciplina parlamentaria, cuando se encuentre en situación de prisión preventiva una vez concedido el suplicatorio y sea firme el acto de procesamiento, y cuando así lo establezca una sentencia firme o el incumplimiento de ésta implique la imposibilidad de ejercer la función parlamentaria. Por lo que se refiere a la pérdida de la condición de parlamentario, ésta se produce por las siguientes causas: por resolución judicial que anule la elección o la proclamación de parlamentario, por fallecimiento o incapacitación declarada por resolución judicial, por extinción del mandato y por renuncia ante la Mesa de la Cámara respectiva...

La inviolabilidad parlamentaria. Se trata de una de las prerrogativas clásicas de los parlamentarios y una de las primeras conquistas del Parlamento frente a la autoridad de los Monarcas, apareciendo ya formulada en el Hill og Rights. Su origen, por tanto, es británico, donde recibe la denominación de "freedom of speech", pasando a Francis con el nombre de irresponsabilidad. Su función es proteger a los parlamentarios por las opiniones manifestadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones. En tal sentido, supone "una absoluta sustracción a toda acción penal por inexistencia de la antijuridicidad de hecho" (Manzella), no tratándose de una garantía personal sino real, ya que se protege la función parlamentaria en si misma considerada y no a la persona que eventualmente puede desempeñarla.

El problema fundamental que plantea esta prerrogativa parlamentaria es el de los límites inherentes a la misma, cuestión ésta difícil de precisar, y sobre la que existen diferentes posiciones doctrinales. En principio, creo que debe concebirse de forma amplia, siendo únicamente aceptable como límite material a la misma el caso de que suponga la comisión de un delito de injuria o calumnia. Es decir, la inviolabilidad lo abarca todo, salvo en el supuesto de que proceda la exención de inmunidad... (subrayado agregado).

La inmunidad parlamentaria. Se encuentra íntimamente relacionada con la inviolabilidad, ya que el origen histórico es paralelo al de ésta...En líneas generales, consiste en la imposibilidad de arresto y procesamiento de los parlamentarios a no ser que se produzcan determinados requisitos y bajo ciertas condiciones. Sin embargo, hoy día su aceptación como tal prerrogativa parlamentaria parece ponerse en tela de juicio, ya que se considera como un requisito histórico que ya cumplió sus funciones en épocas pasadas, y lo único que puede provocar son disfuncionalidades en el sistema de relaciones entre los diversos poderes del Estado...

Dentro del sistema democrático de gobierno las funciones están separadas en poderes u órganos constitucionales, sin que ninguno pueda ejercer las que corresponden a otro. Las funciones de legislar y de fiscalizar son esencialmente del Parlamento o Congreso; pero éste, por razones de urgencia o por carecer de los elementos técnicos que la legislación especializada requiere, puede delegar, sobre materias específicas y por plazo determinado, la función legislativa en el Poder Ejecutivo. Además, en muchos países, entre ellos el Perú, el Presidente de la República puede dictar decretos de urgencia, en asuntos económicos y financieros, cuando así lo requiera el interés de la Nación. En uno y en otro caso, debe dar cuenta al Congreso, que puede derogar o modificar los decretos legislativos y los de urgencia.

De modo expreso, el artículo 188° de la Constitución de 1979 incorporó en el Perú la atribución congresal de delegar facultades legislativas. Durante su vigencia fueron dictados el Código Civil de 1984, los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal de 1991 y Procesal Civil de 1992. La Ley N° 23230, de la que fui autor, permitió al Poder Ejecutivo dictar más de 200 decretos legislativos en 1981; y la Ley N° 25327 hizo posible que a fines de 1991 se expidieran alrededor de 100 decretos legislativos, entre ellos las Leyes Orgánicas de la Policía Nacional (745) y de la Fuerza Armada (752), cuyas disposiciones facilitaron el golpe del 5 de abril de 1992.

Sin embargo, nuestro accidentado recorrido republicano acredita que, en varias ocasiones, el Congreso delegó tales atribuciones al Poder Ejecutivo, siendo la más notable la ocurrida hace 70 años, el 14 de noviembre de 1936, cuando el Congreso extendió el "mandato" del general Óscar R. Benavides por tres años más y le otorgó facultades legislativas, mediante la Ley N° 8463. Los regímenes de facto que la República ha padecido, antes y después de esa fecha, han tenido como efecto que la legislación peruana esté nutrida con más decretos leyes que de leyes dictadas por el Parlamento.

La función indelegable del Congreso de la República es la que se refiere a la fiscalización; vale decir, al control político de todos los actos administrativos de los otros poderes y órganos constitucionales, excluyendo, naturalmente, los que son de naturaleza jurisdiccional.

Empero, la sumisión del Congreso, en muchas etapas del acontecer histórico, como v.g. el período 1950-56, hicieron ineficaz esa fiscalización.

Es el Congreso depositario de la voluntad popular, cuando ésta es expresada a través de elecciones auténticas y periódicas. En la vida republicana del Perú, el Congreso excepcionalmente ha sido ungido por el pueblo. Empero, no es ésta la oportunidad de hacer el recuento de los fraudes electorales producidos a partir de la Independencia, en 1821.

Debate de la reforma electoral

Este proceso de inconstitucionalidad, promovido por más de treinta congresistas de diversos partidos políticos, es oportunidad propicia para visualizar la realidad política del Perú y poner en la agenda del Congreso la posibilidad de hacer las reformas constitucionales y legales para hacer más transparente nuestro Estado de Derecho. Sin duda, en el último medio siglo se han hecho avances importantes, pero también retrocesos evidentes, en el camino hacia la consecución de una democracia política y social.

Entre los muchos esfuerzos para buscar claridad y verdad en las elecciones, debo destacar el proyecto de ley que presentó ante su Cámara 1958, el entonces Senador por Lima, Miguel Dammert Muelle, y que lamentablemente no fue discutido ni aprobado.

Se propuso, en tal proyecto, entre otras reformas legislativas: 1) el sistema de la representación proporcional, con el método del "cuociente electoral", para elegir Senadores y Diputados; 2) el uso de la "cédula única", distribuida hasta las mesas de sufragio por el Jurado Nacional de Elecciones; 3) jurados electorales imparciales; 4) la penalización severa de los delitos electorales.

La reforma electoral fue recogida en el Decreto Ley Nº 14250, de 5 de diciembre de 1962, elaborada por la comisión especial que presidió el vocal supremo doctor José Ignacio Tello Vélez.

La "representación proporcional" permite que, cuando son tres o más los cargos a elegir, sean electos los candidatos conforme al volumen de votos recibidos. Si, por ejemplo, la Lista A obtiene 100.000 votos; la Lista B 40.000, y la Lista C 20.000; en aplicación de la "representación proporcional", sea por el método de la "cifra repartidora" (que es el incorporado en nuestra legislación) o el del "cuociente electoral", corresponderá –siendo 7 los cargos- 4 a la Lista A, 2 a la Lista B y 1 a la Lista C.

Es evidente que el sistema de "representación proporcional" funciona más correctamente en la medida en que es mayor el número de cargos por elegir.

El inconveniente, aparente, de tal sistema es que fragmenta la representación y puede hacer infértil o de manejo difícil al Congreso. Sin embargo, permite el diálogo y los acuerdos entre los grupos políticos y destierra una eventual dictadura de la mayoría parlamentaria que no es, necesariamente, la mayoría de la opinión ciudadana.

Es, pues, necesario dotar al Congreso de legitimidad de origen.

No rompe la "representación proporcional" la presencia en el Congreso de los ex Presidentes Constitucionales de la República.
Esa presencia fue dispuesta por el artículo 155º de la Constitución de 1933 que estableció que

Al terminar su período constitucional, el Presidente de la República pasará a formar parte del Senado por un período.
Sin embargo, el ex presidente Manuel Prado Ugarteche terminó su período constitucional el 28 de julio de 1945; pero no se incorporó al Senado instalado en esa fecha y disuelto por el golpe de Estado del 27 de octubre de 1948.

El ex presidente José Luis Bustamante y Rivero, depuesto por ese golpe de Estado, solicitó su incorporación al Senado que inició su funcionamiento el 28 de julio de 1956, pues fue exiliado por el régimen militar presidido por el general Manuel A. Odría. El pedido se debatió en el Congreso, puesto que el período senatorial inmediatamente posterior se había iniciado –con elecciones fraudulentas- el 28 de julio de 1950.

El artículo 166º de la Constitución de 1979 declaró que
El Senado se elige por un período de cinco años. El número de Senadores elegidos es de sesenta. Además, son Senadores vitalicios los ex Presidentes Constitucionales de la República, a quienes no se considera para los efectos del artículo 169º. (subrayado agregado).

Esa norma constitucional permitió que se incorporaran, sucesivamente, al Senado los ex presidentes constitucionales José Luis Bustamante y Rivero, Fernando Belaunde Terry y Alan García Pérez, que participaron ocasionalmente en los debates de la Alta Cámara con intervenciones magistrales. La inasistencia a las sesiones no afectaba el quórum del Senado.

Si la reforma constitucional en debate se concretara en una nueva Carta, renovada total o parcialmente, debería estimarse la inclusión de una norma semejante a la del artículo 166º de la Constitución de 1979.

El debate de la reforma constitucional se reinició durante el período del gobierno transitorio del doctor Valentín Paniagua, entre noviembre de 2000 y julio de 2001, quien dictó el Decreto Supremo Nº 018-2001-JUS, que creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, con la finalidad de "dejar sentados los lineamientos para la reforma constitucional. Además, bajo el peso de la opinión pública, el Congreso aprobó la Ley Nº 27365 por la cual se retornó al texto original del aludido artículo 112º conforme al cual

El mandato presidencial es de cinco años. No hay reelección inmediata. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.

En el lapso 2001-2006 se avanzó mucho para la reforma constitucional, sobre la base de la Constitución de 1979, que fue producto del consenso entre los distintos actores

políticos, representados y no representados en la Asamblea Constituyente de 1978-79. Factores imponderables impidieron que el Congreso culminara su propósito. El debate, reiniciado en el segundo semestre de 2006, sólo alcanzará éxito si se logra la concordancia de disímiles grupos y subgrupos dentro y fuera del Congreso.

Pero la reforma no debe estar motivada por situaciones emocionales, por supuesto respetables. La nueva Constitución debe reforzar la institucionalidad democrática. Cada órgano constitucional ha de cumplir, plena y exclusivamente, sus atribuciones, y bajo responsabilidad.

La historia peruana está ahíta de gobiernos usurpadores, proclives al abuso y a la corrupción. Las sanciones para los agentes de delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional deben ser severísimas, económicas, privativas de libertad y con inhabilitación perpetua para el ejercicio de la función pública.

Historia de la representación de la población

El artículo 8 de las Bases de la Constitución Peruana dispuso que la representación tendrá por base la población.

En la Constitución de 1823

- por cada 12.000 "almas" o fracción superior a 6.000 se elegía un representante (artículos 41° y 42°)), y
- la provincia que no tuviese 12.000 "almas", pero más de la mitad, elegía un representante (artículo 42°).

En la Constitución de 1826

El artículo 22° declaró que una ley especial detallará el reglamento de elecciones y el artículo 27° dispuso que el Poder Legislativo fuera integrado por tres Cámaras: Tribunos, Senadores y Censores, con sus correspondientes atribuciones.

En la Constitución de 1828

- por cada 20.000 habitantes o fracción superior a 10.000, se elegía un Diputado (artículo 15°);
- la provincia cuya población fuera inferior a 10.000 habitantes elegía un Diputado (artículo 16°)

En la Constitución de 1834

- por cada 24.000 habitantes, o fracción superior de 12.000, se elegía un Diputado (artículo 15°);
- la provincia cuya población fuera menor de 12.000 habitantes elegía un Diputado (artículo 16°).

En la Constitución de 1839

- por cada 30.000 almas o fracción que pasara de 15.000, se elegía un Diputado (artículo 28°);
- la provincia cuya población fuera menor de 15.000 elegía un Diputado.

En la Constitución de 1856

El sufragio popular fue directo (artículo 37°).

- por cada 25.000 habitantes o fracción que pasara de 15.000, se elegía un Diputado y por toda provincia, aunque tuviera menos de 15.000 habitantes se elegía un Representante y un Suplente (artículo 45°).

En la Constitución de 1860

- por cada 30.000 habitantes o por cada fracción que pasara de 15.000, y por cada provincia, aunque se población no llegue a ese número, se elegía un Diputado; por ley se fijaría el número de Diputados que correspondiera a cada provincia (artículo 46°).

En la Constitución de 1867

- la elección de representantes se haría conforme a ley (artículo 46°);
- en todas las provincias se elegiría un representante propietario por cada 25.000 habitantes y otros por fracciones que pasaran de 15.000 (artículo 47°).

En la Constitución de 1920

- el Poder Legislativo constaba de un Senado compuesto de 35 Senadores y de una Cámara de Diputados compuesta de 110. El número de unos y otros no podía alterarse sino mediante reforma constitucional. Una ley orgánica debía designar las circunscripciones departamentales y provinciales y el número de Senadores y Diputados que les correspondía elegir (artículo 72°).

En la Constitución de 1933

- los Diputados y Senadores se elegían en la forma y por las circunscripciones electorales que determinara la ley (artículo 90°).

En la Constitución de 1979

- los 60 Senadores serían elegidos por Regiones, de conformidad con la ley (artículo 165°);
- los 180 Diputados serían elegidos de acuerdo con la densidad electoral; y toda circunscripción tenía por lo menos un Diputado;
- en el proceso electoral 1979-80, la elección del Senado se hizo en Distrito Nacional (Cuarta Disposición Final y Transitoria);
- en el mismo proceso electoral 1979-80, la elección de Diputados se hizo conforme a la Quinta Disposición Final y Transitoria.

En la Constitución de 1993

- el Poder legislativo es unicameral, con 120 miembros, elegidos conforme a ley (artículo 90°)

El universo electoral y su expresión en el Congreso

En la teoría de nuestro constitucionalismo debía, pues, existir proporción entre el número de habitantes y el número de representantes. Cuando el sufragio fue virtualmente un privilegio de los ciudadanos varones (mayores de 21 años, y en algún caso de 25) que supieran leer y escribir y que fueran propietarios de bienes raíces, contribuyentes y con oficio o profesión conocidos, la relación población-representación se explicaba.

A partir de la Constitución de 1979, el universo electoral fue ampliado a fin de que pudiera ser ejercido el sufragio por los analfabetos; y, por consiguiente, la frase "densidad electoral", que usa el artículo 167°, como referente para determinar el número de Diputados de las diversas circunscripciones, tiene también plena justificación.

Empero, la reducción del número de Congresistas a 120, cuando la población bordea los 30 millones y el universo electoral es de más de 16 millones, no resulta lógica.

Es la menor representación congresal en la historia republicana, conforme aparece del siguiente análisis:

a) En cuanto a Congresos o Convenciones Constituyentes la representación fue:
En el Congreso de 1823, 73 representantes, más 37 suplentes y 12 extranjeros.
En el Congreso de 1825, 57 representantes.
En el Congreso de 1826, 65 representantes.
En el Congreso de 1827-28, 87 representantes (y 25 suplentes).
En la Convención Nacional de 1833-34, 90 representantes (y 6 suplentes).
En el Congreso de 1839 (Huancayo), 69 representantes.
En la Convención Nacional de 1855, 85 representantes (y 64 suplentes).
En el Congreso Constituyente de 1860, 120 representantes y (4 suplentes).
En el Congreso Constituyente de 1867, 94 representantes y (39 suplentes).
En la Asamblea Nacional de Ayacucho de 1881, 84 representantes y (79 suplentes).
En la Asamblea de Montán (Cajamarca) de 1883, 34 representantes.
En la Asamblea Constituyente de 1884, 105 representantes y (101 suplentes).
En el Congreso Constituyente de 1931, 144 representantes.
En la Asamblea Constituyente de 1978-79, 100 representantes.
En el Congreso Constituyente Democrático de 1992, 80 representantes

b) En cuanto a la Cámara de Diputados:

Entre 1829 y 1860, de 70 a 87 Diputados (y 49 suplentes).
En 1862-65, 112 Diputados (y 24 suplentes).
En 1868-70, 98 Diputados (y 66 suplentes).
En 1872-76, 137 Diputados (y 102 suplentes).
En 1976-78, 114 Diputados (y 108 suplentes).
En 1879-81, 92 Diputados (y 87 suplentes).
En 1886-89, 107 Diputados y 108 suplentes.
En 1889-91, 107 Diputados (y 105 suplentes).
En 1892-94, 176 Diputados (y 143 suplentes).
En 1895-1900, 153 Diputados.
En 1901-06, 162 Diputados (y 161 suplentes).
En 1907-12, 153 Diputados (y 166 suplentes).
En 1913-18, 169 Diputados.
Entre 1919 y 1945, de 112 a 124 Diputados.
Entre 1945 y 1992, de 147 a 180 Diputados, salvo 1956-62 con 182.

c) En lo que concierne al Senado:

Entre 1829 y 1853, de 20 a 24 Senadores y hasta 14 suplentes.
En 1858-59, 50 Senadores.
Entre 1860 y 1890, de 35 a 45 Senadores.
En 1891, 51 Senadores y 47 suplentes.
En 1892, 50 Senadores y 46 suplentes.
Entre 1893 y 1903, de 47 a 48 Senadores y 45 suplentes
Entre 1904 y 1915, de 50 a 47 Senadores y 44 suplentes.
En 1916, 50 Senadores y 45 suplentes.
En 1917, 44 Senadores y 38 suplentes.
En 1918, 42 Senadores y 34 suplentes.
En 1919, 32 Senadores.
En 1920-30, 30 Senadores.
En 1936-45, 47 Senadores
En 1945-48, 46 Senadores
En 1950-56, 42 Senadores
En 1956-62, 53 Senadores
En 1963-68, 45 Senadores
En 1980-90, 61 Senadores (incluso uno vitalicio)
En 1990-92, 62 Senadores (incluso dos vitalicios)

En los interregnos, el Congreso fue clausurado o disuelto por actos de fuerza.

Los Senadores y Diputados fueron elegidos por departamentos y provincias, hasta 1945. Esa elección fue por departamentos en 1950, 1956 y 1963; y por departamentos y en distrito único, respectivamente, en 1980, 1985 y 1990. A partir de 1995 se elige el Congreso unicameral por departamentos.

La representación congresal, además, no obedeció a un criterio técnico. No se cumplió el binomio población/representación.

Al margen de los fraudes electorales, examinemos –a modo de ejemplo- tres etapas republicanas, para analizar la relación entre la población y la representación.

En 1876
Población: 2'704.908 de habitantes

Representación: 137 Diputados y 41 Senadores. Total: 178 Congresistas. Por lo tanto, por cada 23.000 habitantes hubo un representante.

En 1940
Población: 7'023.111 habitantes.

Representación: 124 Diputados y 47 Senadores. Total: 171 Congresistas. En consecuencia, por cada 40.000 habitantes se eligió un representante.

En 1964
Población: 10'420.357 habitantes

Representación: 145 Diputados y 45 Senadores. Total: 190 Congresistas. Por consiguiente, se eligió un representante por cada 54.000 habitantes.

En 2005
Población: 27'219.264 habitantes.

Representación: 120 Congresistas. Por lo tanto, por cada 224.000 habitantes hay un representante.

El artículo 21° de la Ley N° 26859, de 29 de setiembre de 1997, dispone que la elección de los Congresistas se haría en Distrito Electoral Único; y, por lo tanto, el voto de cada elector tenía el mismo valor. Empero, esa norma fue modificada por la Ley N° 27387, de 29 de diciembre de 2000, conforme a la que

Los Congresistas de la República son elegidos mediante sufragio directo, secreto y obligatorio.

La elección de los Congresistas a que se refiere el artículo 90° de la Constitución Política del Perú, se

realiza mediante el sistema del Distrito Electoral Múltiple aplicando el método de la cifra repartidora, con doble voto preferencial opcional, excepto en los distritos electorales donde se elige menos de dos Congresistas. En cuyo caso hay un solo voto preferencial opcional.

Para efectos del párrafo precedente, el territorio de la República se divide en veinticinco distritos electorales, uno por cada departamento y la Provincia Constitucional del Callao. Los electores residentes en el extranjero son considerados dentro del Distrito Electoral de Lima.

El Jurado Nacional de Elecciones asigna a cada distrito electoral un escaño, distribuyendo los demás escaños en forma proporcional al número de electores que existe en cada distrito."

El Jurado Nacional de Elecciones, después de que se expidiera el Decreto Supremo que convocó a elecciones generales el domingo 9 de abril de 2005, dictó la siguiente

Resolución N.º 303-2005-JNE

Lima, 10 de octubre de 2005

CONSIDERANDO:

Que el día domingo 9 de abril de 2006 se llevará a cabo las elecciones generales para la elección de Presidente, Vicepresidentes y 120 Congresistas de la República, según lo establecen los artículos 16º y 20º de la Ley Orgánica de Elecciones Nº 26859;

Que la elección de congresistas se realiza mediante el sistema del distrito electoral múltiple, dividiéndose el territorio de la República en 25 distritos electorales;

Que, de conformidad con el articulo 21º de la Ley Orgánica de Elecciones Nº 26859, corresponde a cada uno de los 25 distritos electorales un escaño, siendo de competencia del Jurado Nacional de Elecciones la distribución de los 95 escaños restantes en forma proporcional al numero de electores que existe en cada distrito, considerándose a los electores residentes en el extranjero dentro del distrito electoral de Lima; y,

Que, por Oficio Nº 252-2005-JEF/RENIEC del 2 de agosto de 2005 el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil remitió la información correspondiente a las inscripciones agregadas, modificarlas y excluidas del Padrón Electoral correspondientes al periodo Mayo-Julio del año en curso, información con la que se ha efectuado la actualización del padrón electoral, habiendo arrojado 15 923 358 electores hábiles, lo que dividido entre los 95 escaños a distribuir determina como cuociente 167 614.29;

Que a partir del 11 de octubre próximo los partidos políticos deberán realizar elecciones internas, para designar a sus candidatos a cargos de elección popular, entre estos, al Parlamento Nacional, de conformidad con el articulo 22º de la Ley de Partidos Políticos Nº 28094. Modificado por Ley Nº 28581;

El Jurado Nacional de Elecciones en uso de sus atribuciones:

RESUELVE:

Articulo Primero.- Establecer el numero de escaños que corresponde a cada uno de los distritos electorales para las elecciones generales del año 2006, de la siguiente manera:

Distrito Electoral	Distrito Electoral	Electores Hábiles	Proporcional	Directa	total
1	Amazonas	167 919	1	1	2
2	Áncash	596 886	4	1	5
3	Apurímac	188 082	1	1	2
4	Arequipa	750 567	4	1	5
5	Ayacucho	294 108	2	1	3
6	Cajamarca	698 412	4	1	5
7	Cuzco	620 107	4	1	5
8	Huancavelica	197 434	1	1	2
9	Huánuco	339 446	2	1	3
10	Ica	441 811	3	1	4
11	Junín	680 659	4	1	5
12	La Libertad	923 922	6	1	7
13	Lambayeque	660 542	4	1	5
14	Lima y extranj.	5 819 582	34	1	35
15	Loreto	391 715	2	1	3
16	Madre de Dios	44 536	0	1	1
17	Moquegua	97 181	1	1	2
18	Pasco	131 737	1	1	2
19	Piura	886 451	5	1	6
20	Puno	658 899	4	1	5
21	San Martín	342 813	2	1	3
22	Tacna	168 448	1	1	2
23	Tumbes	106 211	1	1	2
24	Ucayali	192 605	1	1	2
25	Callao	523 285	3	1	4
Totales			**95**	**25**	**120**

La distribución de los escaños no guarda estricta relación con la densidad electoral, ni con la población de cada Distrito Electoral. Es, pues, una distribución empírica.

La reestructuración del Congreso debe evaluar si se mantiene el sistema unicameral establecido en la Constitución de 1993 (cuyo precedente está en la Carta de 1867, de brevísima vigencia) o si se retorna al sistema bicameral con atribuciones distintas para cada Cámara y con otras que sean comunes, sobre la base de la Constitución de 1979. Esa es tarea que le corresponde decidir al Congreso, pues el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad, en dos sentencias, de expresar su parecer.

Asimismo, debe considerar cuál sistema electoral es el más apropiado para nuestra realidad. El sistema electoral aplicado en el Perú, durante el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, fue el de la elección por mayoría

simple. De manera que cuando existían tres o más candidatos en cada provincia o en cada departamento, era suficiente la pluralidad de votos para alcanzar la victoria. En la elección uninominal, sin segunda vuelta, quedaron sin representación los sectores ciudadanos que dispersaron sus votos entre varios candidatos. Si ese fenómeno ocurrió –y ha ocurrido efectivamente- en la mayoría de provincias y departamentos, los Diputados y Senadores así electos representaron a las minorías convertidas artificialmente en mayorías relativas. En el proceso electoral de 1956, por ejemplo, el 16% de los electores eligió a la mayoría de los Senadores y Diputados.

La democracia estuvo, pues, falseada por el sistema electoral, además del fraude.

Entre los sistemas "racionales y proporcionales" -cuyo objetivo es que el Parlamento sea, en lo posible, un retrato de la opinión pública- se encuentran los denominados Hare y Hagenbach. Son demasiado complicados para su uso por los electores que no tienen la suficiente experiencia.

Son virtualmente gemelos los sistemas del "cuociente electoral" y de la "cifra repartidora" que pueden ser indistintamente usados en el país. El segundo ha funcionado desde 1963 y parece conveniente conservarlo. Empero, se requiere hacer una reflexión respecto al "voto preferencial". En el Perú fue introducido el "voto preferencial" para la elección de la Asamblea Constituyente de 1978. No hubo mayores problemas. Surgieron estos, posteriormente, para elegir Senadores y Diputados desde 1985 y desde 1995 para la elección de Congresistas.

Las confrontaciones electorales no son feroces entre los candidatos a la Presidencia de la República, sino entre los candidatos al Congreso que disputan el "voto preferencial" y, en muchos casos, triunfan los que disponen de más recursos crematísticos.

Dentro de la lógica de impulsar a los partidos políticos, que son y deben ser el soporte de los regímenes democráticos, corresponde al Congreso de la República analizar si mantiene o elimina el "voto preferencial".

Con referencia a los sistemas electorales, Lizardo Alzamora Silva ("Estudios Constitucionales, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Editora Jurídica Grijley, 2004, pag. 129), comenta que dividido el cuerpo electoral de un país en circunscripciones electorales, puede resultar que en la elección de representantes al Parlamento, la composición de éste no refleje fielmente la opinión pública, si en los procedimientos electorales domina un criterio rígido sobre la forma de elección, por mayoría de votos. Un ejemplo aclara el concepto anterior. La opinión pública en un país se divide en dos partidos, el primero comprensivo del 70 % de los sufragantes y el segundo del 30 %. Se debe elegir un Parlamento de 100 miembros. Puede ocurrir que el partido en mayoría lo esté en todas las circunscripciones electorales en que está dividido el país; de modo que tal partido obtendrá las 100 curules parlamentarias. El partido en minoría no estará representado por ningún Diputado. El resultado, así producido, será imperfecto, pues el 30 % de la opinión electoral quedará sin representación.

Además, en mi concepto, deben precisarse, en forma expresa e inequívoca, las infracciones que pueden dar lugar a la suspensión de los Congresistas y, sobre todo, deben tener todos los ciudadanos la posibilidad de ejercer, directamente o a través del Ministerio Público, las acciones civiles y penales contra ellos, pues el principio constitucional de igualdad ante la ley no queda intervenido por el ejercicio de la función pública, correspondiéndole, en los supuestos de las acciones penales, autorizar el procesamiento y/o arresto al propio Congreso, si no hay motivación política dirigida a alterar el funcionamiento o la composición del Parlamento.

Sr.
Alva Orlandini

---

[1] Demanda (fojas 10 del Expediente).
[2] Contestación de demanda (fojas. 41 del Expediente).
[3] MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz. La agonía del Estado. ¿Un nuevo orden mundial? Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 85.
[4] BENTHAM, Jeremías. Tácticas parlamentarias. Madrid, Congreso de los Diputados, 1991. p. 61.
[5] SCHENEIDER, Juan P. "El régimen parlamentario". En: BENDA, Ernesto y otros. Manual de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2001. 2ª Ed. p. 342.
[6] PUNSET, Ramón. Estudios Parlamentarios. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 10.
[7] MILL, John Stuart. Consideraciones sobre el Gobierno representativo. México, 1966. pp. 96-97.
[8] Demanda (fojas 16 del Expediente).
[9] BIDART CAMPOS, Germán J. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires, Ediar, 2001. 2ª reimpr. tom. III, p. 80.
[10] FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido. El juez natural de los parlamentarios. Madrid, Civitas, 2000. p. 17.
[11] SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1982. p. 177.
[12] BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid, Trotta, 2000. p. 151.
[13] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 86.
[14] PLANAS, Pedro. Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina. Lima, Fondo Editorial del Congreso, 2001. t. I, pp. 39, 40.
[15] Encuesta. Universo: 500 personas. Lugar: Lima Metropolitana. http://www.ulima.edu.pe/webulima.nsf/default/1090CF4DC0FE8CB905256E630017BCEC/$file/barometro_jul_2006.pdf.
[16] Encuesta IOP. Universo: 549 personas. Lugar: Lima y Callao. http://www.pucp.edu.pe/encuestas/EncuestaOpinion7-II.pdf.
[17] Demanda (fojas 7 del Expediente).
[18] PUNSET, Ramón. Op. cit. p. 260.
[19] Alegato del demandante (fojas. 121 del Expediente).
[20] Demanda (fojas. 16 del Expediente).
[21] Alegato del demandado (fojas 136 del Expediente).
[22] Audiencia del 7 de febrero de 2007.
[23] Alegato del demandado (fs. 129 del Expediente).
[24] Contestación de la demanda (fojas 31 del Expediente).

Exp. N° 0007-2007-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Callao. Se declara la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley N° 28642, modificatoria del artículo 5°, numeral 8), de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, el cual se deja sin efecto por impedir el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito del Jurado Nacional de Elecciones y vulnerar el artículo 200.2° de la Constitución].*

Fecha de Resolución: 19 de junio de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 20 de junio de 2007

Resumen: Mediante STC 0007-2007-PI, de fecha 20 de junio de 2007, el Tribunal declaró inconstitucional la modificatoria del artículo 5, numeral 8), del Código Procesal Constitucional. Estableció que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional -conforme al artículo 55° de la Constitución- sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

Por ello, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

Asimismo, existe una vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

De otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la ley modificatoria, Ley N.° 28642, vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°.3 de la Constitución, toda vez que no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, negando la posibilidad de reclamar por una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no garantiza la tutela de tales derechos mediante un recurso judicial, lo cual resulta contrario a los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

El Tribunal Constitucional estimó que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho

humano de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", en los términos del artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto más cuanto que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas a la violación del artículo 25° de la Convención –en particular, la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua– y sus opiniones consultivas sobre la misma materia, resultan vinculantes para el Estado peruano siendo que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55° de la Constitución Política del Perú el desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99° de la Norma Fundamental.

Temas Claves: Control constitución de resoluciones del JNE - derecho al debido proceso - derecho de acceso a la justicia - doble dimensión de los procesos constitucionales - efectos vinculantes de las sentencias internacionales - la figura procesal del partícipe - interpretación constitucional conforme al derecho internacional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00007-2007-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Colegio de Abogados del Callao (demandante) c. Congreso de la República (demandado)

Resolución del 19 de Junio de 2007

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo único de la Ley N.° 28642, modificatoria del artículo 5°, numeral 8) de la Ley N.° 28237, Código Procesal Constitucional.

Magistrados presentes:

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DATOS GENERALES

III. NORMA SUJETA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

IV. ANTECEDENTES
1. **Argumentos de la demanda**
2. **Contestación de la demanda**
3. **Informe del Jurado Nacional de Elecciones en su condición de Partícipe**

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

VI. FUNDAMENTOS

§. Consideraciones Previas respecto del Informe presentado por el Jurado Nacional de Elecciones en su condición de partícipe
§. Finalidad y doble dimensión del proceso de inconstitucionalidad
§. La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos como Derecho Interno.
§. Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
§. Conclusión: El derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso
§. Los Informes de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia
§. El documento de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República
§. Consideraciones Finales

VII. FALLO

EXP. 00007-2007-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CALLAO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de junio de 2007, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, con los fundamentos de voto de los magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda, y el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8) de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, por vulnerar los principios de supremacía de la Constitución y de separación de poderes, así como el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante Colegio de Abogados del Callao Norma sometida a control	:	El artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8) del Código Procesal Constitucional.
Principios invocados	:	El principio de supremacía de la Constitución (artículo 51º de la Constitución); el principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución); y la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º, numeral 3) de la Constitución).
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8) del Código Procesal Constitucional.

III. NORMA SUJETA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Artículo único de la Ley N.º 28642, *Ley que modifica el artículo 5º, numeral 8), de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, cuyo texto es el siguiente:*

Artículo único (Modificación del artículo 5º, numeral 8), de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional).- Modificase el artículo 5º, numeral 8), de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos :

"Artículo 5º.- No proceden los procesos constitucionales cuando :
(...)

8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.
Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva".

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

El Colegio de Abogados del Callao plantea la demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8), de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional. Sustenta la demanda manifestando que la cuestionada ley pretende la desvinculación del Jurado Nacional de Elecciones a la Constitución –Norma Suprema que rige todo el ordenamiento jurídico nacional, conforme a su artículo 51º, y en consecuencia, quedan sometidos a esta Ley Superior la actuación de todos los poderes y órganos del Estado, en virtud del artículo 43º– y a los derechos fundamentales que ella reconoce, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral, al margen de la violación constitucional en la que éstas puedan incurrir. En tal sentido, la ley no solo plasma una indebida interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución, sino que incurre en una abierta contradicción con los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional, que es el órgano de control de la Constitución por mandato expreso de su artículo 201º.

Asimismo, expresa que la Ley N.º 28642 es manifiestamente contraria a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos, y que resulta inconstitucional que una ley no permita cuestionar judicialmente la arbitrariedad de un órgano del Estado –como el Jurado Nacional de Elecciones–, tanto más, cuando esa arbitrariedad está relacionada con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, resulta vulneratoria del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida por el artículo 139.3º de la Constitución.

Por lo demás, alega que el enunciado contenido en la Ley N.º 28642, que dispone que resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno, contraviene el principio de separación de poderes garantizado en el artículo 43º de la Constitución, pues niega el poder-deber de todo órgano jurisdiccional de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las normas previsto en el artículo 138º de la Constitución,

y la competencia del Tribunal Constitucional de ejercer dicho poder en su faz concentrada, según lo prevé el artículo 204° de la Constitución.

2. Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y manifiesta que la irrevisabilidad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones no parte de la Ley N.° 28642, sino de los artículos 142° y 181° de la Constitución. Expresa que la cuestionada ley no incurre en una interpretación aislada de las referidas disposiciones de la Carta Fundamental, pues de ellas se desprende que el Jurado Nacional de Elecciones es el órgano jurisdiccional competente en materia electoral, cuyas resoluciones tienen una característica especial.

Señala que de no existir la causal de improcedencia cuestionada, y debido a las diversas etapas del proceso electoral -de inscripción de agrupaciones políticas, de inscripción de candidaturas y de elaboración y distribución del material electoral- se produciría un retraso del proceso electoral. En ese sentido, el objeto de la Ley N.° 28642 es precisamente impedir tal retraso, al igual que la finalidad que tienen los artículos 142° y 181° de la Constitución.

Alega que la ley cuestionada no vulnera los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, pues no puede afirmarse que el proceso de amparo sea "breve" o "rápido", ni constituye un "recurso efectivo" para reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho, conforme lo disponen los artículos 8° y 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente. En tal sentido, sostiene que el Caso Espino Espino (STC N.° 2366-2003-AA/TC) así lo demuestra.

Expresa que tampoco se vulnera el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, pues la cuestionada ley lo único que no permite es la impugnación de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, de referéndum o de otras consultas populares a través de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Por tanto, la ley no impide cuestionar judicialmente la arbitrariedad de un órgano del Estado (como el Jurado Nacional de Elecciones) a través de otros procesos.

En cuanto al argumento del demandante, conforme al cual, la parte de la cuestionada ley que dispone que resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno, vulnera el principio de separación de poderes, manifiesta que dicho enunciado no es sino la consecuencia de la causal de improcedencia establecida, y que si dicha causal, regulada a nivel legal, es acorde con la Constitución, se puede concluir que las "resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno" no sólo serían ilegales sino también inconstitucionales

Finalmente, señala que no se desnaturaliza la finalidad del proceso de amparo, pues no logra reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, sino que sólo serviría para determinar responsabilidades, lo cual también sería difícil de concretarse, pues en dicho proceso la actividad probatoria es mínima. En tal sentido, si no logra cumplir su finalidad, considera que no puede ser considerada una vía satisfactoria, pues no va a poder proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación.

3. Informe del Jurado Nacional de Elecciones en su condición de partícipe

El Jurado Nacional de Elecciones plantea, como cuestión previa, la abstención por decoro de tres magistrados del Tribunal Constitucional, pues a su entender, han anticipado una opinión contraria a la Ley N.° 28642 en el seno de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, según consta en el Acta de la Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento celebrada el 17 de octubre de 2005

Alega que el Colegio de Abogados del Callao carece de legitimidad para obrar, esto es, para interponer la demanda de inconstitucionalidad y ser parte en el proceso. Sustenta su argumento manifestando que la materia relacionada con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley N.° 28642 no es de su especialidad, pues la finalidad de dicho Colegio Profesional es la de agremiar a los abogados que ejercen la profesión en el Distrito Judicial del Callao, según lo establece el artículo 4° de sus Estatutos. Por tanto, la facultad conferida por el artículo 203.7° de la Constitución sólo puede entenderse respecto a la constitucionalidad de las leyes vinculadas al ejercicio de la profesión de la abogacía, más no para pretender la declaración de inconstitucionalidad de leyes que no están vinculadas a esos fines Como consecuencia de lo anterior, manifiesta que el procedimiento está viciado de nulidad al haberse admitido la demanda, no obstante que, en su opinión, se presenta una evidente falta de legitimidad para obrar del Colegio de Abogados del Callao, tanto más, cuando en el Acta de la Sesión de la Junta Directiva, del 22 de marzo de 2007, consta como Agenda de la Convocatoria una demanda de inconstitucionalidad de la Ley N.° 28237, mediante la que se promulgó el Código Procesal Constitucional, y en el acuerdo que se adopta se dispone que el Decano de la Orden presente y suscriba Acción de Inconstitucionalidad de la Ley N.° 28237, Art. 5°, numeral 8 del Código Procesal Penal. Que no obstante ello, el Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda, con lo cual ha legitimado el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 203.7° de la Constitución, pero viciando el procedimiento. De igual manera, sostiene que al resolverse el recurso de reposición, se ha pretendido convalidar el procedimiento; empero, no le ha dado la validez necesaria e indispensable en un proceso de inconstitucionalidad.

Asimismo, expresa que la propia Constitución ha consagrado la irrevisibilidad de sus resoluciones en los artículos 142° y 181°, con los que ha determinado el ámbito de la Jurisdicción Electoral; y que la Ley N.° 28642

no tiene otra finalidad que la de mantener la delimitación del ámbito de competencia de la Jurisdicción Electoral y de la Jurisdicción Constitucional, y es por tal razón que ha sustraído de la Jurisdicción Constitucional las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

Finalmente, señala que el Jurado Nacional de Elecciones presta a los ciudadanos la tutela jurisdiccional que les asiste como derecho fundamental y en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos; que sus resoluciones agotan la jurisdicción interna y nada obsta para que el ciudadano que se sienta afectado en sus derechos pueda recurrir al órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; que las normas constitucionales y legales que norman su funcionamiento son compatibles con las normas de la Convención Americana, y que la protección de los derechos políticos es de su competencia, lo cual guarda conformidad con el artículo 25° de la misma Convención.

V. Materias constitucionalmente relevantes

El Tribunal Constitucional estima que el análisis de constitucionalidad del artículo único de la Ley N.° 28642 debe centrarse en los siguientes temas:

1. Consideraciones Previas respecto del Informe presentado por el Jurado Nacional de Elecciones en su condición de partícipe
2. Finalidad y doble dimensión del proceso de inconstitucionalidad
3. La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos como derecho interno
4. Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
5. Conclusión: El derecho fundamental de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso
6. Los Informes de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia
7. El documento de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República
8. Consideraciones Finales

VI. FUNDAMENTOS

§ Consideraciones Previas respecto del Informe presentado por el Jurado Nacional de Elecciones en su condición de partícipe

1. Mediante resolución del Tribunal Constitucional de fecha 22 de mayo de 2007 se incorporó al presente proceso de inconstitucionalidad al Jurado Nacional de Elecciones en la condición de partícipe.

2. Como ya ha sido establecido en el Considerando N.° 2 de la resolución antes citada, la incorporación del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad tiene una justificación muy concreta : "La razón de su intervención es la de 'aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo' (...)".

3. En tal sentido, el partícipe es un sujeto procesal del proceso de inconstitucionalidad, pero no constituye parte. Debido a ello, este Tribunal ya ha prescrito que el partícipe puede presentar informe escrito, así como intervenir en la vista de la causa para sustentar sus apreciaciones, si lo estima conveniente.

4. En consecuencia, este Colegiado reitera lo resuelto en la resolución del 19 de abril de 2006, recaída en el Expediente N.° 0033-2005-PI/TC, en el sentido que la intervención del partícipe se circunscribe estrictamente a los actos señalados, no pudiendo solicitar la abstención por decoro de los magistrados del Tribunal Constitucional, plantear excepciones como la de falta de legitimidad para obrar activa, ni nulidades, pretensiones que sólo pueden proponerlas, en su momento, quienes detentan la condición de parte en el proceso de inconstitucionalidad, más no quienes intervienen en la condición departícipes.

5. En efecto, el Jurado Nacional de Elecciones no puede ostentar la calidad de litisconsorcio necesario que reclama, pues ésta constituye una institución procesal que "(...) consiste en la presencia plural de sujetos en el proceso, en la calidad de actores, de demandados o de actores y demandados (...). Si hay disposición legal que obligue a que varias personas, en forma activa o pasiva litiguen unidas como actores o demandados, estaremos en presencia del litisconsorcio necesario (...)[1]". En general, "(...) es una de las modalidades del proceso que consiste en la pluralidad de actores o demandados. Por lo tanto, hay litisconsorcio, cuando varias personas ejercitan una acción contra un solo demandado, cuando una persona demanda a varias, y cuando dos o mas demandan a dos o más personas[2]" –subrayados agregados–.

6. En síntesis, la figura del litisconsorcio alude a la presencia de más de una persona en calidad de parte demandante o demandada. Por ende, *siendo evidente que el partícipe en el presente proceso no tiene la calidad de dem*andado –pues no es quien ha expedido la cuestionada ley– ni mucho menos la de demandante, no le corresponde intervenir como litisconsorte necesario sino, como ha quedado dicho, en la condición de partícipe. Consecuentemente, los argumentos planteados en los acápites 1, 2 y 3 del informe presentado por el Jurado Nacional de Elecciones resultan improcedentes.

7. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional estima pertinente pronunciarse respecto de la supuesta falta de legitimidad para obrar del Colegio de Abogados del Callao. Ello no constituye una materia nueva para este Colegiado, toda vez que en la resolución recaída en el Expediente N.° 0005-2005-AI/TC ya se pronunció sobre el particular, analizando los requisitos que deben reunir tales entidades para ejercer la facultad conferida por el artículo 203.7° de la Constitución.

8. En ese sentido, en el Considerando N.° 3 de la referida resolución, este Tribunal estableció que,

"La razón que justifica que la Constitución haya otorgado estas facultades a los colegios profesionales radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones (Medicina, Abogacía, Ingeniería, Arquitectura, Contabilidad, Química-farmacéutica, Periodismo, Psicología y Biología, entre otras), estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley –que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión– vulnera disposiciones de la Norma Fundamental (...). No es ajeno a este Colegiado el hecho de que una ley o norma con rango de ley pueda contener una variedad de disposiciones que versen sobre diversas materias, siendo plenamente factible su cuestionamiento por dos o más colegios profesionales en aquellos extremos relacionados con su especialidad. El caso de los Colegios de Abogados constituye un supuesto especial. En primer lugar, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino sólo aquellas que regulen una materia propia de esta profesión. Por ejemplo, en el caso de que un Colegio de Abogados cuestione una ley que regula un proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, es claro que la materia que regula esta ley coincide con la materia que constituye la especialidad de los abogados, por lo que, si además esta ley vulnera una disposición constitucional, entonces esta institución sí tendrá legitimidad para interponer la respectiva acción de inconstitucionalidad".

9. Consecuente con dicha línea argumentativa, este Colegiado aprecia que tal es el caso del artículo 5.8° del Código Procesal Constitucional, que a juicio del demandante anula el derecho de los abogados de poder iniciar un proceso de amparo contra una resolución del Jurado Nacional de Elecciones. Hay pues una relación directa entre una norma procesal y el ejercicio profesional del Derecho; más aún cuando las normas procesales deben asegurar los recursos judiciales necesarios para que los profesionales del derecho puedan ejercer libremente la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por tales razones, el colegio profesional demandante resulta plenamente legitimado para plantear la demanda de inconstitucionalidad de autos.

§ Finalidad y doble dimensión del proceso de inconstitucionalidad

10. Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado a este Colegiado el control de constitucionalidad de las leyes y de las normas con rango de ley. Se trata de un control abstracto de normas que se origina no en función de un conflicto de intereses concretos, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo el acomodo a la Constitución de la norma de decisión, sino simplemente en una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación a su compatibilidad con una ley singular. En consecuencia, se trata se un proceso objetivo, ya que los legitimados no adoptan la posición estricta del demandante que llega a la instancia a pedir la defensa de un derecho subjetivo, sino que por el contrario actúan como defensores de la supremacía jurídica de la Constitución. Es decir, estamos ante un procedimiento que tiene como propósito, prima facie, el respeto de la regularidad en la producción normativa al interior del ordenamiento jurídico, lo que sólo acontece si no se vulnera la supremacía de la Constitución, de la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

11. No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.[3]

§ La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos como Derecho Interno

12. El artículo 55° de la Constitución señala que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

13. En ese sentido, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de establecer en el Fundamento N.° 22 de su sentencia recaída en el Expediente N.° 0047-2004-AI/TC (Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín), el rango constitucional de los tratados de derechos humanos:

"Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.° de la Constitución–sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa".

14. Asimismo, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución,

"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

15. El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional también dispone que:

"El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

16. De ahí que este Tribunal estableció en el Fundamento N.º 23 de su sentencia recaída en el Expediente N.° 5854-2005-AA/TC (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles), que:

"El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones".

17. En base a lo anterior, para este Tribunal queda claro que la norma sometida a control no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

18. Tampoco puede obviarse lo consagrado por la normatividad internacional en el sentido de que toda persona tiene derecho a recurrir a través de un procedimiento ágil e idóneo ante el órgano jurisdiccional para la protección de sus derechos humanos frente a vulneraciones de cualquier autoridad:

El artículo 8.1º de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole".

Por su parte, el inciso 1) del artículo 25º de la Convención señala que

"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

19. Respecto de dichos artículos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Velásquez Rodríguez, Fiaren Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz; Excepciones preliminares; Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente, ha establecido que

"(...) el artículo 25.1º de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley"[4]; y que "los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción".

20. En correspondencia con esos mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política del Estado en el inciso 2) de su artículo 200° consagra que "la acción de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución". La ley fundamental no excluye a ninguna autoridad, ya que la lesión de un derecho fundamental es una posibilidad que puede provenir, incluso, de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y, frente a tal eventualidad, le corresponde en primer lugar al Poder Judicial restituir el derecho, luego al Tribunal Constitucional, si el amparo ha sido desestimado y, finalmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos si el agraviado no ha encontrado la reposición de su derecho incluso en sede del propio Tribunal Constitucional.

21. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido, en el Caso Tribunal Constitucional vs Perú, Etapa de fondo, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71:

"El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (...). De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda

persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana".

22. Para la resolución del caso es oportuno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas. En efecto, en el Caso Yatama vs. Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que

"Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos. Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...)[5]".

23. Complementariamente a ello, en el Fundamento N.° 39 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 5854-2005-AA/TC (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles) también se estableció que :

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional[6] (artículo 201° de la Constitución y artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178°, 182° y 183° de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el Jurado Nacional de Elecciones, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, "debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación[7]", ha establecido que "dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral[8]".

d) Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

24. En tal sentido, el Tribunal Constitucional declara que, de conformidad con el artículo 178.5° de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones constituye la única entidad competente para, concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce.

§ Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

25. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 24

de septiembre de 1999, Serie C-N.º 55, párrafos 35, 40 y 49 ha establecido que

"La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención (...). El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal (...), implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional (...). Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo (...)".

26. De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

27. Por consiguiente, este Colegiado estima oportuno señalar que desde el año 1995 han llegado a este Tribunal diversas demandas de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones [Cfr. STCs N.os 0033-1995-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/06/1997); 0971-1998-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 25/06/1999); 1420-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 1804-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2119-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2003); 2346-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2366-2003-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/04/2004); 0252-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 28/06/2004); 0571-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 15/07/2004); 2668-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 1/10/2004); 3981-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2005); 4543-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2004); 1365-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/04/2007); 4773-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2007); 5396-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/09/2005); 5854-2005-AA/TC (infundada la demanda; resolución del 8/11/2005); 7632-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/03/2007); 2730-2006-AA/TC (fundada la demanda; resolución del 21/07/2006); 2746-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007); 3285-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/01/2007); 3317-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6649-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6901-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007)]. Sin embargo, durante ese lapso once años , ninguna de dichas causas supuso la suspensión del cronograma electoral ni produjeron efectos perniciosos; más aún, salvo en dos casos, todas las demás fueron declaradas improcedentes.

28. De ahí que este Tribunal rechace el argumento del apoderado del Congreso de la República, en el sentido de que el objeto de la ley cuestionada es impedir el retraso del proceso electoral debido a las diversas etapas con las que éste cuenta, y que se afectaría la materia electoral. Ello no es así, no se afecta la materia electoral, ni existe peligro de retraso del proceso electoral. Por el contrario, todas las causas anteriormente mencionadas así lo acreditan; si debido al paso del tiempo, la alegada afectación se torna irreparable –aunque no siempre es así– y atendiendo al agravio producido, la demanda podrá ser declarada fundada, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior, sino a efectos de determinar las responsabilidades penales que correspondan, según lo manda el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional que dispone,

"Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda".

29. La experiencia demuestra, además, que ante las violaciones de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones el Estado peruano se ha visto obligado a allanarse, como ocurrió en el Caso Susana Higuchi Miyagawa, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que

"En el presente caso, las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano (artículos 181 constitucional y 13 de la Ley Orgánica Electoral) tal y como han sido interpretadas por el JNE en su decisión del 18 de enero de 1995 (Oficio N.º 188-95-SG/JNE), implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los derechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto, no protegibles en el Derecho Interno[9]".

Sobre tal premisa, recomendó al Estado peruano:

"Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de

1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25° (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos"[110].

En dicho Informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa que en reiteradas comunicaciones el Estado peruano puso en su conocimiento la existencia de diversas iniciativas de modificación de la legislación electoral, allanándose a la denuncia planteada en su contra, a pesar de lo cual, hasta la fecha de la publicación del Informe, ninguna había sido adoptada[111].

30. Así, la incompatibilidad de los artículos 142° y 181° de la Constitución con una interpretación sistemática de la misma (principios de unidad, de corrección funcional y eficacia integradora[112]) y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos condujo a implementar la referida recomendación (Caso Susana Higuchi). Y es precisamente a partir de dicha recomendación que el Estado peruano adecuó su legislación a los estándares normativos internacionales mediante el artículo 5.8° del Código Procesal Constitucional en su versión originaria, esto es, antes de su modificatoria por la Ley N.° 28642, permitiendo un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones vía los procesos constitucionales.

31. Así también deben descartarse los argumentos del apoderado del Congreso de la República, en el sentido de que el proceso de amparo no constituye un recurso efectivo ni rápido pues no logra reponer las cosas al estado anterior. Conviene recordar que el proyecto del Código Procesal Constitucional fue ampliamente debatido en el seno del Congreso de la República, aprobándose la versión original del artículo 5.8° de dicho cuerpo legal que habilitaba un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones a través del proceso de amparo. Desde la fecha de su entrada en vigencia –1° de diciembre de 2004– hasta la dación de la cuestionada Ley N.° 28642 –7 de diciembre de 2005– no han sido pocas las causas resueltas por este Tribunal (Cfr. Fundamento N.° 27, supra), ninguna de las cuales supuso el retraso del cronograma electoral. De manera que, en concordancia con lo expuesto en el Fundamento N.° 28, supra, el legislador estableció, precisamente, al artículo 1° del Código Procesal Constitucional como el dispositivo que habilita y convierte al proceso de amparo en eficaz. Por lo demás, el argumento de que el proceso de amparo sólo servirá para determinar responsabilidades, lo cual es difícil de concretarse debido a que en dicho proceso la actividad probatoria es mínima, carece de todo sustento, toda vez que en tales supuestos, ello no le corresponderá al Tribunal Constitucional, sino al Ministerio Público, quien de ser el caso, y luego de efectuadas las investigaciones correspondientes, determinará lo que estime pertinente.

32. En el mismo sentido, también parece oportuno reseñar el Caso Olmedo Bustos y otros vs Chile –también denominado Caso "La Última Tentación de Cristo"–, respecto de la censura previa establecida en la propia Constitución chilena, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara en los puntos 1 y 4 de la parte resolutiva de la Sentencia del 5 de febrero de 2001 que :

"(...) el Estado (chileno) violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)" y "(...) decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa (...) y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto".

Luego, por Resolución del 28 de noviembre de 2003, sobre cumplimiento de la sentencia antes referida (Caso "La Última Tentación de Cristo" – Olmedo Bustos y otros), la Corte Interamericana de Derechos Humanos verificó, en el punto 2 de la parte considerativa

"Que de acuerdo con la información proporcionada (...) el Estado dio cumplimiento al punto resolutivo número 4 de la sentencia del 5 de febrero de 2001 (...)", esto es, modificó su Constitución, suprimiendo la censura previa.

33. De igual manera, cabe hacer mención al Caso Janet Espinoza Feria y otras ciudadanas peruanas, quienes han presentado una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación de sus derechos políticos consagrados en el artículo 23° de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte del Jurado Nacional de Elecciones, cuya admisibilidad ha sido declarada, lo cual supone, de momento, una potencial condena internacional al Estado peruano debido a una eventual afectación de los derechos invocados[113].

34. En dicho caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó
"(...) de acuerdo a disposición constitucional, artículo 181, las resoluciones que emita el Jurado Nacional de Elecciones en esta materia son dictadas en instancia final, definitiva e irreversible, lo que significa que no tiene la posibilidad de ser conocidas y controladas en aspectos formales o de fondo por vía jurisdiccional en procesos ordinario, verbi gratiaante el contencioso administrativo o por vía de amparo, tratándose esta última de una acción extraordinaria, con lo cual los peticionarios no tendrían otra oportunidad ante los órganos regulares del Estado para demandar la protección a estos derechos que alegan como violados"[114].
Para luego concluir que,
"(...) los recursos ofrecidos por la legislación interna en el área electoral para que los peticionarios y las presuntas víctimas hubieran acudido en solicitud de reposición de sus derechos fueron agotados por ellos a satisfacción y que por tratarse además de un procedimiento restrictivo, sin ninguna posibilidad de control judicial o constitucional, están agotadas las posibilidades para que el Estado peruano a través de su

jurisdicción logre la realización de los presuntos derechos que se discuten como violados por sus agentes"[15].

35. Lo expuesto alude a lo señalado en el Fundamento N.º 26, supra, respecto a la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal, cuyo deber es desarrollar una labor preventiva a fin de evitar las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

36. En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. Así lo ha reconocido también el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, según consta en la copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007 y que obra en autos[16].

37. Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional no comparte la tesis del partícipe, en el sentido de que sus resoluciones agotan la jurisdicción interna, toda vez que pretende convertir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una segunda instancia, debiendo tener presente, además, que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos constituye una mecanismo supletorio o residual que sólo debe operar cuando no existan remedios internos, que en el caso del Perú lo constituye el proceso de amparo, siendo obligación del Estado peruano adecuar su derecho interno a los principios derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos, según lo dispone su artículo 2º.

§ Conclusión: El derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso

38. Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional considera que la norma acusada de inconstitucional vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3º de la Constitución, toda vez que, conforme se ha expuesto, no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no susceptibles de ser garantizados mediante un recurso judicial, lo cual resulta contrario a los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. Lo anterior conduce a este Colegiado a rechazar la tesis del abogado del Jurado Nacional de Elecciones, quien durante la audiencia pública sostuvo que el único control que admiten, como último mecanismo, es el de la opinión pública[17].

39. En efecto, para este Colegiado queda claro que la cuestionada disposición se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

40. Así, resulta incompatible con el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículo 8.1º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los que se ha hecho referencia en el Fundamento N.º 18, supra. Y,por extensión, también resulta incompatible con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, según lo expuesto en el Fundamento N.º 22, supra.

41. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional estima que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", en los términos del artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto más, cuando las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas con la violación del artículo 25º de la Convención –en particular, la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua– y sus opiniones consultivas sobre la misma materia, resultan vinculantes para el Estado peruano, y que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55º de la Constitución Política del Perú, desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99º de la Norma Fundamental. Así también se han manifestado, tanto el procurador del Congreso de la República, como el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, en el sentido de que el proceso de amparo constituye un recurso efectivo frente a una eventual violación de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones en los términos del artículo 25º de la Convención Americana[18].

§ **Los Informes de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia**

42. Conforme al artículo 4° de la Ley Orgánica del Sector Justicia, corresponde al Ministerio de Justicia

"velar por la vigencia del imperio de la Ley, el derecho y la justicia."

Asimismo, el artículo 5° de la misma norma, establece que

"Corresponde al Ministerio de Justicia, el asesoramiento legal al Poder Ejecutivo y especialmente al Consejo de Ministros; así como promover una eficiente y pronta administración de justicia (...)."

43. Mediante Oficio N.° 648-2007-JUS/DM, del 4 de junio de 2007, la señora Ministra de Justicia ha remitido a este Tribunal el Informe N.° 67-2007-JUS/CNDH-SE/CESAPI, de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos, que ratificando el Informe N.° 145-2005-JUS/CNDH-SE/CESAPI, lo complementa con las consideraciones que se indican a continuación.

44. En el presente informe también se hace un extenso análisis respecto del artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud de los nuevos criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con posterioridad al Informe N.° 145-2005-JUS/CNDH-SE/CESAPI, pronunciándose en nuevos casos seguidos contra el Perú (procesos Acevedo Jaramillo y otros[19], y Trabajadores cesados del Congreso de la República[20]).

45. En tales casos, sostiene el informe, el indicado tribunal supranacional concluyó que el Estado peruano también vulneró la obligación prevista en los artículos 8.1° y 25° de la Convención Americana, al denegar un recurso efectivo o, estando disponible formalmente, no fue eficaz para reconocer otros derechos reconocidos por el citado tratado. Y, concluye que la Corte Interamericana de Derechos Humanos "(...) ha reafirmado que el proceso de amparo es idóneo para proteger los derechos humanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

46. De igual manera, y en el marco de los aludidos procesos, sostiene que

"(...) las obligaciones impuestas al estado en el artículo 25° de la Convención consisten, primero, en establecer un recurso sencillo y rápido, tal como el proceso de amparo regulado en el Código Procesal Constitucional (...)".

"(...) es forzoso reconocer que cuando ni siquiera existe la posibilidad de acceder a un recurso sencillo y rápido ante los jueces y tribunales competentes contra actos que violen derechos fundamentales, se estará violando la obligación contenida en el artículo 25° de la Convención Americana, en conexión con el artículo 8.1° y artículos 1.1° y 2° del mismo instrumento internacional".

"Dicha situación puede ser aplicable a aquellas situaciones que si bien, están contempladas en la Constitución Política del Perú, como los artículos 142° y 181° de su texto, no se condicen con las cláusulas mencionadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

47. En ese sentido, el Informe N.° 67-2007-JUS/CNDH-SE/CESAPI concluye que

"Las cláusulas de las garantías judiciales, el debido proceso y la protección judicial, previstas en los artículos 8.1° y 25° conjuntamente, obligan al Estado peruano como parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a establecer un recurso sencillo y rápido ante los jueces y tribunales competentes contra actos que violen los derechos humanos".

"El proceso de amparo previsto en el Código Procesal Constitucional es uno de aquellos recursos contemplados en el artículo 25° de la Convención Americana para satisfacer esa obligación internacional. En diversas sentencias, la Corte Interamericana ha reconocido el proceso de amparo del Perú como uno de esos recursos sencillos y rápidos capaces de brindar protección judicial".

"El debido proceso y las garantías judiciales no se circunscriben a los procesos jurisdiccionales, sino a todo acto del Estado en que se decidan o delimiten derechos de sus ciudadanos. Es decir, comprende también a los actos de órganos administrativos o cuasi jurisdiccionales".

"Además de la existencia del recurso, el Estado debe hacer que sea efectivo, para que entonces pueda garantizarse la vigencia de la protección judicial contemplada en el artículo 25° de la Convención Americana".

"Los artículos 142° y 181° de la Constitución Política del Estado deben permitir su revisión mediante el proceso de amparo cuando en su aplicación se adopten decisiones contrarias a los derechos humanos".

"Se precisa que los artículos 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen, respectivamente, el derecho a las garantías judiciales y a un debido proceso, así como a que exista un mecanismo procesal de protección y, a que éste sea efectivo. Es decir, estos artículos no prejuzgan sobre el fondo del asunto que se somete a la jurisdicción interna".

48. Anteriormente, y mediante Oficio N.° 1209-2005-JUS/DM, de fecha 7 de noviembre de 2005, el señor Ministro de Justicia remitió a este Tribunal el Informe N.° 145-2005-JUS/CNDH-SE/CESAPI, de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos.

En dicho Informe, luego de efectuarse un extenso análisis respecto a los alcances del artículo 25.1 de la Convención, que reconoce el derecho de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", y a la interpretación de mismo realizada a través de sus sentencias y opiniones consultivas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se concluye en que

"a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que instituciones como el hábeas corpus (y el amparo) resultan mecanismos sencillos y rápidos para proteger derechos humanos. Si en Estados de Emergencia, cuando se permite que el Estado restrinja lícitamente la vigencia de ciertos derechos, no se suspenden las garantías judiciales o procesales indispensables para proteger los derechos que forman parte del núcleo duro de los derechos humanos, tampoco se puede permitir su restricción en períodos ordinarios, en los que rige en toda su extensión la Convención Americana y los derechos fundamentales.

b) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría estimarse que permitiría que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, en base a los artículos 142° y 181° de la Constitución Política del Perú, puedan ser examinadas a través del proceso de amparo. De momento, no ha habido ningún caso del Perú que haya sido resuelto por la Corte Interamericana en este punto específico.

c) Actualmente, el Ministerio de Justicia no ha promovido medida alguna para posibilitar un recurso efectivo y sencillo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que afecten los derechos fundamentales."

49. El Tribunal Constitucional comparte plenamente el criterio del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, en el sentido de que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", en los términos del artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, también concuerda, por un lado, con el argumento de que los artículos 142° y 181° de la Constitución Política del Estado deben permitir su revisión mediante el proceso de amparo cuando en su aplicación se adopten decisiones contrarias a los derechos humanos; y, por otro, con la tesis de que el proceso de amparo previsto en el Código Procesal Constitucional es uno de aquellos recursos contemplados en el artículo 25° de la Convención Americana para satisfacer esa obligación internacional, pues en diversas sentencias, la Corte Interamericana ha reconocido al proceso de amparo del Perú como uno de esos recursos sencillos y rápidos capaces de brindar protección judicial.

50. De otra parte, si bien es cierto que aún no existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano por el eventual impedimento de la procedencia de una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral que afecte derechos fundamentales, sus sentencias vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención (en particular la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua) y sus opiniones consultivas sobre el particular, son muestras evidentes de que dichas condenas serán inminentes si el Estado peruano obra en dicho sentido.

§ El documento de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República

51. El Congreso de la República también se ha pronunciado respecto de la materia sublitis mediante el documento emitido por la Comisión de Constitución y Reglamento del 2 de octubre de 2006, correspondiente a la Legislatura 2006-2007, a propósito de la consulta formulada por el Jurado Nacional de Elecciones respecto de la sentencia de este Tribunal recaída en el Expediente N.° 2730-2006-PA/TC.

52. Así, en los acápites 20 y 21 se sostiene que "Nuestra Carta Magna prohíbe la posibilidad del amparo en materia electoral debido a que esto genera inestabilidad e incertidumbre jurídica. De lo contrario, todos los derrotados en las elecciones interpondrían articulaciones, ya que se considerarían victoriosos defraudados. Pero hay que respetar a ultranza el fallo del Tribunal Constitucional porque lo contrario sería una behetría generadora de conflictos sociales (...)".

53. Asimismo, en dicho documento también se refiere a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de Susana Higuchi contra el Jurado Nacional de Elecciones, y Yatama vs Nicaragua, a los que se ha hecho mención en la presente sentencia, concluyendo, respecto del segundo de ellos, que "(...) tuteló los derechos electorales contra los propios dogmas de la Constitución nicaragüense".

54. Finalmente, y como conclusión única, estima que "(...) a fin de garantizar el principio de jurisdiccionalidad y de independencia judicial y de autarquía del TC y de respeto de la cosa juzgada, la Comisión de Constitución debe abstenerse de pronunciarse respecto de los alcances y efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional (...)".

§ Consideraciones Finales

55. Finalmente, aunque no por ello menos importante, el Tribunal Constitucional no puede dejar de hacer mención al Oficio N.° 549-2007-SG/JNE, del 27 de febrero de 2007, remitido por el Jurado Nacional de Elecciones

al Congreso de la República, mediante el que pone en su conocimiento que "(...) teniendo en consideración que diferentes magistrados constitucionales han expresado y adelantado su posición sobre esta norma [la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5.8º del Código Procesal Constitucional] resulta preocupante que ese mismo tribunal pueda conocer dicho proceso de inconstitucionalidad (...) porque es evidente que tal proceso no será equitativo ni imparcial y además su resultado estaría pre-anunciado, violentándose el derecho de defensa y la efectiva igualdad de las partes en un proceso (...)".

56. El Tribunal Constitucional estima de imperiosa necesidad expresar su posición sobre el particular y, en ese sentido, rechaza lo expuesto por el Jurado Nacional de Elecciones, en tanto no se ajusta a la realidad, por cuanto:
a) En principio, conviene recordar que en el Fundamento N.º 25 de la STC N.º 2730-2006-PA/TC, este Tribunal estableció, expresamente, que "(...) no ingresa aquí a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 28642".
b) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 201º de la Constitución, en concordancia con el numeral 1º de la Ley N.º 28301, Orgánica de este Colegiado, el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.
c) Según lo dispone el artículo 202.1º de la Constitución, en concordancia con el numeral 2º de la Ley N.º 28301, el Tribunal Constitucional es el único órgano competente para conocer, en instancia única, el proceso de inconstitucionalidad.
d) De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley N.º 28301, Orgánica de este Colegiado, en ningún caso, el Tribunal Constitucional deja de resolver. Los magistrados son irrecusables y no pueden dejar de votar, debiendo hacerlo a favor o en contra en cada oportunidad.
e) Debe recordarse, asimismo, que cuando en un proceso constitucional el Tribunal Constitucional analiza la validez o invalidez constitucional de una ley o norma de tal rango, no lo hace sobre la base de los pareceres personales de sus miembros, sino de una confrontación objetiva entre la Constitución y la disposición infraconstitucional. Lo que es lo mismo, el análisis de constitucionalidad de una norma, no reposa –como núcleo básico- en la explicación coyuntural de los acontecimientos acaecidos en torno al precepto, sino sobre la justificación jurídica que permita decidir sobre su validez, razones que, en este caso, han sido expuestas meridianamente supra, y que, por cierto, no emanan solamente de la argumentación originaria de este Colegiado con la que debe ser consecuente, sino también, y principalmente, de la expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos criterios resultan vinculantes para todos los poderes públicos del Estado peruano, incluyendo, desde luego, al Jurado Nacional de Elecciones.
f) Por lo demás, resulta un contrasentido que en el Informe Legal que se acompaña al Oficio en referencia, y que hace suyo, el Jurado Nacional de Elecciones sostenga –a pesar de su posición– que "según la CORTEIDH (...) no existen autarquías ni nada similar que no esté exento de control constitucional (...)".
g) Consecuentemente, el Tribunal Constitucional exhorta al Jurado Nacional de Elecciones para que sus actos guarden la compostura y el respeto que merecen los poderes del Estado y los órganos constitucionales.

57. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional declara que,
a) Está probado que a pesar de que los artículos 142º y 181º de la Constitución prescriben que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones no son revisables en sede judicial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió la denuncia presentada por la ciudadana peruana Susana Higuchi Miyagawa.
b) Está probado que en el Caso de Susana Higuchi Miyagawa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó al Estado peruano adoptar las medidas tendientes a modificar el artículo 181º de la Constitución, a fin de posibilitar un recurso efectivo y sencillo en los términos del artículo 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones.
c) Está probado que en el mencionado caso, el Estado peruano se vio obligado a allanarse y, precisamente a partir de dicha recomendación, cumplió con adecuar su legislación a los estándares normativos internacionales mediante el artículo 5.8º del Código Procesal Constitucional en su versión originaria, permitiendo un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones vía los procesos constitucionales.
d) Está probado que durante la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, el propio abogado del Jurado Nacional de Elecciones reconoció que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos.
e) Está probado que durante la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, tanto el procurador del Congreso de la República, como el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, reconocieron que el proceso de amparo constituye un recurso efectivo frente a una eventual violación de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones en los términos del artículo 25º de la Convención Americana.
f) Está probado que durante la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, el abogado del Jurado Nacional de Elecciones expresó que para dicha entidad no existe ningún control judicial, limitándose al de la opinión pública.
g) Está probado que el Tribunal Constitucional nunca ha intervenido en materias electorales, y que ninguna de sus decisiones –emitidas en los últimos once años–supuso la interrupción del cronograma electoral ni produjeron efectos perniciosos; más aún, salvo en dos casos, todas las demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables.

h) Está probado que en el supuesto de que una demanda sea desestimada por irreparable, y de comprobarse la violación de los derechos fundamentales, el objeto de la demanda será determinar las responsabilidades que correspondan, según lo manda el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional.
i) Está probado que existen pronunciamientos del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, en el sentido de que el proceso de amparo es uno de aquellos recursos contemplados en el artículo 25º de la Convención Americana para satisfacer esa obligación internacional; y que los artículos 142º y 181º de la Constitución deben permitir su revisión mediante el proceso de amparo cuando en su aplicación se adopten decisiones contrarias a los derechos humanos.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, inconstitucional el artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8), de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, el cual se deja sin efecto, por impedir el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito del Jurado Nacional de Elecciones y vulnerar el artículo 200.2º de la Constitución.

2. De acuerdo con los artículos 201º de la Constitución y 1º de su Ley Orgánica N.º 28301, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento N.º 23, supra establece que

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional, tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178º, 182º y 183º de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el Jurado Nacional de Elecciones, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, "debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación", ha establecido que "dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

d) Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

3. **DECLARAR** que, de conformidad con el artículo 178.5º de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones constituye la única entidad competente para, concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.º 0007 -2007-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Si bien concuerdo con toda la sentencia del presente proceso de inconstitucionalidad, considero que el fallo estimatorio también se justifica por las siguientes razones:

1. La materia electoral en estricto se refiere a la convocatoria de elecciones, al cronograma electoral -a sus actos conexos-, a la proclamación de los candidatos elegidos y culmina con la entrega de credenciales. El mencionado cronograma electoral es inalterable y no

puede ser interferido bajo ningún término (Caso Lizana Puelles Exp. N.º 5854-2005-PA/TC).

2. En tal sentido, cuando los artículos 142.º y 181.º de la Constitución disponen que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) no son revisables en sede judicial, estas se refieren a las materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, respecto de las cuales el Tribunal Constitucional (TC) nunca ha intervenido. Por lo tanto, es falsa la afirmación que pretende hacer creer a la opinión pública que el TC invade las referidas competencias del JNE en materias electorales.

3. Ahora bien, en un Estado Social y Democrático de Derecho ningún órgano constitucional está por encima de los otros, lo que supone que todos ellos están sujetos a alguna forma de control, incluidos, tanto el TC como el JNE. En efecto, el TC es controlado por el Congreso de la República, por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Constitución, por la propia autolimitación de sus miembros y por la opinión pública. En el mismo sentido el JNE no puede pretender convertirse en una isla exenta de control, al punto de señalar que ellos solo son controlados por la opinión pública (Informe oral del abogado patrocinante del JNE). La opinión pública, que representa el control social de una sociedad política que se canaliza en un acto electoral, siempre controla a todos los poderes públicos. Pero en un Estado de Derecho, ello no es suficiente porque se necesitan mecanismos de control político y jurídico que permitan remediar los excesos o abusos que pudieran cometerse y que obliguen, con la fuerza del derecho, a modificar la conducta lesiva de derechos.

4. De ahí que conforme al principio de unidad en la interpretación de la Constitución, los artículos 142.º y 181.º de la misma, deban interpretarse sistemáticamente con los artículos 200.º y 202.º de la Constitución. Por ello, este Tribunal no solo puede, sino que debe conocer de las afectaciones a los derechos fundamentales en que incurra cualquier funcionario u organismo público, lo cual incluye desde luego al JNE y a sus integrantes.

5. Del mismo modo, la jurisprudencia del TC emitida en los últimos 11 años demuestra que este Colegiado jamás ha intervenido en temas electorales, como los reseñados en el fundamento 1 de este fundamento de voto. Más aún, salvo en dos casos –que no se referían a un determinado proceso electoral– todas las demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional. En dicho supuesto, se determinará, según el caso, únicamente las responsabilidades penales. Tal es la razón que motiva el desmedido enfrentamiento del JNE en contra del TC.

6. Por estas razones queda plenamente demostrada la autolimitación de este Colegiado para no intervenir en los procesos electorales en marcha. Por tanto, estimo que las advertencias que se han propalado en los medios de comunicación respecto a que el TC pone en peligro algún proceso electoral, no son ciertas ni veraces.

SS.

GONZALES OJEDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Ante la sistemática campaña publicitaria promovida por el Jurado Nacional de Elecciones contra algunos miembros del Tribunal Constitucional, entre ellos el suscrito, considero necesario replicar los cargos formulados y exponer, también, algunos argumentos adicionales a los fundamentos de la sentencia, en el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Callao, por cuanto la materia constitucional resuelta es de singular importancia para consolidar el Estado social y democrático de derecho, que reposa en el principio de separación de funciones consagrado en la Constitución Histórica y violado impunemente durante la República.

1. El Jurado Nacional de Elecciones manifiesta que el 22 de mayo de 2007, a la 01.05 p. m., recibí en mi Despacho del Tribunal Constitucional al ex Alcalde de Chiclayo Arturo Castillo Chirinos.

2. El Jurado Nacional de Elecciones silencia que el 15, a las 10.00 a. m., y el 29 de mayo de 2007, a las 10.15 a. m., recibí en mi Despacho del TC al Dr. Aníbal Quiroga León, abogado consultor del Jurado Nacional de Elecciones; quien elaboró, a pedido de ese órgano que integra el "Sistema Electoral", un informe relativo al pedido de más de cinco mil ciudadanos para la comprobación de sus firmas por el JNE; y

3. El Jurado Nacional de Elecciones omite decir que el 29 de mayo de 2007, a las 12.30 p. m., ingresó al Tribunal Constitucional el Dr. Carlos Vela Marquillo, miembro del Jurado Nacional de Elecciones.

Las dos primeras visitas aparecen en la página web del Tribunal Constitucional y la tercera, por la puerta principal, nos consta a todos los Magistrados y a muchos funcionarios.

Es obvio que no requiero permiso del JNE para atender al público.

Los ciudadanos tienen derecho de ingresar a las oficinas públicas, cumpliendo las formalidades pertinentes, entre ellas el horario de atención y el registro de su identidad.

La transparencia se predica y se practica en el Tribunal Constitucional. Las instituciones que son ajenas a esa norma democrática, se valen de intermediarios para desinformar a la opinión pública.

No tienen el coraje de sostener sus criterios aberrantes directa y personalmente. Prefieren ser áulicos.

Como el JNE, faltando a la verdad, sostiene que la sentencia que en este proceso dicta el Tribunal Constitucional favorecerá a Arturo Castillo Chirinos, quien habría acudido a la instancia supranacional en demanda de daños y perjuicios, es menester precisar que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley producen efectos sólo desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial El Peruano, pues el artículo 204º de la Constitución, dispone que

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de su publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Tampoco puede favorecer al mencionado Castillo Chirinos, en forma alguna, la sentencia que estima la demanda del Colegio de Abogados del Callao, ya que el proceso de amparo de ese ciudadano fue materia de la sentencia de 21 de julio de 2006 (Exp. 2730-2006-PA/TC), oportunamente publicada en el diario oficial El Peruano.

Lo que puedan decidir la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos será una cuestión absolutamente diferente de la materia que resuelve el día de hoy el Tribunal Constitucional. No hay ninguna relación de causa a efecto.

Por otra parte, los deplorables sucesos ocurridos en la ciudad de Chiclayo, con la destrucción del edificio de la Municipalidad, son consecuencia de la renuencia del Jurado Nacional de Elecciones a cumplir lo dispuesto por el supremo intérprete de la Constitución, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuyas resoluciones alude la sentencia que hoy expide el Tribunal Constitucional.

El Jurado Nacional de Elecciones, que no es parte, sino partícipe en este proceso, ha usado recursos maliciosos. En efecto:

1. Por escrito de 30 de mayo de 2007 el JNE solicitó la abstención de tres de los siete Magistrados del TC por haber, supuestamente, "adelantado opinión" el 17 de octubre de 2005, cuando fueron invitados por la Comisión de Constitución del Congreso de la República, para debatir los proyectos de ley relacionados con la modificación del Código Procesal Constitucional. Por lo tanto, no es verdad que se haya producido el adelanto de opinión sobre la Ley Nº 28642, aprobada el 1 de diciembre de 2005 y vigente desde el 8 de ese mes.

Los Magistrados se refirieron a la jurisprudencia del Tribunal.

2. Por escrito de 31 de mayo de 2007 el JNE solicitó la abstención de dos otros Magistrados del Tribunal, con el mismo argumento de "adelanto de opinión", también el 17 de octubre de 2005, cuando no existía la Ley Nº 28642.

3. Por escrito de 04 de junio de 2007 el Jurado Nacional de Elecciones formuló "apelación" respecto de la resolución que declaró improcedentes sus solicitudes de abstención de los Magistrados.

La apelación tiene por objeto que una instancia superior revise la resolución inferior. Obviamente, no hay instancia superior para resolver peticiones maliciosas, pero la ocurrencia sirve para acreditar la falta de formación jurídica de quienes la plantean.

El artículo 205º de la Constitución Política del Perú reconoce la jurisdicción internacional, agotada la interna, a la persona que se considere lesionada en sus derechos constitucionales, por lo que es inaplicable a tan singular recurso.

El proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Colegio de Abogados del Callao

El marco legal, a partir del 1º de diciembre de 2004, es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (28301) y el Código Procesal Constitucional (28237), que reemplazaron, respectivamente, a la Ley Nº 26435 y sus modificatorias y a las Leyes Nos. 23506, 23398, 24968 y demás complementarias.

La cuestión de análisis previo, en este caso, es la relativa a determinar la legitimidad del Colegio de Abogados del Callao para iniciar el proceso de acción de inconstitucionalidad de la Ley Nº 28642 que modifica el artículo 5º, inciso 8, del Código Procesal Constitucional.

Entre los sujetos legitimados para interponer acción de inconstitucionalidad (Const. Art. 203º-7) están los colegios profesionales, en materias de su especialidad

Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personería de derecho público, siendo la ley la que señala los casos en que la colegiación es obligatoria (Const. Art. 20).

No sería razonable sostener que los Colegios de Abogados, cuyos miembros son operadores del Derecho, están habilitados para cuestionar la inconstitucionalidad de todas las leyes; pero tampoco tendría lógica la tesis contraria, que reduciría la facultad de dichos Colegios sólo a las leyes u otras normas con rango de tales que directa y exclusivamente les afectaran. En general los colegios profesionales están constitucionalmente habilitados para cuestionar las leyes que, de alguna manera, contengan materias de su especialidad; y, específicamente, en cuanto a los Colegios de Abogados, las materias que se relacionen con la vigencia del Estado social y democrático de derecho y de defensa de los derechos fundamentales de la persona, que tienen amparo no sólo en la Constitución sino en convenios internacionales.

La defensa de la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación es obligación de todos los peruanos, según el artículo 38º de la vigente Carta. No se puede, pues, negar el ejercicio de ese derecho-deber a los Colegios de Abogados, tratándose, como se trata en este caso, de una materia de especial relevancia constitucional.

Es ese el criterio que tiene el Tribunal Constitucional, tanto respecto de demandas interpuestas por Colegios de Abogados como por otros Colegios profesionales, conforme aparece de los siguientes procesos admitidos a trámite y/o resueltos oportunamente:

Nº Exp.	Demandante	Demandado	Fallo
1) 2112-96-AI	Junta Nacional de Decanos de la República y Colegio de Abogados de Arequipa	Disposiciones Transitorias, Complementarias y finales de la ley Nº 26623 creación del Consejo de Coordinación Judicial	Fundada en parte
2) 04-1999-AI	Colegio de Abogados de Lima	Decreto de Urgencia Nº 067-98 (reserva sistema nacional de pensiones)	Infundada
3) 05-1999-AI	Colegio de Abogados de Lima	Artículo 4º numeral 2) de la ley 27056 creación del seguro social de salud - Essalud	Infundada
4) 06-1999-AI	Colegio de Abogados de Lima	Decreto de Urgencia Nº 011-99	Sustracción de la materia
5) 02-1997-AI	Colegio de Abogados de Lima	Art. 3 Decreto Legislativo Nº 853 actuado	Nulo e insubsistente lo
6) 04-1997-AI	Colegio de Abogados de Lima	Ley Nº 26741 deroga D.L. Nos 836	Infundada
7) 887-00-AA	Colegio de Abogados de Lima	Indecopi	Infundada
8) 1365-00-AC	Asociación del Colegio Nacional de Profesores del Perú	Ministerio de Educación Fundada	
9) 03-2001-AI	Colegio de Abogados de Lima	Inc. C) del Art. 22º de la Ley 26397 Ley Orgánica del CNM	Infundada
10) 15-2001-AI	Colegio de Abogados de Ica	Art. 1º, 2º, 3º y 5º del D.U. Nº 055-2001	Fundada en parte
11) 17-2001-AI	Colegio de Abogados del Callao	Artículos 3, 4 y 6 de la Ley N° 27433 evaluación para reincorporación Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público	Inadmisible
12) 18-2001-AI	Colegio de Abogados del Santa	Ordenanza Municipal Nº 016-2001-MPS	Fundada en parte
13) 04-2002-AI	Colegio de Abogados de Ica	Los Artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27684	Sustracción de la materia
14) 08-2002-AI	Colegio de Abogados del Cusco	Art. 4º de la Ley Nº 27617 Derecho Pensión de Orfandad	Fundada en parte
15 04-2002-CC	Colegio de Abogados del Cusco	Congreso de la República y Pdte de la República	
16) 13-2002-AI	Colegio de Abogados del Callao	Artículos 3º, 4º y 6º de la Ley 27433 Incorporación a los Magistrados del PJ y MP	Fundada en parte
17) 14-2002-AI	Colegio de Abogados del Cusco	Ley Nº 27600 que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional	Infundada
18 15-2002-AI	Colegio de Abogados de Ica	Ley Nº 27777	Infundada
19) 16-2002-AI	Colegio de Notarios de Junín	2do. Acápite del Art. 7mo de la Ley Nº 27755	Infundada
20) 01-2003-AI	Colegio de Notarios de Lima	Contra la Ley Nº 27755	Infundada
21) 03-2003-AI	Colegio de Notarios de Arequipa	Segundo Párrafo del Art. 7 de la Ley Nº 27755	Infundada
22) 20-2003-AI	Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima	Tercera Disposición Final de la Ley Nº 27635 Fundada	
23) 21-2003-AI	Colegio de Biólogos del Perú, y Colegio de Arq. Del Perú	Ordenanza Municipal Nº 006-02-MPP (Pisco) Infundada	
24) 04-2004-AI	Colegio de Abogados del Cusc	Art. 3, 4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16 del Decreto Legislativo 939	Fundada en parte
25) 05-2004-AI	Colegio de Abogados del Cusco	Undécima Disposición Complementaria de la Ley General de Educación Nº 28044	Infundada
26) 09-2004-AI	Colegio de Abogados de Ica	Decreto de Urgencia Nº 088-2000	Infundada
27) 11-2004-AI	Colegio de Abogados de Huaura	Artículos 3º,4º,5º,6º,7,º8º,9º,10º,11º,12º,13º,14º,15º y 16º del Decreto Leg. 939	Fundada en parte
28) 13-2004-AI	Colegio de Contadores Públicos de Loreto	Artículos 3º,4º,5º,6º,7º,8º,9º,10º,11º,12º,13º,14º,15º y 16º del Decreto Leg. 939	Fundada en parte
29) 14-2004-AI		Colegio de Abogados de Ica Artículos 3º,4º,5º,6º,7º,8º,9º,10º,11º,12º,13º,14º,15º y 16º del Decreto Leg. 939	Fundada en parte
30) 15-2004-AI	Colegio de Economistas de Piura	Artículos 3º,4º,5º,6º,7º,8º,9º,10º,11º,12º,13º,14º,15º y 16º del Decreto Leg. 939	Fundada en parte
31) 16-2004-AI	Colegio de Abogados de Ayacucho	Artículos 3º,4º,5º,6º,7º,8º,9º,10º,11º,12º,13º,14º,15º y 16º del Decreto Leg. 939	Fundada en parte

32) 19-2004-AI	Colegio de Contadores Públicos de Piur	Artículos 3°,4°,5°,6°,7°,8°,9°,10°,11°,12°,13°,14°,15° y 16° del Decreto Leg. 939	Inadmisible
33) 20-2004-AI	Colegio de Contadores Públicos de Ancash	Artículos 3°,4°,5°,6°,7°,8°,9°,10°,11°,12°,13°,14°,15° y 16° del Decreto Leg. 939	Inadmisible
34) 23-2004-AI	Colegio de Contadores Públicos de Loreto	Artículos 3°,4°,5°,6°,7°,8°,9°,10°,11°,12°,13°,14°,15° y 16° del Decreto Leg. 939	Inadmisible
35) 24-2004-AI	Colegio de Abogados del Santa	Artículos 3° al 16° del Decreto Leg. N° 939	Inadmisible
36) 27-2004-AI	Colegio de Abogados del Cusco	Artículos 3° al 19° de la Ley N° 28194	Fundada en parte
37) 28-2004-AI	Colegio de Abogados de Ica	Art. 7, 34,36,38,39 y 41, de la Ley de Partidos Políticos Ley N° 28094	
38) 32-2004-AI	Colegio de Profesores del Perú	Ley N° 28198	Infundada
39) 35-2004-AI	Colegio de Abogados de Lima	Articulo 7° - Segundo Párrafo de la Ley N° 27755	Inadmisible
40) 37-2004-AI	Colegio de Abogados de Ica	Ordenanza Municipal N° 040-2003 y la N° 002-2004	Sustracción de la materia
41) 49-2004-AI	Colegio de Abogados de Huanuco y Pasco	Articulo 4° de la Ley N° 26320	Improcedente
42) 50-2004-AI	Colegio de Abogados del Cusco	Ley N° 28389, Ley Modificación de los Artículos 11,103 de la Constitución	Infundada
43) 51-2004-AI	Colegio de Abogados del Callao	2° y 5° Párrafo del Texto Modif. De la 1era Disp. Final y Trans. De la CP	Infundada
44) 05-2005-AI	Colegio de Abogados de Ica	Congreso de la República, contra la Ley N° 28427	Improcedente
45) 06-2005-AI	Colegio de Abogados de la Libertad	Congreso de la República Sustracción de la materia	
46) 09-2005-AI	Colegio de Abogados del Cusco	Contra la Ley N° 28449	Infundada
47) 11-2005-AI	Colegio de Abogados de Lambayeque	Decreto Legislativo N° 940	Improcedente
48) 25-2005-AI	Colegio de Abogados de Arequipa del CNM	Art. 22°, Inc C) de la Ley N° 26397 Orgánica	Fundada
49) 26-2005-AI	Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima	Art. 22°, Inc C) de la Ley N° 26397 Orgánica del CNM	Fundada
50) 27-2005-AI	Colegio de Periodistas del Perú	Ley N° 26937	Infundada
51) 02-2006-AI	Colegio de Abogados de Arequipa	Ley N.° 28647 – Congreso de la República	
52) 06-2006-AI	Colegio de Abogados de Lima	Ley N.° 2866	Fundada en parte
53) 09-2006-AI	Colegio de Abogados de Apurimac	Municipalidad Provincial de Abancay y otro	Inadmisible
54) 12-2006-AI	Colegio de Abogados de Lim Militar Policial	Decreto Legislativo 961 Código de Justicia	Fundada en parte
55) 14-2006-AI	Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima	Ley N° 28726 Inadmisible	
56) 15-2006-AI	Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima	Ley N° 28730 Inadmisible	
57) 16-2006-AI	Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima	Decreto Legislativo N° 124	Inadmisible
58) 17-2006-AI	Colegio de Arquitectos del Perú	Las Ordenanzas N° 105-MDLM y N° 122-MDLM Municipalidad de La Molina	Admitida
59) 25-2006-AI	Colegio de Abogados de Piura	Ley N° 28637	Admitida
60) 27-2006-AI	Colegio de Abogados de Ica	Art. 7 (Contratación Laboral)... Ley N° 27360	Admitida
61) 05-2007-AI	Colegio de Abogados de Lambayeque	Ley 28934 - Congreso de la República	Admitida

Es pertinente precisar que, en ejercicio de sus atribuciones, los Magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda, García Toma (desde el 10 de junio de 2002), Vergara Gotelli, Landa Arroyo (desde el 28 de diciembre de 2004) y Mesía Ramírez (desde el 24 de julio de 2006) suscribieron las resoluciones que admitieron las demandas y/o las sentencias respectivas.

La resolución que admite, en parte, la demanda del Colegio de Abogados del Callao, se inscribe dentro de la jurisprudencia del TC y se sujeta a lo dispuesto por el artículo 106° del Código Procesal Constitucional, conforme al cual

Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

El proceso sólo termina por sentencia.

En cuanto a la irrevisibilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, en la sentencia de fecha 6 de abril de 2004 (Exp. N° 2366-2003-AA/TC) el Tribunal Constitucional estableció que

"al igual como lo hiciera respecto de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura (Exp. N° 2409-2002-AA/TC) la posibilidad de un control sobre ellas, no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos...".

Más explícita fue aún la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de noviembre de 2005 (Exp. N° 05854-2005-AA), pues declaró que

"De acuerdo con los artículos 201° de la Constitución y 1° de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, supra, establece que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

"En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos.

"Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales- se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

"De conformidad con el Fundamento 39 b), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del CPConst.

"En observancia del artículo 107° de la Constitución, y tal como ha quedado dicho en el Fundamento 39 c), supra, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

· Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.

· Que las demandas de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral se presenten ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio."

Enfatizo que la sentencia de 8 de noviembre de 2005 está suscrita por los seis Magistrados del Tribunal Constitucional en ejercicio: Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda, Vergara Gotelli y Landa Arroyo.

Es pertinente, por lo tanto, manifestar que el artículo VI, párrafos segundo y tercero, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional dispone literalmente que

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.
Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Es más. La aludida sentencia de 8 de noviembre de 2005 expresamente ordena que

"En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos."

Atributo inherente de la justicia es su predectibilidad, que permite a todos los ciudadanos tener confianza y seguridad en la jurisprudencia de los tribunales. Conspira contra ese propósito los fallos contradictorios y las decisiones personales en zigzag.

Ningún Magistrado –del Poder Judicial ni del Tribunal Constitucional– puede, pues, apartarse del criterio

normativo que contiene la sentencia del 8 de noviembre de 2005, sin incurrir en responsabilidad.

La Ley N° 28642 y la interpretación constitucional

En la sesión del pleno del Congreso, correspondiente al 1° de diciembre de 2005, según el Diario de los Debates, se puso en votación la modificación del artículo 5°, inciso 8, del Código Procesal Constitucional, materia de los proyectos Nos. 13648, 13661, 13664 y 13919, uno de ellos propuesto por el Jurado Nacional de Elecciones, con el objeto de que dicho órgano constitucional tenga el privilegio -del que no gozan los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, ni tampoco el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, ni siquiera los Gobiernos Regionales y Municipales- de estar al margen del control constitucional.

El texto propuesto por la comisión dictaminadora, en mayoría, fue aprobado por 62 votos. No hubo segunda votación, como lo requiere toda ley orgánica, por dispensa acordada por la junta de portavoces.

La Ley N° 28642, vigente desde el 8 de diciembre de 2005, pretende convertir, así, al Jurado Nacional de Elecciones en un ente autárquico, con intocables potestades cuyo ejercicio discrecional -y eventualmente abusivo- recuerdan los atributos que tenían los reyes en los imperios medioevales, en tanto dispone que son improcedentes los procesos de amparo cuando

"Se cuestionan las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva."

La ley materia de este proceso de inconstitucionalidad fue dictada a pesar de que, mediante diversas sentencias, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, había prevenido de su contenido inconstitucional. Es, pues, cuando menos, peregrina la petición que formula el JNE a efecto de que "por decoro" se aparten de este proceso los Magistrados Alva Orlandini, Gonzáles Ojeda y García Toma, pues ninguno de ellos tiene interés en el resultado del mismo, más aún cuando está por fenecer el período de la función que les confirió el Congreso de la República.

En tanto Magistrados del Tribunal Constitucional tienen el deber de ejercer plenamente las atribuciones que les señala la Constitución, pues el artículo 5° de la LOTC (28301), párrafo tercero, dispone que

En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver. Los Magistrados son irrecusables pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro. Los Magistrados tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacer en favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten juntamente con la sentencia de conformidad a la ley especial.

Los procesos de inconstitucionalidad son abstractos: tienen por objeto que se expulse del ordenamiento jurídico de la Nación una norma con rango de ley que es incompatible con la Constitución. No existe, por lo mismo, interés particular alguno. Los Magistrados (actuales y futuros) estiman la demanda cuando la norma impugnada es contraria a la Constitución y no hay manera de que, entre las varias lecturas que pueda tener, una de ellas sea compatible con la Ley Fundamental, que sirve de parámetro.

No es, pues, lícito el uso de recursos destinados a enervar el funcionamiento del Tribunal Constitucional o a mellar su autonomía.

La separación de funciones y las elecciones

El sistema político de acuerdo al cual debía organizarse la naciente república fue definido en las Bases de la Constitución Peruana, de 17 de diciembre de 1822, al declarar que

10. El principio más necesario para el establecimiento y conservación de la libertad es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes, que deben deslindarse, haciéndolas independientes unas de otras en cuanto sea posible.

Los fundadores de la República proscribieron, pues, la dictadura que es concentración de poderes, de funciones y de atribuciones. Y, dentro de ese propósito, la primera Constitución Política del Perú, promulgada el 20 de setiembre de 1823, estableció cinco Poderes: Electoral (Capítulo II), Legislativo (Capítulo III), Ejecutivo (Capítulo V), Judiciario (Capítulo VIII) y Municipal (Capítulo X). El Poder Electoral fue conformado por el conjunto de ciudadanos con derecho a elegir, mediante colegios electorales, Diputados y Senadores. Empero, antes de dos meses, el 14 de noviembre del mismo año, con el argumento de que "para evitar que la publicación de la Constitución Política de la República embarace de modo alguno los importantes objetos del decreto de 10 de setiembre último, por el que se confirió al Libertador Simón Bolívar la suprema autoridad militar y política directorial con todas las facultades ordinarias y extraordinarias propias e indispensables para asegurar la independencia y libertad del Perú, y las que con el mismo objeto se confirieron al Presidente de la República", se declaró "en suspenso el cumplimiento de los artículos constitucionales que sean incompatibles con la autoridad y facultades que residen en el Libertador, y con las que asisten al gobierno para dictar las providencias más enérgicas y eficaces que son indispensables para la salvación del país..."

Los colegios electorales elegían a los Diputados (artículo 39°) y a los Senadores (artículo 50°). El Congreso elegía, a su vez, el Presidente y el Vicepresidente de la República (artículo 60°-24).

La Constitución de 1826 (Título IV) mantuvo el Poder Electoral para los efectos de elegir a los miembros de las tres Cámaras: Tribunos, Senadores y Censores (artículos 26°-2, 27° y 30°-6)). El Presidente y el Vicepresidente de la República eran elegidos por las Cámaras (artículos 30°-1 y 40°-5).

Por decreto de 30 de noviembre de 1826 se ordenó el juramento popular de dicha Constitución y se proclamó a Simón Bolívar como Presidente Vitalicio del Perú. El juramento ocurrió, en efecto, en el Palacio de Gobierno el 9 de diciembre de 1826. Al mes siguiente, quedó en suspenso esta segunda Constitución.

La Constitución de 1828 (artículos 11° y 25°) dispuso la participación de los colegios electorales, de la respectiva Junta Departamental y del Congreso para elegir Diputados y Senadores y de los colegios electorales y del Congreso (artículo 48°-14) para elegir Presidente y Vicepresidente de la República.

Según la Constitución de 1834 (artículos 11° y 26°-1) los Diputados y Senadores eran igualmente elegidos por los colegios electorales; pero correspondía a cada Cámara calificar las elecciones de sus respectivos miembros (artículo 37°). La elección del Presidente de la República se hacía por los colegios electorales y su calificación y escrutinio por el Congreso (artículo 69°).

La Constitución de 1839 (artículo 25°) declaró que los Diputados serían elegidos por los colegios electorales. El artículo 36° sólo indicaba que la elección de los Senadores se haría por departamentos conforme al número que les designe la ley de elecciones. Pero el artículo 46° dispuso que cada Cámara calificaba las elecciones de sus respectivos miembros, resolviendo las dudas que ocurrieran sobre ellas. Fue atribución del Congreso (artículo 55°-16) proclamar la elección del Presidente de la República hecha por los colegios electorales.

La elección directa de Diputados y Senadores fue establecida por la Constitución de 1856 (artículo 44°). Correspondía al Congreso hacer la apertura de las actas electorales, su calificación y escrutinio, en cuanto a la elección directa del Presidente de la República (artículos 76°, 77° y 78°). En la misma forma se elegía un Vicepresidente (artículo 84°).

En la Constitución de 1860 la elección de los Senadores y Diputados se hacía conforme a ley (artículo 44°). La proclamación de la elección del Presidente y de los dos Vicepresidentes correspondía al Congreso (artículo 59°-10)

Las mismas disposiciones reprodujo la Carta de 1867 (artículos 46°, 72° y 73°).

Las Constituciones posteriores (1920, 1933, 1979 y 1993) establecieron normas distintas.

Podemos afirmar, por lo tanto, que en una primera etapa (1823-1896) correspondió a cada Cámara calificar las elecciones de sus respectivos miembros, resolviendo las dudas que ocurrieran sobre ellas; y competía al Congreso proclamar al Presidente de la República y, en su defecto, elegirlo.

Dentro del marco constitucional vigente entonces, se dictó la ley de 13 de abril de 1861, que reguló el procedimiento conforme al cual las Cámaras Legislativas resolvían sobre la validez o nulidad de las elecciones y la calificación y proclamación de sus respectivos miembros.

El Registro Cívico, que tal ley creó, debía contener, por orden alfabético y numeración seguida, los nombres de todos los ciudadanos que estuviesen en ejercicio del derecho de sufragio.

De acuerdo al reglamento de 19 de noviembre de 1861, expedido por el Presidente Ramón Castilla, la formación del Registro Cívico estaba a cargo de los Prefectos, que tenían autorización para nombrar a personas que reuniesen las calidades de aptitud y honradez notorias a fin de empadronar a los electores.

En una segunda etapa (1896-1919) la calificación de las elecciones se confirió a la Junta Electoral Nacional, creada por la Ley Electoral de 20 de noviembre de 1896, como órgano autónomo; y se declaró, asimismo, que ejercían el derecho de sufragio los peruanos mayores de 21 años o casados, que no hubieran llegado a esa edad, que supieran leer y escribir y estuvieran inscritos en el Registro Cívico de su domicilio.

Dispuso la Ley Electoral de 1896 que las elecciones de Presidente y Vicepresidentes de la República y Representantes de la Nación se harían por voto directo y público de los ciudadanos con derecho al sufragio. Los funcionarios que intervenían en las elecciones populares eran de dos clases: funcionarios de registro y funcionarios electorales. En la capital de la República debía funcionar la Junta Electoral Nacional compuesta de nueve miembros, elegidos dos por el Senado, dos por la Cámara de Diputados, cuatro por el Poder Judicial y uno por el Poder Ejecutivo.

La Ley Electoral de 1896 reguló la organización y el funcionamiento de las Juntas Electorales de Departamento; de las Juntas de Registro Provinciales; de las Delegaciones Distritales de Registro; del Registro Electoral de la República; de las Juntas Escrutadoras de Provincia; de las Comisiones Receptoras de Sufragios; del modo de hacer las elecciones; de la incorporación de los Representantes (Senadores y Diputados) al Congreso y de la proclamación del Presidente y Vicepresidentes de la República.

En el Registro Electoral Nacional, vigente hasta 1962, sólo estaban inscritos los ciudadanos peruanos aludidos en el Artículo 84° de la Constitución, o sea los mayores de 21 años de edad y los emancipados y que, además, conforme al Artículo 86° supieran leer y escribir.

En la tercera etapa (1920-1930) la calificación de las elecciones y la proclamación de los elegidos fueron

asignadas al Poder Judicial. En efecto, el artículo 67° de la Constitución de 1920 determinó que

El sufragio en las elecciones políticas, se ejercerá conforme a la Ley Electoral sobre las bases siguientes:

1°.- Registro permanente de inscripción;
2°.- Voto popular directo;

3°.- Jurisdicción del Poder Judicial, en la forma que determine la ley, para garantizar los procedimientos electorales, correspondiendo a la Corte Suprema conocer de los procesos e imponer las responsabilidades a que hubiere lugar en los casos en que igualmente la ley establezca.

El artículo 69° de la Constitución de 1920 estableció la separación de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, "sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución." Sin embargo, el régimen del señor Augusto B. Leguía hizo irrisión de esa y de otras normas de la Constitución. Con sucesivas reformas constitucionales y con fraudes electorales, gobernó autoritariamente once años, hasta que fue depuesto en 1930.

Nuestra teoría constitucional y legal acredita, pues, que los Poderes Legislativo y Ejecutivo fueron elegidos: 1) indirectamente, por colegios electorales, hasta 1850; y 2) directamente, por voto de los ciudadanos registrados, a partir de ese año. Pero nuestra realidad histórica enseña que, salvo breves interregnos, el Perú fue gobernado por regímenes emanados: 1) de golpes militares; y 2) de fraudes electorales.

El Jurado Nacional de Elecciones

Se inicia la cuarta etapa (1931-2007) con el Decreto Ley N° 7177, de 26 de mayo de 1931, que creó el Jurado Nacional de Elecciones, y con la Constitución de 1933 (que, además, le confirió la categoría de Poder) a efecto de organizar y calificar las elecciones del Presidente y Vicepresidentes de la República y de los miembros del Congreso. Empero, en este dilatado lapso, diversas leyes fueron dictadas unas destinadas a proscribir ciudadanos y falsificar resultados y otras, a partir del Decreto Ley N° 14250, a permitir que ellos fueran expresión genuina de la voluntad popular. Hay, también, elecciones municipales, con participación de varones y mujeres, según la Ley N° 14669, desde el 15 de diciembre de 1963, pero con interrupciones derivadas de actos de fuerza.

La Constitución de 1979 mantuvo las funciones básicas del Jurado Nacional de Elecciones; y la actual Carta de 1993, en interminable proceso de reforma, ha creado el impropiamente denominado "Sistema Electoral", integrado por el JNE, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

El protagonismo del Jurado Nacional de Elecciones empieza, como se ha dicho, en 1931. Participaron en las elecciones políticas de ese año, los candidatos Luis M. Sánchez Cerro, Víctor Raúl Haya de la Torre, José María de la Jara y Ureta y Arturo Osores. El JNE anuló arbitrariamente los procesos de Ancash, Cajamarca y Loreto y, como consecuencia de esos y otros hechos similares, resultó cuestionado el resultado oficial. Sin embargo, el JNE proclamó a Sánchez Cerro.

Respecto de ese proceso, el candidato Víctor Raúl Haya de la Torre ("Construyendo el Aprismo", Colección Claridad, Buenos Aires, 1933, pag. 172) expresó en el discurso que pronunciara en la ciudad de Trujillo el 8 de diciembre de 1931 que

"A palacio llega cualquiera, porque el camino de Palacio se compra con oro o se conquista con fusiles..."

El Congreso Constituyente, elegido también ese mismo año, poco después de expulsar a 23 de sus miembros, aprobó la Constitución de 1933 en cuyo artículo 53° excluyó a importantes sectores de la ciudadanía de participar en las elecciones políticas.

Posteriormente, con la complicidad del propio JNE, que arbitrariamente suspendió el cómputo electoral, el régimen autoritario declaró nulo el proceso electoral del 11 de octubre de 1936 mediante la Ley N° 8459.

En cuanto al proceso de 1936, escriben Cristóbal Aljovín de Losada y Silesio López ("Historia de las Elecciones en el Perú", Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2005, pag. 482), que

Vistos los resultados parciales, el gobierno decide anular todo el proceso electoral. Su estrategia es la siguiente: los jurados provinciales iban a recibir quejas de los ciudadanos sobre los candidatos "ilegales" y otras irregularidades. Los jurados departamentales, ante la "imposibilidad" de resolver las quejas, las trasladarían al Jurado Nacional de Elecciones. Esta última institución no tendría los dispositivos legales para resolverlas y las trasladaría al Congreso Constituyente. Este sería el encargado de "recomendar" al Jurado Nacional de Elecciones que anulara todo el proceso electoral, al declarar ilegales los votos que favorecían al Partido Social Demócrata. El andamiaje entonces comenzaría con los jurados provinciales. Así se hace- Cuando Benavides se da cuenta que el fraude no puede impedir el triunfo de Eguiguren, aún tiene la esperanza de apelar al desprestigio de la representatividad de Eguiguren (el candidato de la izquierda) frente a una derecha que, aunque dividida, era ampliamente mayoritaria. El golpe de Estado tenía ya una justificación y La Prensa lo había expresado al clasificar los votos según su orientación ideológica.

Blindado por el referido artículo 53° de la Constitución de 1933, el proceso de 1939 fue fraudulento: sólo compitieron los candidatos presidenciales Manuel Prado y José Quesada, auspiciado el primero por la dictadura de Benavides. El JNE proclamó a Prado.

En 1945, acaso por primera vez en el Perú, las elecciones fueron libres y con participación popular; pero el golpe del 27 de octubre de 1948 derribó al Presidente y clausuró al Congreso y reinició la interdicción del Poder Judicial.

El usurpador de 1948 fue candidato único en el proceso fraudulento de 1950, regido por el decreto-ley Nº 11172, de 2 de noviembre de 1949, con un JNE absolutamente sumiso, cuyos integrantes fueron designados por el propio candidato impostor. Dos miembros de ese Jurado postularon, simultáneamente, al Congreso; y ¡naturalmente ganaron!. El JNE proclamó a Odría.

Fernando Belaúnde Terry, refiriéndose a la situación política vivida por el país, dijo en su Mensaje a la Juventud, de 11 de marzo de 1956, que

Un régimen legítimo, inobjetable, requiere la participación de toda la ciudadanía en el proceso electoral. Exige el término de odiosas persecuciones y prisiones políticas, de las que son víctimas ciudadanos de opuestas tendencias y la rehabilitación franca y valiente, no sólo de gran parte del electorado, sino, particularmente, de los que habiendo sufrido prisiones, destierros y toda clase de vejámenes, en su condición de líderes, hayan acreditado convicciones que, compartidas o no, exhiben a propios y extraños el título de su sacrificio para reintegrarse a la Patria y disfrutar plenamente de sus derechos. Nosotros alzamos nuestra voz contra el agravio inferido a esos compatriotas ausentes.

En 1956 se repitió el fraude, con cierto disimulo, pues el Jurado Nacional de Elecciones sólo inscribió la candidatura de Belaúnde Terry después de vencido el plazo legal e impidió, así, que sus cédulas de votación llegaran a todas las mesas de sufragio. El JNE proclamó a Prado.

En 1962 el JNE alteró el Registro Electoral, con la inscripción fraudulenta de menores de edad y de analfabetos.

El 3 de octubre de 1968 otro golpe militar destruyó la democracia recreada en 1963.

En 1978 la elección de la Asamblea Constituyente fue transparente.

Los procesos políticos de 1980, 1985 y 1990 igualmente resultaron limpios.

El golpe del 5 de abril de 1992 fue motivado por el afán de perpetuar en el poder a un régimen autoritario, integrado por civiles y militares, que afrontan numerosos procesos, algunos ya sentenciados, o que se hallan fugados del país. La dictadura disolvió el Jurado y dispuso la formación de otro, sumiso.

En cuanto a la manipulación del proceso del 18 de noviembre de 1992, para elegir los representantes ante el Congreso Constituyente Democrático, que elaboró la actual Constitución, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 2003 (Exp. Nº 0014-2002-AI/TC, Fundamento 53), dictada en la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Cusco contra la Ley Nº 27600, expresa literalmente que

La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos.

Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11`245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar el 18 de noviembre de 1992, 8`191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6`237,682 votos y estableció 1´620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.

Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3`075,422, lo que representó el 36-56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11`518,669 y el número de votantes fue de 8´178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SI (o sea aprobando la Constitución) fueron 3´895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3´548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y loa votos blancos a 216,088 (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones).

Asimismo, fue ostensible la obsecuencia del Jurado Nacional de Elecciones para permitir la manipulación de las elecciones de 1995. En efecto, estaban inscritos en el Registro Electoral del Perú 12`280,538 ciudadanos, pero sólo concurrieron a votar 9´069,644. Según el Jurado Nacional de Elecciones, el número de votos válidos para Presidente fue de 7`448,386, votos nulos 790,769 y votos en blanco 830,489, que suman, por lo tanto, 9`069644. Sin embargo, el propio Jurado Nacional de Elecciones informó que para Congresistas el número de votos válidos fue de 4`371,037, votos nulos 3`359,869 y votos en blanco 502,774, que suman, en consecuencia, 8`233,680.

Existió, pues, una diferencia de 835,964 votos emitidos, en una misma cédula de sufragio, entre los computados para las fórmulas presidenciales y para las listas al Congreso.

Jamás explicó el Jurado Nacional de Elecciones esta gravísima irregularidad, con viso de delito, en el cómputo del proceso electoral de 1995. Sólo hay una disyuntiva: se incrementó la votación del candidato presidencial Alberto Fujimori Fujimori a efecto de evitar una segunda elección, por no tener mayoría absoluta de votos válidos; o se detrajo la votación de las listas de candidatos al Congreso a fin de dar mayoría a la agrupación oficial. El JNE proclamó a Fujimori.

Las anomalías producidas en la elección del CCD, en el referéndum y en la elección de 1995 –nunca esclarecidas- no habrían ocurrido si, en tales ocasiones,

hubiera existido un órgano de control de los derechos fundamentales, entre ellos el de participación en los asuntos públicos mediante elecciones genuinas, periódicas y libres, tal como lo disponen el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 21°-1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La voluntad de fraude y de enriquecimiento ilícito no tenían límites materiales, ni temporales. Los usurpadores del poder querían perpetuarse. Estaba en marcha otra manipulación electoral, conforme ha quedado patente al conocerse, después, las actividades del Sistema de Inteligencia Nacional.

En cuanto al proceso del año 2000, debo recordar que, como personero de Acción Popular ante el Jurado Nacional de Elecciones, solicité el 28 de diciembre de 1999 la nulidad de la postulación del señor ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, quien ejercía la Presidencia del Perú desde el 28 de julio de 1990, elegido limpiamente, y "reelegido" en 1995, de acuerdo al recurso cuyo texto es el siguiente:

"Que, de conformidad con los arts. 127°, 133° y 135° de la Ley Orgánica de Elecciones (26859), solicito que el Jurado Nacional de Elecciones ejercite sus atribuciones de fiscalizar la legalidad del proceso electoral convocado para el 9 de abril del 2000, velar por el cumplimiento de las disposiciones referidas a materia electoral y administrar justicia en materia electoral, previstas en el art. 178°, incisos 1, 3 y 4, de la Constitución Política del Perú y, en consecuencia, proceda a declarar nula la Resolución N° 2144-99-JNE, de 27-12-99, y sin efecto la inscripción provisional de don Alberto Fujimori Fujimori como candidato a la Presidencia de la República.

ANTECEDENTES

El ciudadano Alberto Fujimori Fujimori fue electo Presidente de la República en 1990; y ejerció esa función hasta el 27 de julio de 1995, incluyendo el lapso, iniciado con el golpe del 5 de abril de 1992, en el que, bajo el rótulo de Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, disolvió inconstitucionalmente el Congreso de la República, destituyó a la mayoría de Vocales de la Corte Suprema y Cortes Superiores, disolvió el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Jurado Nacional de Elecciones, destituyó al Fiscal de la Nación, disolvió los Gobiernos Regionales, etc.

CCD Y CONSTITUCION DE 1993

Durante ese primer período de gobierno, Fujimori convocó al denominado Congreso Constituyente Democrático, que redactó una nueva Constitución, ratificada -según se afirma- mediante el referéndum del 31 de octubre de 1993.

LEY CONSTITUCIONAL DE 6 DE ENERO DE 1993

El CCD declaró la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, dejando a salvo los decretos-leyes expedidos por el gobierno de facto; y declaró que el Presidente de la República elegido en 1990 se hallaba "en actual ejercicio" y era Jefe Constitucional del Estado y personificaba a la Nación.

Así se reconoció, de manera expresa, que el ingeniero Fujimori ejercía su primer período presidencial.

LEY 26304

El Congreso Constituyente Democrático aprobó la Ley N° 26304. En el art. 6° de dicha Ley se dispuso: "La elección del Presidente de la República, de los Vicepresidentes y de los Congresistas el año 1995, se hará de conformidad con el Decreto Ley N° 14250, sus ampliatorias y modificatorias, incluidas las normas contenidas en el Decreto Ley N° 25684 con sus modificatorias establecidas en el Decreto Ley N° 25686."

Asimismo, en el art. 9° de la misma Ley N° 26304 se declaró: "El Jurado Nacional de Elecciones resolverá sobre la aplicación de las leyes durante el próximo proceso electoral según las normas de la Constitución."

LEY 26337 (LEY ORGANICA ELECTORAL)

El propio Congreso Constituyente Democrático dictó la Ley N° 26337. En el art. 1° de tal Ley se establece: "Apruébase con fuerza de ley orgánica los diecisiete artículos referidos a materia electoral, que ha remitido al Congreso el Jurado Nacional de Elecciones y cuyo texto aparece a continuación:"

En el referido artículo 1° se sustituye o adiciona los artículos 23°, 60°, 71°, 123°, 147°, 149°, 152°, 154°, 156°, 163° y 168° del Decreto Ley N° 14250 y el artículo 15° de la Ley 23903.

En el artículo 2° se dio "fuerza de ley orgánica al Texto Unico Integrado del Decreto Ley N° 14250, tal como ha sido remitido por el Jurado Nacional de Elecciones y cuyo texto aparece a continuación:"

Se transcribió ad literam el Texto Unico Integrado del Decreto Ley N° 14250; y, cuando se trató del artículo 71° que se refiere a las personas que no pueden postular a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, se dispuso que el inciso 1) "No rige por mandato del artículo 112 de la Constitución Política de 1993".

(El texto original del 71° del Decreto Ley N° 14250 disponía literalmente:

"Artículo 71°. No pueden postular a la Presidencia o Vicepresidencias de la República:

1) El ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes.")

TEXTO UNICO INTEGRADO ELABORADO POR EL JNE

La Ley Orgánica Electoral N° 26337 fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de julio de 1994. Como en su art. 6° autorizaba "al Jurado Nacional de Elecciones a publicar el Texto Unico Integrado del Decreto Ley

N° 14250, incorporando las normas contenidas en la presente ley" ese organismo electoral dio cumplimiento al mandato legal y, mediante Resolución N° 043-94-JNE, de 9 de agosto de 1994, formuló el Texto Unico Integrado del Decreto Ley N° 14250 y la Ley Orgánica Electoral N° 26337, que se publica en el diario "El Peruano" el 10 de agosto de 1994.

En lo que concierne a la elección de Presidente y Vicepresidentes de la República se repitió, sin alteración, el texto original de la Ley Orgánica Electoral, vale decir la supresión del inciso 1° en el artículo 71°. Quedó así consagrada la posibilidad del Presidente de la República de ser reelegido en 1995, de acuerdo al artículo 112° de la Constitución de 1993.

En esa interpretación auténtica participó, además del CCD, el JNE.

CONVOCATORIA A ELECCIONES POLITICAS DE 1995

El Presidente de la República ejerció su atribución de convocar a elecciones, mediante el Decreto Supremo N° 61-94-PCM, de 5 de agosto de 1994, "De conformidad con lo dispuesto por los incisos 5) y 6) del art. 118° de la Constitución Política del Perú, la Ley 26337 y el inciso 2) del Artículo 3° del Decreto Legislativo 560", reconoció el valor jurídico de esa ley orgánica. Es más: en el artículo 3° de dicho Decreto Supremo determinó que "Las elecciones generales materia de la presente convocatoria, se regirán por las disposiciones de la Constitución Política de 1993 y por el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Elecciones."

LEY 26343

Posteriormente, el Congreso Constituyente Democrático consideró necesarias algunas modificaciones en el Texto Unico Integrado de la Ley Orgánica de Elecciones (26337) y las aprobó mediante la ley N° 26343, de 26 de agosto de 1994, también con votación calificada que requiere toda ley orgánica.

LEY 26344: INTERPRETACION AUTENTICA

Adicionalmente, el CCD dictó la ley 26344, de la misma fecha, que modifica otras disposiciones de la referida Ley Orgánica de Elecciones (26337). En el artículo 4° declara: "Apruébase el Texto Unico Integrado de la legislación que regirá el proceso electoral de 1995, incluyendo las modificaciones introducidas por el Jurado Nacional de Elecciones mediante Resolución N° 043-94-JNE, luego de la dación de la Ley N° 26337 y las incorporadas por esta ley. Conforme al inciso 1) del Artículo 102° de la Constitución Política interprétese que el referido Texto Unico Integrado constituye Ley Orgánica dictada conforme a la Constitución Política."

LEY 26430: TAMBIEN ES INTERPRETACION AUTENTICA

El CCD, finalmente, aprobó la Ley N° 26430, de 5 de enero de 1995, con el objeto de regular, "a partir de los 90 días anteriores al acto de sufragio, la propaganda del ciudadano que en virtud del art. 112° de la Constitución, postule la reelección." Dicha norma fue destinada al proceso electoral de 1995, conforme lo determina su articulado. Consecuentemente, el CCD interpretó que el Ing. Fujimori postuló la reelección en 1995. No puede haber segunda reelección.

TRASCENDENTE RESOLUCION DEL JNE: COSA DECIDIDA

Como el ciudadano Tito Ura Mendoza tachara la postulación presidencial del Ing. Alberto Fujimori Fujimori, arguyendo que éste había sido elegido Presidente de la República conforme a la Constitución de 1979 que prohibía la reelección presidencial inmediata, el Jurado Nacional de Elecciones expidió la siguiente resolución:

"Resolución N° 172-94-JNE
Lima, 26 de octubre de 1994.

Vista, en sesión pública del 20 del mes en curso, la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza contra el candidato de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, aduciendo que fue elegido bajo la vigencia del artículo 205° de la Constitución Política de 1979;

CONSIDERANDO:

Que, la normatividad contenida en la Constitución Política de 1979 ha sido sustituida íntegramente por las disposiciones de la actual Constitución, en aplicación de su última Disposición Final, habiéndose cumplido además con el requisito de aprobación por referéndum;

Que, el artículo 112° de la Constitución Política de 1993 permite la reelección del Presidente de la República, sin establecer limitación alguna;

Que las demás argumentaciones invocadas por el recurrente, no están previstas en ninguno de los casos que señala taxativamente el artículo 79 de la Ley Orgánica Electoral N° 26337, de 23 de julio último;

El Jurado Nacional de Elecciones, en uso de sus atribuciones:

RESUELVE:

Artículo único.- Declarar infundada la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza, contra el candidato a la Presidencia de la República de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, por los fundamentos señalados en los considerandos de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.-

Nugent; Catacora Gonzales; Muñoz Arce; Hernández Canelo; Rey Terry."

INTERPRETACION AUTENTICA

La interpretación auténtica de la Constitución fue hecha, consecuentemente, por el órgano que la aprobó: el Congreso Constituyente Democrático, mediante sendas leyes orgánicas.

El poder constituyente (CCD) aprobó la Constitución de 1993 y, además, la interpretó en cuanto se refiere al art. 112° de esa Carta.

El poder constituido (actual Congreso) sólo puede modificar la Constitución, o su interpretación, en la forma prevista en su art. 206°. Y ello no ha ocurrido.

Sánchez Viamonte ("El Poder Constituyente", pag. 574) explica: "Todo lo que tiene la Constitución tiene jerarquía constituyente; todo lo que se suprima, añada o enmiende corresponde hacerlo al poder constituyente. Se requiere su ejercicio lo mismo para sustituir la Constitución en su totalidad que para modificar en ella una sola palabra".

EFECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

El Jurado Nacional de Elecciones, que resuelve el 26 de octubre de 1994 la tacha de Tito Ura Mendoza aplica la norma constitucional en cuanto permite una reelección presidencial. Dicha resolución produce efectos irrevocables y no puede ser contradicha, ni procede contra la misma ningún recurso, según los arts. 142° y 181° de la Constitución.

Tampoco puede el propio JNE reconsiderar, revisar o modificar sus fallos, por expreso mandato del art. 13° de la Ley Orgánica de Elecciones.

De todo lo expuesto resulta que es írrita la "interpretación auténtica" que pretende la Ley N° 26657 acerca de los alcances del art. 112° de la Constitución, pues sólo puede ser auténtica la interpretación -cuando hay oscuridad o ambigüedad en una norma- hecha por el mismo órgano que dio la Constitución.

No pueden coexistir, jurídica y doctrinariamente, dos interpretaciones de la misma norma constitucional. Tampoco es legítima la ley que se dicta con nombre propio, vale decir para favorecer a quien detenta el poder político.

Sólo mediante una reforma de la Constitución -tal como aconteció en los tiempos de la dictadura de Leguía- puede modificarse el artículo 112° de la Constitución.

Las razones constitucionales y legales expuestas y la necesidad patriótica de que surja del proceso electoral del año 2000 un gobierno cuya legitimidad no sea cuestionable, ni obligue al pueblo a recurrir al derecho de insurgencia que permite el art. 46° de la Constitución, Acción Popular solicita que el Jurado Nacional de Elecciones declare fundada la nulidad de la inscripción provisional de don Alberto Fujimori Fujimori como candidato a la Presidencia del Perú.

PREVALENCIA CONSTITUCIONAL

El art. 51° de la actual Constitución recoge el principio jurídico de la prevalencia de la ley sobre toda norma legal. Al JNE le corresponde apreciar los hechos con criterio de conciencia y resolver con arreglo a los principios generales de derecho.

El art. 110° de la ley 26859 permite que cualquier ciudadano pueda formular tacha contra cualquiera de los candidatos a Presidente y Vicepresidentes, fundada sólo en la infracción de los Artículos 106°, 107° y 108° de dicha ley.

A su vez, el art. 120° de la ley 26859 faculta a cualquier ciudadano para formular tacha contra cualquiera de los candidatos a Congresistas, fundada sólo en la infracción de los Artículos 113°, 114° y 115°.

Sin embargo el Artículo 123°, in fine, de la propia ley admite que Después de las elecciones, sólo puede tacharse a un candidato (al Congreso) si se descubriese y se probara, documentadamente, que no tiene la nacionalidad peruana.

No hay norma semejante para tachar a un candidato (a Presidente o Vicepresidente), si se descubriese y se probara, documentadamente, que no tiene la nacionalidad peruana. Ese es, evidentemente, un vacío de la ley. Pero no el único.

En efecto, en el caso del candidato propuesto por la Alianza 2000, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, está demostrado, fehacientemente, que postuló la reelección presidencial en 1995; y que la tacha propuesta contra esa candidatura fue resuelta por el JNE el 26 de octubre de 1994.

El Jurado Nacional de Elecciones, por lo tanto, debe resolver este recurso con arreglo a la Constitución Política del Perú, los arts. 1°, 5° (incisos a, b y c) y 23° de la ley 26486 y los principios generales de derecho.

En forma expresa manifiesto que este recurso no es tacha ni impugnación, pues no está considerada como tal en la ley 26859; y que, por ende, sólo requiere votación simple, pues la calificada se aplica exclusivamente para los casos previstos en el art. 2° de la ley 26954."

El Jurado Nacional de Elecciones mediante Resolución Nº 2191-99-JNE, de 31 de diciembre de 1999, declaró, por unanimidad, infundadas todas las tachas formuladas por personeros de otros partidos políticos y, con un solo voto discrepante, infundada la nulidad deducida por el suscrito.

El JNE inscribió, pues, de manera definitiva, al Presidente-candidato, a pesar de que existía resolución de ese mismo órgano, expedida cinco años antes, respecto de la reelección de 1995. Con la complicidad del entonces Jefe de la ONPE (sustituyendo actas electorales y manipulando el sistema informático) adulteró la voluntad popular. El JNE proclamó a Fujimori.

El régimen surgido del fraude tuvo breve duración. La opinión pública se manifestó en las calles. El señor Fujimori renunció desde el extranjero. El Congreso eligió un Presidente transitorio, el doctor Valentín Paniagua Corazao, que convocó a nuevas elecciones generales.

Los procesos políticos de los años 2001 y 2006 son intachables; y, salvo excepciones, especialmente en el lapso 1995-2000, las elecciones municipales y regionales expresan también la voluntad popular.

Empero, algunos Jurados Electorales Especiales y el Jurado Nacional de Elecciones han declarado la vacancia de autoridades municipales y regionales de manera arbitraria, sin sujeción a la Constitución ni a las leyes orgánicas respectivas. En tales casos, los Jurados han suplantado la voluntad popular.

La reforma del "Sistema Electoral"

Como el Congreso debate ya la reforma parcial de la vigente Carta, cuya aprobación mediante el referéndum del 31 de octubre de 1993 está cuestionada, resulta pertinente recordar la opinión que, en cuanto al "Régimen Electoral" ha sido pública y técnicamente expresada por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, creada por el Decreto Supremo Nº 018-2001-JUS, en el sentido de crear constitucionalmente, en vez del Jurado Nacional de Elecciones, un Tribunal Supremo Electoral, manteniendo la Oficina Nacional de Procesos Electorales y, como ente separado por la naturaleza de sus funciones, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

El Tribunal Supremo Electoral tendría como funciones principales:

a) Convocar a elecciones;
b) Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales en sus diversas modalidades, así como la aprobación de los padrones electorales;
c) Llevar el registro de los partidos políticos y de las alianzas de partidos;
d) Administrar justicia en materia electoral;
e) Proclamar a los candidatos elegidos y otorgar las credenciales correspondientes;
f) Proclamar los resultados de las consultas populares;
g) Declarar, en su caso, la nulidad de los procesos electorales;
h) Designar al Jefe de la ONPE, por un período de cuatro años;
i) Dictar las resoluciones necesarias para suplir los vacíos o defectos de la legislación electoral; y
j) Ejercer las demás atribuciones que determinan la Constitución y la ley.

La propuesta no concedía naturaleza "irrevisable" ni de "cosa decidida" a las resoluciones del Tribunal Supremo Electoral, pues los juristas que integraron la referida Comisión creada por el Gobierno Transitorio tenían cabal conocimiento de los convenios internacionales y de las obligaciones derivadas de las sentencias correspondientes.

Se advierte que la convocatoria a elecciones (políticas, regionales y municipales) se propone que sea hecha por el Tribunal Nacional Electoral, en vez del Presidente de la República. La Constitución de 1933 omitió indicar qué autoridad hacía la convocatoria a elecciones municipales, razón por la cual la Ley Nº 14669, de 24 de setiembre de 1963, de cuyo proyecto fue autor el suscrito, atribuyó esa función al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. El criterio se mantuvo en la Ley Nº 23673, de 10 de setiembre de 1983, y en la Ley Nº 26452, de 12 de mayo de 1995.

La Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (26486), de 21 de junio de 1995, declara la autonomía del JNE y sus atribuciones de administrar justicia en materia electoral, de fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio, de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares y la elaboración de los padrones electorales, así como mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas. Es fin supremo del JNE velar por el respeto y cumplimiento de la voluntad popular.

El Capítulo I del Título III de la LOJNE (26486) trata "De los Órganos Permanentes". Sin embargo, el único órgano permanente, aparentemente, es el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, integrado por cinco miembros; pues el auditor depende de la Contraloría General de la República y el secretario general tiene funciones administrativas. Nada justifica, por ende, que exista un órgano constitucional, con cinco miembros, que "gozarán, durante el ejercicio de sus funciones, de los mismos honores y preeminencias de los vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República..."(artículo 13 de la referida Ley Nº 26486).

La carga procesal de los vocales de la Corte Suprema y de los Fiscales Supremos es intensa, continua y sólo interrumpida durante el período vacacional anual. Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones laboran realmente durante los procesos electorales. Es por esa razón que el artículo 14º del Decreto Ley Nº 14250, de 5 de diciembre de 1962, dispuso que

Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, con excepción del Presidente que continuará en el ejercicio de sus funciones, cesarán en éstas al instalarse el Congreso en Legislatura Ordinaria.

Esto no obstante, en caso de elecciones parciales, el Presidente del Jurado Nacional convocará a los mismos miembros de este Jurado, dentro de los quince días siguientes al de la convocatoria de dichas elecciones, para conocer de éstas. Si los miembros titulares estuviesen impedidos, se convocará a los suplentes, y en defecto de éstos, las instituciones a que se refieren los incisos b), c) y d) del artículo 15º, en su caso, procederán a la elección de nuevos miembros.

Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones gozarán, durante el ejercicio de sus funciones, de los mismos honores, preeminencias y remuneraciones de los vocales de la Corte Suprema de Justicia.

La carga procesal de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones está circunscrita únicamente a los procesos electorales, de referéndum o de otras consultas populares, en caso de que las hubiere. Esa carga procesal es absolutamente mínima, como lo demuestra la relación de procesos electorales convocados según las normas siguientes:

Decretos Supremos Nº 028-2000-PCM y Nº 031-2000-PCM – Convocatoria a elecciones generales el 8 de

abril de 2001, para elegir Presidente, Vicepresidentes y Congresistas.

Decreto Supremo N° 021-2002-PCM –Convocatoria a elecciones regionales y municipales el 17 de noviembre de 2002.

Decreto Supremo N° 026-2003-PCM – Convocatoria a elecciones municipales complementarias en 13 distritos el 6 de julio de 2003.

Decreto Supremo N° 040-2004-PCM – Convocatoria a elecciones municipales complementarias en la Provincia de El Collao (1 Alcalde y 4 Regidores) el 17 de octubre de 2004.

Resolución N° 072-2004-JNE – Convocatoria a consulta popular de revocatoria de autoridades municipales el 17 de octubre de 2004.

Decreto Supremo N° 017-2005-PCM – Convocatoria a elecciones municipales complementarias el 3 de julio de 2005.

Decreto Supremo N° 096-2005-PCM – Convocatoria a elecciones generales el 9 de abril de 2006, para elegir Presidente, Vicepresidentes, Congresistas y al Parlamento Andino.

Decreto Supremo N° 102-2005-PCM – Convocatoria para elecciones municipales complementarias el 21 de mayo de 2005, conjuntamente con la segunda vuelta de las elecciones presidenciales.

Decreto Supremo N° 012-2006-PCM – Convocatoria a elecciones regionales y municipales el 19 de noviembre de 2006.

Decreto Supremo N° 017-2007-PCM – Convocatoria a elecciones municipales complementarias en 22 Distritos.

Entre los años 2001 y 2007, el Jurado Nacional de Elecciones sólo ha resuelto dos procesos para elegir Presidente, Vicepresidentes y Congresistas; dos procesos para elegir gobiernos regionales y municipales; cinco procesos para elegir Alcaldes y Regidores en algunas Provincias y Distritos; y un proceso sobre revocatoria de algunas autoridades municipales.

De acuerdo al artículo 1° de la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (26487), corresponde a la ONPE "la organización y ejecución de los procesos electorales, de referéndum u otras consultas populares." La ONPE es un organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público interno y goza de atribuciones en materia técnica, administrativa, económica y financiera.

Cada proceso nacional ha demandado al JNE no más de un mes de labor. Cada proceso parcial, a lo sumo, la mitad de tiempo. En otras palabras: los vocales supremos trabajan once meses al año y descansan un mes, mientras los miembros del JNE trabajan un mes al año y descansan once meses.

La necesidad de racionalizar el gasto público nos hace pensar que, mediante la sustitución del artículo 13° de la Ley N° 26486 con el artículo 14° del Decreto Ley N° 14250, puede resolverse el problema derivado de la desproporción entre la labor y la remuneración de los altos dignatarios del Estado, mientras se aprueba la reforma constitucional.

Es verdad que, adicionalmente, el Jurado Nacional de Elecciones tiene la atribución de declarar la vacancia de los cargos de los gobiernos regionales y municipales, que la ejerce en forma similar al Tribunal Supremo Electoral de Ecuador respecto de los Diputados de la Asamblea Nacional, en este año 2007; pero esa es una función jurisdiccional propia del Poder Judicial.

¿Qué haría el JNE si tuviera la atribución de vacar a los Congresistas?

La educación electoral: ¿ONPE o JNE?

Es verdad, también, que la Ley N° 28582, de 20 de julio de 2005, modifica el artículo 5° de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, a efecto de que pueda "desarrollar programas de educación electoral dirigidos a los miembros del Sistema Electoral" y que "Esta función es ejercida de manera permanente e ininterrumpida sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos h) y ñ) del artículo 6de la Ley N° 26687" (Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales).

¿No es suficiente la ONPE para desarrollar programas de educación electoral dirigidos a sus propios funcionarios? ¿Se requieren de dos órganos constitucionales, para hacer docencia permanente e ininterrumpida en materia electoral? ¿Se ha dictado algún curso que permita que los altos funcionarios –sin exclusión ninguna- conozcan que la exclusividad en la impartición de justicia le corresponde al Poder Judicial y que, por lo tanto, no puede el JNE disponer la cancelación de la inscripción en el RENIEC de un ciudadano que no tiene sentencia (civil o penal) que lo inhabilite para ejercer sus derechos políticos? ¿Quién es el "docente" que dispone hacer lo contrario a lo que ordena el artículo 138° de la Constitución?

Cuando se produce conflicto de competencias o de atribuciones entre el JNE y la ONPE o el RENIEC quien resuelve es el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 6° de la Ley N° 26846. Y puede resolver en Arequipa, su sede legal, o en cualquier otro lugar de la República, por cuanto así lo determina el artículo 1° de la LOTC (28301). Es, pues, impertinente toda declaración en contrario. Empero, el JNE pretendía que el Tribunal Constitucional no realizara la audiencia del 6 de junio en Arequipa.

De lo expuesto resulta evidente que la atribución de desarrollar programas de educación electoral debe ser conferida a la ONPE por cuanto es el órgano constitucional del "Sistema Electoral" que tiene mayor preparación y ha acreditado capacidad en la organización y ejecución de los procesos electorales.

La primera lección que la ONPE debe dar al JNE es una elemental: la jerarquía de la Constitución, prevista en el artículo 51° de la vigente Carta, según el cual

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Y, específicamente, el párrafo del artículo 201° de la Constitución, conforme al que

Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas.

Así se evitará que se haga mal uso de los recursos del Estado, pagando abogados ignaros en derecho constitucional, para hacer denuncias ante la Fiscalía de la Nación contra los Magistrados del Tribunal Constitucional que ejercen sus atribuciones, con autonomía e independencia, que otros órganos y sus funcionarios no pueden exhibir.

Alternativa a considerar por el Congreso

Habida cuenta que el Consejo Nacional de la Magistratura tiene, entre sus atribuciones, la de nombrar a los magistrados del Poder Judicial, razón por la cual estos deben estar al margen de presiones político-partidarias, también se puede considerar, en la reforma constitucional, la posibilidad de que sea la Sala Constitucional de la Corte Suprema la que asuma las funciones discontínuas referidas a materia electoral. No sería un retorno al modelo de la Constitución de 1920, pues durante su vigencia el Poder Judicial estuvo manipulado por el régimen pervertido y perverso que surgió del golpe del 4 de julio de 1919.

Sería ésta una alternativa a la propuesta por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, creada por el Decreto Supremo N° 018-2001-JUS.

¡El JNE asume funciones constituyentes y legislativas!

No puedo dejar de expresar mi preocupación ante el legicidio que, en mi concepto, entraña la Resolución N° 306-2005-JNE, de 11 de octubre de 2005, que violando la Constitución y la Ley N° 26864 hace revisables, a través de un denominado "Recurso Extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva", las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. El Jurado asume así atribuciones de máximo intérprete de la Constitución y, además, modifica su propia ley orgánica, facultad que el Congreso sólo podría ejercer con la votación calificada prevista en el artículo 106° de la Constitución.

El artículo 104° de la Constitución de 1993 permite al Congreso delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa, pero, expresamente, declara que

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Las leyes orgánicas no son susceptibles de ser delegadas a la Comisión Permanente, según el artículo 101°-4 de la misma Constitución. Y todas las leyes –orgánicas y ordinarias- deben respetar el marco constitucional.

Como este voto forma parte integrante de la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Callao, considero útil transcribir ad literem la norma que contiene atribuciones usurpadas, no obstante regir el Estado Social y Democrático de Derecho.

RESOLUCION N° 306-2005-JNE

Lima, 11 de octubre de 2005

CONSIDERANDO:

Que, conforme al artículo 142 de la Constitución Política vigente: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (...)";

Que, de la misma manera, el artículo 181 de la referida carta política, establece: "(...) En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno";

Que, el artículo 36 de la Ley N° 26859, Orgánica de Elecciones, señala expresamente que: "Contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, no procede recurso alguno ni acción de garantía ni acción ante el Tribunal Constitucional";

Que, los mandatos de la Constitución y la legislación instituyen el modelo electoral adoptado por nuestro país de modo inequívoco, según el cual el Jurado Nacional de Elecciones es un órgano neutral, autónomo, especializado y permanente, evitándose de ese modo interferencias de cualquier índole;

Que, el Jurado Nacional de Elecciones ejerce funciones de carácter jurisdiccional y por tanto, es respetuoso de los principios de constitucionalidad y legalidad como del debido proceso, protegiendo los derechos fundamentales de las personas en concordancia con los tratados internacionales y con las recomendaciones de los organismos supranacionales sobre derechos humanos;

Que, no obstante lo precedentemente expuesto el Jurado Nacional de Elecciones considera conveniente establecer un procedimiento jurisdiccional posibilitando un recurso efectivo y sencillo que en materia procesal efectiva tenga por objeto que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones reexamine, en forma extraordinaria las resoluciones que emita, cuando éstas específicamente afecten u omitan un derecho fundamental de procedimiento;

Que, los plazos en los procesos electorales son de naturaleza preclusiva y perentoria, por lo que el plazo para la interposición del referido recurso extraordinario deberá ser similar a los plazos sumarísimos establecidos en las leyes electorales;

Que atendiendo a que el artículo 5 inciso l) de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones N° 26486 señala como función del Jurado: "Dictar las resoluciones y la reglamentación necesarias para su funcionamiento",

el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en uso de las facultades que le otorga el Artículo 14 inciso k) del Reglamento de Organización y Funciones del Jurado Nacional de Elecciones, aprobado por la Resolución N° 134-2005-JNE;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Establecer en materia electoral el "Recurso Extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva" el cual deberá ser presentado debidamente fundamentado dentro del tercer día de notificado con la resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, y será resuelto en el plazo de 3 días.

La presente Resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MENDOZA RAMÍREZ
PEÑARANDA PORTUGAL
SOTO VALLENAS
VELA MARQUILL0
VELARDE URDANIVIA
BALLÓN - LANDA CÓRDOVA, Secretario General

El JNE proclama que sus resoluciones son irrevisables, según el artículo 181° de la Constitución (con la lectura aislada que ese órgano hace de tal dispositivo). Empero, el propio Jurado se autofaculta a revisar sus resoluciones. Asume funciones de Poder Constituyente.

Asimismo, incumple la sentencia, con efecto vinculante, del Tribunal Constitucional de 8 de noviembre de 2005 (mencionada anteriormente).

Pero allí no para el entusiasmo legislador del Jurado Nacional de Elecciones. El mismo día dicta la Resolución N° 307-2005-JNE, por la cual confiere "jurisdicción nacional" al Jurado Electoral Especial de Lima "para recibir y procesar las solicitudes de inscripción de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República y, además, para resolver tachas. Es presumible que los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, que presumen estar dotados de facultades legislativas, hayan considerado que podían delegar esas facultades en el Jurado Electoral Especial de Lima, tal como el Congreso las delega en el Poder Ejecutivo.

El Jurado Nacional de Elecciones, para expedir la Resolución N° 307-2005-JNE, de 11 de octubre de 2005, se basó en los argumentos siguientes:

"Que corresponde al Jurado Nacional de Elecciones velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral, siendo sus resoluciones dictadas en instancia final y definitiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 178 numeral 3), 142 y 181 de la Constitución Política del Perú;

Que resulta necesario reglamentar el procedimiento de inscripción de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, normado en el Título V, Capítulo 3, de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, a fin de hacer precisiones respecto de la correspondiente tramitación y garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos que intervengan en las justas electorales, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la misma norma, el Jurado Nacional de Elecciones tiene la responsabilidad de la inscripción de candidatos elegibles en Distrito Electoral Nacional;

Que el artículo 110 de la citada norma electoral especial, regula la impugnación contra los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, consagrando así, implícitamente, la pluralidad de instancias; por lo que, desarrollando el articulado en mención, este Colegiado está en el deber de establecer y precisar la instancia de primer grado, previa al Pleno, para que conozca en Elecciones Generales de los aspectos antes referidos; competencia que debe recaer en un Jurado Electoral Especial, por ser el órgano de carácter temporal previsto en la estructura orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, conforme al artículo 44 y siguientes de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859 y a los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones N° 26486;

Que correspondiendo la inscripción de fórmulas de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República a un proceso electoral con candidatos elegibles en Distrito Electoral Nacional, tal proceso de inscripción debe centralizarse en un solo Jurado Especial Electoral de la capital de la República, el mismo que se ubicará donde la mayoría de agrupaciones políticas de carácter nacional tiene ubicada su sede principal;

Por los fundamentos expuestos, y de conformidad a lo previsto en el inciso l) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones N° 26486;

El Jurado Nacional de Elecciones;

RESUELVE:

Artículo Único.- Establecer para los procesos de Elecciones Generales la primera instancia, a cargo del Jurado Electoral Especial de Lima, al cual se le confiere jurisdicción nacional para efectos de recibir y procesar las solicitudes de inscripción de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, así como para resolver en la misma instancia las tachas que contra dichas candidaturas se presenten

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MENDOZA RAMÍREZ
PEÑARANDA PORTUGAL
SOTO VALLENAS
VELA MARQUILLO
VELARDE URDANIVIA
BALLÓN-LANDA CÓRDOVA, Secretario General

El inciso l) del artículo 5° de la Ley N° 26486, en que pretende basarse el JNE, dice literalmente que

Son funciones y atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones:

l) Dictar las resoluciones y reglamentaciones necesarias para su funcionamiento.

Se trata, por lo tanto, de una norma que autoriza al Jurado Nacional de Elecciones a reglamentar su funcionamiento (por ejemplo, el horario de trabajo, la hora del te, etc.).

La referida disposición legal no autoriza al JNE a establecer la competencia nacional de un Jurado Electoral Especial, que tiene las atribuciones especificas señaladas en la propia Ley N° 26486, que sólo puede modificarse por el Congreso y con votación calificada.

El Título V de la Ley N° 26859 (Ley Orgánica de Elecciones), de 13 de octubre de 1997, trata, en efecto, "De las inscripciones y candidatos", y expresamente dispone en el artículo 86 que

El Jurado Nacional de Elecciones tiene la responsabilidad de la inscripción de candidatos elegibles en Distrito Electoral Nacional.

La Oficina Nacional de Procesos Electorales tiene la responsabilidad de recibir y remitir al Jurado Nacional de Elecciones la solicitud de inscripción de candidatos a opciones en procesos de ámbito nacional, informando respecto del cumplimiento de los requisitos formales exigidos que incluye la verificación de las respectivas firmas adherentes.

La Ley N° 26859 fue, a su vez, aprobada por el Congreso en cumplimiento del artículo 31° de la Constitución Política del Perú, en cuyo párrafo primero se establece que
Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (subrayado agregado).

Atribuciones del JNE en cuanto a la inscripción de los Partidos (Ley N° 26859)

Dentro del marco constitucional y legal referidos, los partidos políticos solicitan su inscripción ante el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 88°). El Jurado Nacional de Elecciones solicita a la Oficina Nacional de Procesos Electorales que compruebe la autenticidad de las firmas y la numeración de los documentos Nacionales de Identificación correspondientes a los adherentes (artículo 91°).

El Jurado Nacional de Elecciones, cumplidas las exigencias legales, procede inmediatamente a efectuar la inscripción provisional, la que se convierte en definitiva después de resueltas las tachas que pudieran formularse (artículo 96°).

Atribuciones del JNE en cuanto a la inscripción de las Alianzas (Ley N° 26859)

La inscripción de las alianzas de partidos y Agrupaciones Independientes se solicita ante el Jurado Nacional de Elecciones cumpliendo los requisitos legalmente exigidos (artículos 97° a 99°).

Obligación del JNE de publicar síntesis del asiento de inscripción (Ley N° 26859)

Es obligación del Jurado Nacional de Elecciones disponer la publicación en el diario oficial "El Peruano", de una síntesis del asiento de inscripción del partido político, agrupación independiente o alianza (artículo 100°).

Las tachas contra las inscripciones pueden formularse ante el Jurado Nacional de Elecciones en el plazo y forma señalados en la ley (artículos 101° a 103°).

Atribuciones del JNE en cuanto a la inscripción de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias (Ley N° 26859)

Los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República solicitan su inscripción en una sola y misma fórmula (artículo 104°).

El Jurado Nacional de Elecciones publica en el diario oficial El Peruano la inscripción de cada fórmula de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República al día siguiente de efectuarse ésta (artículo 109°).

Los candidatos pueden ser tachados dentro de los dos días siguientes a la publicación. La tacha debe ser resuelta por el Jurado Nacional de Elecciones dentro del término de tres días naturales. La tacha se acompaña con un comprobante de empoce en el Banco de la Nación, a la orden del Jurado Nacional de Elecciones por la suma equivalente a una UIT por candidato (artículo 110°).

Aceptada la inscripción de las fórmulas de candidatos o ejecutoriadas las resoluciones recaídas en las tachas, el Jurado Nacional de Elecciones efectúa la inscripción definitiva de las fórmulas de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias y dispone su publicación (artículo 111°).

Violación de la Constitución y de la Ley

El Jurado Nacional ha violado el artículo 31° de la Constitución Política del Perú y las disposiciones de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859. En efecto, asumiendo funciones:

(1) del Presidente de la República (Const. artículo 118°-8) ha ejercido la atribución de "reglamentar el procedimiento de inscripción de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, normado en el Título V, Capítulo 3, de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, a fin de hacer precisiones respecto de la correspondiente tramitación y garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos que intervengan en las justas electorales, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 86° de la misma norma, el Jurado Nacional de Elecciones tiene la responsabilidad de la inscripción de candidatos elegibles en Distrito Electoral Nacional".

(2) del Congreso de la República (Const. artículo 102°-1) pues ha modificado el artículo 86° de la Ley N° 26859,

según el cual es obligación directa, indelegable, del Jurado Nacional de Elecciones "la inscripción de los candidatos elegibles en Distrito Electoral Nacional"; y la Resolución N° 307-2005-JNE dispone que esa atribución sea ejercida por órgano distinto, violando, también, flagrantemente, el artículo 31° de la Constitución.

(3) del Tribunal Constitucional (Const. artículos 201° y 202° y artículo 1° de la LO N° 28301) por cuanto el JNE pretende convertirse en el intérprete supremo de la Constitución.

(4) de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Const. artículo 182°) en la medida que asume la atribución de organizar y ejecutar los procesos electorales.

(5) del Poder Judicial (Const. artículo 138°) ya que por acuerdo N° 17016-010-JNE, de 17 de enero de 2006, el Pleno del JNE dispuso que el Jefe del RENIEC procediera a excluir, entre otros ciudadanos, a Arturo Castillo Chirinos del Padrón Electoral "con miras al mejor desarrollo del proceso electoral 2006", usurpando así usurpó funciones del Poder Judicial.

La inhabilitación sólo puede declararse mediante sentencia firme emanada del Poder Judicial y produce los efectos de privación de la función pública, aunque provenga de elección popular y de suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia, según determina el artículo 36°, incisos 1 y 3, del Código Penal, que forma parte integrante del Título III (De las Penas) del aludido Código, elaborado en 1991 por la comisión especial que me honré en presidir.

Los miembros del JNE, que no tienen derecho al antejuicio político, habrían incurrido, en consecuencia, en el delito tipificado en el artículo 359°, inciso 1, del Código Penal conforme al que

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes:

1. Inserta o hace insertar o suprime o hace suprimir, indebidamente, nombres en la formación de un registro electoral.

Asimismo, los integrantes del JNE habrían perpetrado el delito tipificado en el artículo 428° del Código Penal, de acuerdo al cual

El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

La pena privativa de libertad, hasta por seis años, es aplicable a todos los funcionarios públicos que incurran en el ilícito previsto en el artículo 385° de la Ley N° 26859 (Ley Orgánica de Elecciones).

El artículo 46-A del Código Penal dispone se aumente hasta en un tercio por encima del límite legal cuando el agente del hecho es funcionario público.

Cuando hay concurso ideal de delitos, corresponde al Poder Judicial aplicar la norma del artículo 48° del mismo Código Penal, el que dispone que

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave.

Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones.

El afectado Castillo Chirinos solicitó y obtuvo que el RENIEC anulara el 02 de marzo de 2006 la inhabilitación dispuesta por el Jurado Nacional de Elecciones. Empero, los ilícitos penales habían producido efectos entre el 17 de enero y el 02 de marzo de 2006, o sea durante 44 días.

La reparación civil se determina conjuntamente con la sentencia; comprende la indemnización de los daños y perjuicios; es solidaria; y se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Así lo determinan los artículos 92, 93°, inciso 2, 95° y 101° del referido Código Penal.

A su vez, el Código Civil, elaborado por la comisión revisora que me honré en presidir, tiene los siguientes preceptos:

El artículo IX del Título Preliminar, con arreglo al que

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Y los artículos 1969° a 1988° sobre responsabilidad extracontractual.

El Jurado Nacional de Elecciones, mediante el acuerdo N° 17016-010-JNE, de 17 de enero de 2006, ha violado, en consecuencia, las siguientes normas constitucionales:

- El artículo 2°, inciso 11, que garantiza el derecho a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, para lo que se requiere de documento de identidad o de pasaporte;- El artículo 2°, inciso 14, que permite a toda persona contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, puesto que durante el tiempo que Castillo Chirinos tuvo invalidada su inscripción en el RENIEC no podía contratar;
- El artículo 2°, inciso 15, en cuanto para trabajar libremente se requiere tener el documento de identidad;

- El artículo 2°, inciso 17, referido a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; y a ejercer, como ciudadano, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum;
- El artículo 2°, inciso 20, relativo a formular peticiones, individual o colectivamente, ante las autoridades públicas;
- El artículo 2°, inciso 21, en la medida que, invalidando la inscripción en el RENIEC de Castillo Chirinos, le impedía obtener o renovar su pasaporte;
- El artículo 2°, inciso 23, respecto a la legítima defensa, que requiere, para su ejercicio, del documento de identidad; y
- El artículo 2°, inciso 24, en varios de sus literales, especialmente el h.

El JNE ha violado, también, el artículo 55° de la Constitución que declara que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, los que están precisados en la sentencia del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, al haber retenido, arbitrariamente, la comprobación de las firmas de más de cinco mil ciudadanos para interponer acción de inconstitucionalidad contra la misma Ley N° 28642, el JNE ha violado el artículo 203°, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Con ese hecho los funcionarios del JNE habrían perpetrado, además, el ilícito previsto en el artículo 377° del propio Código Penal.

Eventualmente, sería aplicable el artículo 46°-B del Código Penal que reintroduce la figura de la habitualidad.

El JNE pretendía ser el máximo intérprete de la Constitución, con la Ley N° 28642; y, con la "excusa por decoro" de tres Magistrados, busca disolver... disolver el TC.

Con el uso de medios que desmerecen la jerarquía de su señera autoridad constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones se ha puesto en el nivel que tuvo en nefastos períodos de nuestra vida republicana. Se recurre a la falsedad de sostener que una sentencia del Tribunal Constitucional que estime la demanda del Colegio de Abogados del Callao pondría en riesgo las elecciones en 23 (del total de 1,837) distritos de la República. La organización y ejecución de los procesos electorales son atribuciones de la ONPE, según el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (26487), conforme al cual

La Oficina Nacional de Procesos Electorales es la autoridad máxima en la organización y ejecución de los procesos electorales, de referéndum u otras consultas populares.

Es un organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público interno y goza de atribuciones en materia técnica, administrativa, económica y financiera.

En Jurado Nacional de Elecciones no puede, pues, sorprender al pueblo peruano con declaraciones tremendistas dirigidas a crear incertidumbre respecto a las elecciones municipales complementarias, cuando sus atribuciones son, precisamente, las de administrar justicia en materia electoral y velar por el respeto y el cumplimiento de la voluntad popular, de acuerdo a los preceptos que contiene su ley orgánica (26486); ni auspiciar una campaña de prensa dirigida a enmascarar la finalidad que se pretende: estar al margen de todo control de sus actos, aunque estos vulneren los derechos fundamentales de las personas, tutelados constitucionalmente y consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros diversos convenios internacionales.

El Ministerio Público no debe permanecer ciego y sordo ante los hechos ilícitos perpetrados puesto que los artículos 158° y 159° de la Constitución Política del Perú declaran la autonomía del Ministerio Público y establecen sus atribuciones. La omisión en el ejercicio de la acción penal puede dar lugar a que se aplique los artículos 99° y 100° de esa Carta Política. El hecho de haber integrado el JNE y tener vinculación amical con sus miembros no es excusa, ni disculpa.

Las elecciones complementarias en 23 distritos se realizarán el 1° de julio del 2007. En consecuencia, antes de treinta días el país será testigo que las expresiones desaforadas e impertinentes de quien representa al JNE no tenían ni tienen fundamento alguno, pues la ONPE ha cumplido ya, según información pública, con remitir el material electoral a los respectivos Jurados Especiales.

Finalmente, reitero la sugerencia formulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Exp. N° 0006-2003-AI/TC) a efecto de que el Congreso, si lo tiene por conveniente, incorpore a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones dentro de los funcionarios de la más alta jerarquía referidos en el artículo 39° de la Constitución y, también, en el artículo 99° de la misma Carta a efecto de que sean pasibles de acusación constitucional.

S

Alva Orlandini

EXP. N.° 0007-2007-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CALLAO

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad que con errores e imperfecciones se interpreta cuestiona la

Ley N.° 28642, que modificó el artículo 5°, numeral 8) del Código Procesal Constitucional (Ley 28237). Asimismo cuestiona la Ley 28961 que modificó los artículos 22 y 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 27972) y el artículo 31 de la Ley Orgánica los Gobiernos Regionales (Ley 27867). El cuestionamiento a que hacemos mención persigue la expulsión del sistema jurídico de los citados dispositivos legales a efectos de permitir que este Tribunal Constitucional pueda revisar en última instancia las decisiones que en materia electoral evacue el Jurado Nacional de Elecciones.

2. La demanda en mención interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao fue admitida a trámite por resolución de fecha 16 de abril del 2,007, de este colegiado en la que obviamente se admiten como válidos los argumentos del actor que dicen del cumplimiento de las exigencias de concurrencia de los correspondientes presupuestos procesales y condiciones de la acción. No obstante, el pasado 22 de mayo al advertir el suscrito del error en el que incurrió el Tribunal al admitir a trámite esta demanda presentada en la forma ya enunciada, formulé por escrito al Pleno un pedido considerando que debió ser rechazada in limine por improcedente en razones de la especialidad exigida por el inciso 7 del artículo 203 de la Constitución Política del Estado, para que el Tribunal, de oficio, declarara la nulidad para evitar el costo de una tramitación ociosa que por las razones expuestas no podrían llevar al Tribunal a un pronunciamiento de fondo por evidente falta de la legitimidad para obrar activa extraordinaria señalada expresamente por el referido dispositivo constitucional. La sustentación a dicho pedido consta del escrito de su propósito, al que hay que agregar los fundamentos que en esta oportunidad me permito ofrecer.

3. Es menester que previamente a la aludida fundamentación, precisemos algunos aspectos generales que entiendo pueden fijar mejor la materia en discusión.

4. Se afirma que el derecho procesal constitucional es la fusión del derecho constitucional con el derecho procesal, "...sin embargo, aunque comparte de los principios y estructura de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el derecho procesal y el derecho c onstitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional..." y es que "(...) los primeros cimientos del derecho procesal constitucional según se ha mencionado fueron aportados por kelsen y posteriormente por otros connotados procesalistas como Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture y Mauro Cappelletti –que desde perspectivas diferentes se acercaron al Derecho Constitucional- no fue sino los aportes de Hector Fix Zamudio, cuando, a partir de la publicación de sus primeros ensayos en el año 1956, la disciplina empieza a adquirir verdadero contenido sistemático partiendo de los principios del procesalismo científico, a luz del derecho comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la constitución (...)..."(Derecho Procesal Constitucional Peruano, Domingo García Belaunde, Pags. 65 y 66).

Es decir a partir del entrecruzamiento del derecho constitucional con el derecho procesal algunos con abrumadora euforia consideran que el derecho procesal constitucional viene a constituir una creación novedosa autónoma como ajena a ambos derechos, el material o sustantivo y el formal o procesal (instrumental) que encontramos en la propia Constitución, sin advertir como lo dice Juan Monroy Gálvez que la Constitución está conformada, en sus aspectos fundamentales, por normas instrumentales. Queremos decir así que el proceso constitucional es tributario del derecho procesal en general participando de sus instituciones que recogidas dentro de nuestro derecho positivo interno en el Código Procesal Civil vienen estas a constituir normatividad supletoria e integradora como expresamente lo reconoce el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

5. El Proceso en general y en abstracto constituye un todo sostenido por la ciencia procesal basada en principios que le dan al proceso coherencia y racionalidad. De allí que Eduardo J. Couture expresa: "Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en si mismo un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución" (Estudios de Derecho Procesal T III, pág. 51). Agregan a su turno Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini: "La condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso recibe el nombre de derecho procesal constitucional. No se trata de una rama autónoma del derecho procesal sino una cierta posición científica, de un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede examinar el proceso en sus relaciones con la Constitución" (Estrategia Procesal Civil, pág. 203).

6. Volviendo al tema de la inconstitucionalidad demandada y estando a lo precedentemente considerado es preciso analizar la especialidad requerida en el numeral 7 del artículo 203 de la vigente Constitución Política del Perú para poder apreciar que estamos en casos de legitimidad para obrar activa extraordinariamente contemplada por la citada norma constitucional, pudiendo así distinguir en el proceso ordinario que existen dos clases de legitimidad para obrar activa: La ordinaria, otorgado en general a todo justiciable y la extraordinaria otorgada por la ley a personas expresamente determinadas por ésta; en cambio tratándose del proceso constitucional, la legitimidad para obrar activa a que se refiere el referido artículo 203 de la Constitución es, no cabe duda, la legitimidad extraordinaria a que hacemos referencia y por tanto quienes la ejercitan con la correspondiente demanda tienen que ser sólo y necesariamente las personas que el texto de la ley señala a exclusividad. En este caso debemos subrayar que estamos reafirmando que dicha extraordinaria legitimidad del citado artículo constitucional nace, mas allá que de la ley, de la propia Constitución Política del Estado. Y si esto es así significa entonces que si la demanda constituye el ejercicio del derecho de acción para requerirle al propio Estado la

expulsión de una norma con categoría de ley solo puede hacerlo quien o quienes específica y expresamente están autorizados por la norma, lo que entraña la imposibilidad de llegar a una sentencia de mérito si la demanda ha sido interpuesta por persona no autorizada aun cuando dicha demanda por error haya sido admitida a trámite. Decía Chiovenda que no puede dictarse una sentencia sobre el tema de fondo propuesto cuando ésta llevaría a una imposible ejecución; en el presente caso creo yo la falta de legitimidad activa entraña la ausencia de interés en el demandante para exigir lo que la ley le tiene reservado a otras personas con exclusividad. Si por el nemo judex sine actore exigimos la formulación necesaria de una demanda para que pueda existir proceso, el sine actione agere, vale decir la falta de acción en el demandante, o, la ausencia de titularidad en cuanto a la pretensión constituye un condicionamiento para que solo el señalado extraordinariamente con dicha titularidad por la ley sea quien puede presentar la demanda y ninguna otra persona. Omar Cairo Roldán en su obra "Justicia Constitucional y Proceso de Amparo" señala en la página 65, en lo referente a la legitimidad para obrar activa extraordinaria los siguiente: "El derecho de acción es la atribución de todo sujeto de derecho para pedir al Estado que resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre ambas con relevancia jurídica. El Estado, en consecuencia, tiene el deber de brindar tutela jurisdiccional a todo sujeto que ejerza el derecho de acción mediante el acto procesal llamado demanda. Sin embargo, esta tutela solo podrá consistir en un fallo válido sobre el fondo cuando en la demanda esté presente, además de otros elementos, la legitimidad para obrar".

Es en razón de esta imposibilidad de llegar a un pronunciamiento de mérito aun cuando la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso haya sido admitida a trámite irregularmente, procede como expresión de salvamento la declaración invalidatoria de oficio, recurriendo a la aplicación supletoria del artículo 121 del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que prevé la integración a que hacemos referencia. Esta es la denominada en la doctrina sentencia inhibitoria que obliga al Juez por excepción, no obstante haber aplicado el saneamiento procesal que prohibe la vuelta a la discusión sobre la temática de la validez de la relación procesal, a un pronunciamiento inhibitorio para anular todo o parte de lo actuado por no poder decir en su decisión el derecho que corresponde desde que la demanda merece la calificación de improponible. Y esto, repetimos, se da ante la imposibilidad de una decisión de mérito porque sería ésta inejecutable. Precisamente este Tribunal en el Exp. N.º 10168-2006-PA, evacuó la sentencia de 7 de marzo del año en curso en cuyo fundamento 3, dijo: "... la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República... se ha pronunciado a favor de la nulidad de oficio... conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil... todo Juez, incluyendo los de la Corte Suprema, tiene competencia para pronunciarse mediante decisión debidamente motivada, sea declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. En igual sentido el artículo 176 del mismo cuerpo normativo establece la facultad de los Jueces, incluidos los de la Corte Suprema, para pronunciarse de oficio respecto de las nulidades insubsanables...". En el presente caso, afirmamos que la demanda de inconstitucionalidad debió ser rechazada in limine por no corresponderle al Colegio de Abogados del Callao la legitimidad para obrar activa que extraordinariamente contempla el artículo 203 de la Constitución Política del Estado por ausencia de la especialidad a la que se refiere el numeral 7º del dispositivo constitucional citado.

7. En este tema de la legitimidad para obrar extraordinaria en razones de especialidad señala Osvaldo Alfredo Gozaíni que el necesario interés de los Colegios Profesionales para poderse considerar titulares de la legitimidad extraordinaria activa dice a fojas 135 – 136 de su obra "Los problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales": "Una modalidad de ellos aunque con matices que lo singularizan son los intereses de categoría (también llamados profesionales) que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, Médicos, Abogados, Escribanos, Ingenieros, Arquitectos, etc.). Almagro los analiza como intereses sociales (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial".

8. De lo que acabamos de exponer queda claro que la legitimidad procesal o para obrar es la identificación que exige que quienes están en el proceso y actúan en él como tales tienen que ser las personas que conformaron la relación sustantiva o material subyacente, todo esto visto desde luego desde un orden que podríamos calificar de normal, lo que significa también que extraordinariamente la ley pueda otorgarle legitimidad para obrar activa a personas distintas a las que formaron parte de esta relación sustantiva. Significa entonces que la legitimidad procesal activa extraordinaria necesariamente nace la ley y aleja la posibilidad de llevar al proceso a las personas que ordinariamente pueden hacer actividad procesal satisfaciendo las exigencias de la legitimidad procesal ordinaria es decir cualquier justiciable que considera la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional en requerimiento de tutela jurídica el que por tanto como lo señalara Peyrano le permite a cualquiera demandar a cualquiera, por cualquier cosa y con cualquier grado de razón, incluso hasta sin ella extremadamente, lo que significaría y significa que hay demandas en la sentencia que tendrán que ser rechazadas por infundadas. Pero recalcamos que cuando la legitimidad para obrar activa es extraordinaria, necesariamente nace de la ley solo pueden ejercitar el derecho de acción quienes están llamados como demandantes por la propia disposición de la ley cuya denominación encierra incluso una legitimidad extraordinaria dada por la Constitución Política, que es el caso de autos. Hemos dicho por tanto, que cuando la legitimación extraordinaria la ejercitan

personas no llamadas para este encargo, el Juez que admite la demanda se descalifica para una decisión de fondo al momento de sentenciar.

9. El artículo 203 de la Constitución Política del Perú establece que:
"...están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad:
1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad..."

Es evidente que la Constitución ha establecido quiénes tienen la legitimidad para obrar activa extraordinaria como condición de la acción de inconstitucionalidad, siendo el artículo excluyente y específico. El inciso 7) del artículo 203º de la carta magna agrega como novedad frente a las Constituciones ya derogadas, la legitimidad a los Colegios de Profesionales, estableciendo, como límite, que éstos están legitimados para demandar pero sólo en lo que concierne a su especialidad. ¿Y cuál es la especialidad de los Colegios Profesionales? Específicamente tenemos que precisar cual es la especialidad de los Colegios de Abogados como instituciones en atención a sus fines e intereses, distintos de los intereses que puedan tener los Abogados que conforman la institución por tratarse de personas naturales distintas a la persona jurídica que los integra.

10. Los Colegios Profesionales, de acuerdo con nuestra Constitución, se definen como instituciones autónomas de Derecho Público Interno, lo que quiere decir que su creación, a diferencia de las asociaciones y sindicatos, está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley. La obligatoriedad de la colegiación está ineludiblemente vinculada con el ejercicio de una profesión determinada; esta imbricación justifica su previsión constitucional. La Constitución, además de definir su naturaleza jurídica, también les reconoce un aspecto importante como es el de su autonomía. No obstante, la autonomía reconocida a estas instituciones no puede significar ni puede derivar en una autarquía; de ahí que sea importante poner en relieve que la legitimidad de los Colegios Profesionales será posible solo y en la medida que su actuación se realice dentro del marco establecido por nuestro ordenamiento constitucional. En dicho sentido la especialidad está referida al ámbito en que se desarrolla cada Colegio Profesional, así como a su aspecto gremial, administrativo, ejercicio profesional de los agremiados, etc.; esto quiere decir que cuando dicho artículo los legitima para interponer una demanda de inconstitucionalidad lo hace en razón de que la ley que se cuestiona puede afectar el ámbito en el que se desarrolla, debiendo especificar el grado de afectación que le causa la vigencia de determinada ley. Un ejemplo de ello es la demanda de inconstitucionalidad recaída en el expediente 0027 – 2005 – AI, interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley Nº 26937, expedida por el Congreso de la República, que establece la no obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio profesional del periodismo. En este caso se evidencia que la norma impugnada está directamente vinculada con la agremiación de los profesionales especializados en periodismo (legitimidad activa extraordinaria). En casos contrarios el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad por falta de legitimidad para obrar extraordinaria activa del Colegio demandante, así tenemos que en el proceso recaído en el Exp. N.° 0005-2005-AI/TC, en el que el Colegio de Abogados de Ica demandó la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28427, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, el Tribunal emitió resolución en la que sostuvo que:"...debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico...". Ese mismo criterio sirvió de fundamento para rechazar las demandas de inconstitucionalidad recaídas en los expedientes: 006-2005-AI, 011-2005-AI, 018-2005-AI, 009-2006-AI/TC, entre otras.

11. Para el caso del Colegio de Abogados debemos tener en cuenta que la Real Academia Española ha definido al Abogado como el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todo proceso judicial como labor mayormente recurrida y el Colegio de Abogados, es la institución de derecho público interno con autonomía suficiente, reúne a estos profesionales para la defensa del gremio en todos los temas referidos al libre ejercicio de la abogacía, correspondiéndole institucionalmente no sólo la defensa gremial sino el control que la sociedad le encomienda de la conducta de los colegiados para lo que al crearse se fijan estatutariamente facultades de gobierno y de legislación interna como administrativas, especialmente de disciplina, con lo que se quiere decir que el referido Colegio no es especialista en leyes, consecuentemente al no tener dicha especialidad específica ni menos la de cuestionar las leyes que pueda dar el Congreso, los Colegios de Abogados carecen de legitimidad para demandar indiscriminadamente la inconstitucionalidad de cualquier ley como en algunos casos suelen pretender. Y en el caso del numeral 7º del citado artículo 203° de nuestra Constitución, tratándose de los Colegios Profesionales de Abogados, que existen en todo el

territorio nacional, en número aproximado de 28, es menester considerar que el propio texto citado ha hecho el distingo o precisión de condicionar la legitimación activa a solo en razón de la "materia de su especialidad", lo que nos obliga al rechazo liminar cuando la ley acusada de inconstitucionalidad por el Colegio de Abogados demandante no constituye tema de su especialidad. Si bien los Colegios de Abogados agremian profesionales en derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino solamente aquellas que regulen materias propias de cada una de estas agrupaciones de profesionales; esto quiere decir que si alguna ley atenta, delimita o contraviene el ejercicio, autonomía, agremiación, etc. de éstos, podrán cuestionarla puesto que la afectación es directa y materia de su especialidad, vale decir entra el juego de interés colectivo a que se refiere el profesor Gozaíni.

12. En el caso concreto se evidencia a través de un escrito de demanda débilmente redactado en cuanto distorsiona en su petitum el tema de precisión que se requería, imperfecciones que acaso se expliquen en la celeridad asumida por quienes redactaron dicha demanda pero que sí acusan la falta de interés del referido Colegio que se corrobora con su ausencia en la audiencia pública de la vista de la causa a la que asistieron no el Colegio que como afirmamos decía defender un derecho corporativo sino el demandado Congreso Nacional a través de su representante oficial y el Jurado Nacional de Elecciones a través de abogado que afirmando directa afectación a los derechos de su representado demostraron en ambos el interés en la materia que no se evidencia por quien estaba obligado a demostrarlo.

Aparte de la consideración de la especialidad de los Colegios Profesionales es de rigor precisar que la Constitución quiere, y no podría ser de otra manera, que la literatura utilizada defina a los Colegios por cada una de la profesión existente, es decir, un Colegio de Abogados con alcance nacional, un Colegio de Ingenieros, un Colegio de Arquitectos, un Colegio Médico, un Colegio de Enfermeros, etc. y no como en el caso de los Abogados los 28 Colegios que existen en la República puesto que ello significaría en abstracto que el Tribunal Constitucional se podría ver en la necesidad de conocer 28 demandas una por cada Colegio de Abogados en relación a una misma ley y que si los Colegios de Abogados en todo el territorio de la República no fueran 28 sino 500 o 1,000, por decir alguna cifra expansiva, también el Tribunal tendría que ver en repetición un número igual de demandas sobre la misma ley. Es evidente pues que cuando el referido inciso 7º del artículo 203 de la Constitución le da extraordinariamente la legitimidad para obrar activa a los Colegios Profesionales según su especialidad, se está refiriendo a las agrupaciones profesionales que representan un interés común con alcance nacional. La especialidad se encuentra entonces en lo que le corresponde a cada Colegio Nacional Profesional y no a la dispersión de Colegios que puedan existir y existen dentro de la República.

13. Pero lo precedentemente expuesto no es todo en referencia al tema en análisis desde que en nuestro devenir histórico tenemos expresiones que corroboran la señalada autoridad de un solo Colegio a nivel nacional. Así el artículo 308 del derogado Decreto Ley 14605 – Ley Orgánica del Poder Judicial – publicado el 26 de julio de 1,963, permitió que para cada Distrito Judicial exista un Colegio de Abogados, llegando a contarse actualmente 28 Colegios de Abogados con alcance sectorial. Ante la aludida dispersión de Colegios de Abogados la ya inexistente Federación Nacional de Abogados (que agrupaba a los Colegios de Abogados de la República) reunida en la Segunda Conferencia Nacional de Decanos de Colegios de Abogados del Perú (octubre 1,967) solicitó al gobierno de turno su reconocimiento legal como una entidad única, así el derogado Decreto Ley 18177 - A petición de los Decanos se creó la Federación de Colegios de Abogados - que se publicó 14 de abril de 1970, creó la referida Federación y en su artículo 1 señaló: "...La Federación Nacional de Abogados del Perú representa a la profesión de abogados en todo el país...", concordante con ello el artículo 2 del mismo decreto ley señaló en su inciso 1 que era atribución de la mencionada Federación representar a la profesión de abogado en todo el país. El artículo 290º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que entró en vigencia desde el año 1991 también permitió la existencia de un Colegio de Abogados por cada Distrito Judicial, hecho que se repitió en el artículo 285º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado mediante Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, publicado el 02 de junio de 1,993. Frente a la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial bajo esas mismas condiciones en lo referido a los Colegios de Abogados se publicó el Decreto Ley 25892, que derogó el Decreto Ley 18177 (27 de noviembre del año 1,992) y en su segunda disposición transitoria disolvió la Federación Nacional de Abogados para regular de manera precisa en sus artículos del 1º al 4º que la Junta de Decanos ostenta la representación a nivel nacional para la defensa del gremio. La Constitución Política del Perú vigente desde 1,993, al señalar que los colegios profesionales pueden demandar la inconstitucionalidad de una norma solo en materia de su especialidad, debe por eso entenderse nuestra afirmación precedente por la que consideramos que el texto constitucional en análisis está referido solo a instituciones profesionales de alcance nacional. En el caso de los Abogados es incuestionable que antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual tuvo ese alcance nacional la Federación Nacional de Abogados del Perú y que ahora, dentro del vigor de la Constitución de 1,993, la representación nacional de los abogados no le corresponde a ninguno de los colegios de abogados existentes, dispersos en el territorio de la república, en número de 28, sino a la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

14. El Decreto Ley 25892 establece:

Artículo 1:
A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tendrán una Junta de Decanos.

Artículo 2:
Son atribuciones de las Juntas de Decanos las siguientes:
inciso 1: Coordinar la labor institucional y dirimir los conflictos que pudieran surgir entre los respectivos Colegios;
inciso 2: Promover y proteger, a nivel nacional, el libre ejercicio de la profesión correspondiente
inciso 3: Fomentar estudios de especialización en las respectivas disciplinas y organizar certámenes académicos; y,
inciso 4: Ejercer las demás atribuciones que señale la ley y los estatutos pertinentes.
Artículo 4:
Las Juntas de Decanos que se constituyan conforme a lo dispuesto en el presente Decreto ley, aprobarán sus respectivos estatutos...
Este Decreto fue reglamentado por el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS, que dispone que los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tengan una Junta de Decanos, y es muy preciso en su artículo 2º cuando señala:
a) Representar a la profesión correspondiente ante los organismos nacionales e internacionales.
Por su parte el Estatuto de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado en Asamblea de Instalación de la Junta de Decanos de fecha 25 de junio del 2,003, en su artículo 1 señala que toma como base legal para su formación las normas antes referidas y en su artículo 3 y 5 establece que:
Artículo 3: La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú es el máximo organismo representativo de la profesión de Abogado, ante los organismos del sector público y privado e instituciones profesionales, gremiales y de cualquier otra índole, dentro del país y en el exterior.
La representación a que se refiere el párrafo anterior es imperativa y no requiere por tanto ratificación de ningún otro organismo, y es ejercida por el Presidente de la Junta de Decanos, por sus personeros legales, o por quienes en cada caso designe el Consejo Directivo.

Título III: De sus atribuciones:

Artículo 5: (...)

d) Promover, proteger y defender a nivel nacional el libre ejercicio de la profesión de abogado.
Para este caso sui generis de dispersión de Colegios de Abogados es de aplicación pues el Decreto Ley 25892, el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS y el Estatuto de la Junta de Decanos a que me he referido precedentemente, pues de ellos extraemos que es la Junta de Decanos representada por su Presidente la que tiene representación frente a organismos nacionales o internacionales, vale decir entonces, que la facultad de demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de alguna ley, que como tal tiene alcance nacional, recae precisamente sobre el que Preside la corporación nacional en cada profesión pudiéndose así extraer la especialidad de cada Colegio Profesional a que se refiere el tantas veces citado inciso 7º del artículo 203 de la Constitución Política del Perú.En conclusión considero que el Tribunal Constitucional en el caso presente, aun cuando haya admitido a trámite la demanda imperfectamente presentada por el Colegio de Abogados del Callao no puede en la sentencia hacer un pronunciamiento de mérito puesto que lo actuado está afectado de un vicio de nulidad insalvable que lo lleva, por excepción, a una determinación inhibitoria, esto es al rechazo de la demanda, como debió hacerlo en su oportunidad, por cuanto al no tener el demandante la legitimidad activa extraordinaria exigida por el propio texto constitucional no podría este Colegiado evacuar una sentencia que pudiera ser ejecutable. Por todo ello mi voto es porque se declare nulo lo actuado e improcedente la demanda.

S.

Juan Francisco Vergara Gotelli

---

[1] ARELLANO GARCÍA, Carlos. Teoría General del Proceso. Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 203
[2] PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 546
[3] Cfr. STC N.º 0020 y 0021-2005-AI/TC, Fundamento N.º 16
[4] Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, párrafo 23
[5] Cfr. Caso Yatama vs Nicaragua. Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176
[6] Así lo reconoció el Procurador del Congreso de la República, según consta en la copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, que obra en autos, pp. 24
[7] Caso Yatama vs. Nicaragua, Op. Cit. Párrafo 175
[8] Idem.
[9] Informe N.º 119/99, Caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa (Perú), del 6 de octubre de 1999, párrafo 55.
[10] Op. Cit., punto 1 de la parte resolutiva.
[11] Idem, párrafo 93.
[12] Conforme al principio de unidad de la Constitución, la interpretación de ésta debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
El principio de corrección funcional exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
De acuerdo al principio de eficacia integradora, el "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
[13] Informe N.º 51/02 de Admisibilidad, Petición 12.404, Caso Janet Espinoza Feria y otras (Perú), del 10 de octubre de 2002, punto 1 de la parte resolutiva.
[14] Op. Cit., párrafo 49
[15] Idem, párrafo 52
[16] Cfr. Copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, pp. 42
[17] Cfr. Copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, que obra en autos, pp. 46
[18] Cfr. Copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, que obra en autos, pp. 19 y 49
[19] Sentencia de fecha 6 de febrero de 2006
[20] Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2006

Exp. N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007/PI/TC *(acumulados) [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la República. Se declara la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 28925 que modifica el párrafo 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27692, en el extremo que establece "así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada"; y, el inciso d) del artículo 22° de la Ley N° 27692, adicionado por el artículo 9° de la Ley N° 28925 "La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley", con el párrafo siguiente "El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años"].*

Fecha de Resolución: 29 de agosto de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de setiembre de 2007

Resumen: Mediante STC 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), de fecha 7 de setiembre de 2007, se declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra diversos artículos de la Ley N.° 28925, Ley que Modifica la Ley N.° 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, y la Ley N.° 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación, publicadas el 8 de diciembre de 2006 y el 15 de agosto de 2006, respectivamente, en el diario oficial *El Peruano*.

En relación con el principio-derecho de igualdad, el Tribunal señaló que resulta válido que el ámbito de aplicación de la norma impugnada se encuentre determinado por el criterio tributario. Sin embargo, la referida norma no impide que todas aquellas entidades que gestionan y ejecutan recursos de la Cooperación Técnica Internacional sin la participación del Estado y que al momento de publicarse la norma, recibían algún privilegio, beneficio tributario, exoneración o utilizaban de alguna forma recursos públicos, puedan retrotraerse en la decisión de someterse al régimen de supervisión y control de la APCI, renunciando para ello a dichos beneficios patrimoniales.

Se valida la constitucionalidad de la inscripción de los proyectos, programas o actividades en el Registro a cargo de la APCI; sin embargo, se declara inconstitucional la inscripción y publicidad de la ejecución del gasto que realicen.

Se reconoció que si bien las normas impugnadas otorgan a la APCI facultades para actuar indirectamente sobre los términos contractuales de los acuerdos privados entre las entidades ejecutoras y sus fuentes cooperantes a través de la "priorización", el Colegiado estableció que la referida planificación del sector público sólo puede darse cuando se trate de recursos de la Cooperación Técnica Internacional gestionados por el Estado; es más cuando sean recursos que se gestionan desde el sector privado, esta habilitación de la Administración tendrá solamente carácter indicativo.

Así también, en el presente caso se consideró que de las normas impugnadas no puede derivarse una afectación concreta al contenido del derecho de asociación, en atención a las

siguientes consideraciones: Primero, porque la inscripción en los registros de la APCI no constituye una condición obligatoria para ejecutar la Cooperación Técnica Internacional. Pues, tal como se desprende de la interpretación realizada por este Colegiado, dicha obligación sólo correspondería a aquellas que gozan del beneficio patrimonial, a partir del ámbito ratione personae de la norma impugnada. En consecuencia, no se ven afectadas en su respectivo ámbito de actuación aquellas entidades no registradas, pero sí sujetas al régimen civil correspondiente. Con esta interpretación se deja a salvo el mandato del artículo 2, inciso 13), de la Constitución, en cuanto señala que el ejercicio del derecho de asociación no está condicionado a la obtención de una "autorización previa"; resultando únicamente necesaria la obtención de la personalidad jurídica para perseguir los fines lícitos que motivaron la asociación. Y, en segundo lugar, porque las obligaciones que se generan del registro ante la APCI tienen una naturaleza eminentemente autónoma, dado que es la manifestación de voluntad de la entidad respectiva la que determina la inscripción.

Sobre el régimen de infracciones y sanciones sujeto a la potestad sancionadora de la APCI, se estableció que éstas pueden tener como sujeto pasivo únicamente a las entidades que se encuentran comprendidas en la *ratione personae* de la norma, a partir de lo señalado en la presente sentencia.

Y respecto al inciso 9, que establece como sanción "Orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada", se señaló que la referencia al orden público no corresponde a la de un concepto jurídico elástico carente de contenido que permita justificar cualquier despropósito. En consecuencia, los supuestos de su vulneración deberán ser determinados casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pudiendo siempre ejercerse un control ex post jurisdiccional. De esta forma, el Tribunal valida plenamente la constitucionalidad de este supuesto de infracción impugnado.

Temas Claves: derecho a la autodeterminación informativa - derecho a la libre contratación - derecho de asociación - derecho de privacidad - organismos no gubernamentales - test de igualdad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0009-2007-PI/TC
0010-2007-PI/TC
(acumulados)

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la Republica del Perú (demandantes) c. Congreso de la República (demandado).

Del 29 de agosto de 2007

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la Republica del Perú, contra diversos artículos de la Ley N.º 28925, Ley que Modifica la Ley N.º 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, y la Ley N.º 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación, publicadas el 8 de diciembre de 2006 y el 15 de agosto de 2006 respectivamente, en el diario oficial "El Peruano".

Magistrados

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMAS CUESTIONADAS

IV. ANTECEDENTES
V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
VI. FUNDAMENTOS
VII. FALLO

EXP. N.° 0009-2007-PI/TC
EXP. N.° 0010-2007-PI/TC
(acumulados)
LIMA
LUIS MIGUEL SIRUMBAL RAMOS Y 8.438 CIUDADANOS CIUDADANOS Y CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de agosto de 2007, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Bardelli Lartirigoyen y el voto singular del magistrado Vergara Gotelli.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la República ciudadanos contra diversos artículos de la Ley N.° 28925, Ley que Modificala Ley N.° 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, y la Ley N.° 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación, publicadas el 8 de diciembre de 2006 y el 15 de agosto de 2006 respectivamente, en el diario oficial "El Peruano".

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante	:	Luis Miguel Sirumbal Ramos y más de 5000 ciudadanos.
Norma sometida a control	:	Diversos artículos de la Ley N.° 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación, y la Ley N.° 28925, Ley que Modifica la Ley N.° 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, publicadas el 15 de agosto de 2006 y el 8 de diciembre de 2006 respectivamente, en el diario oficial "El Peruano".
Normas constitucionales cuya vulneración se alega	:	Artículos 2° incisos 2), 5), 13), 14), 17), 22°, 62° de la Constitución.
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N.° 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación, y la Ley N.° 28925, Ley que Modifica la Ley N.° 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI.

III. NORMAS CUESTIONADAS

LEY N.° 28875, LEY QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DESCENTRALIZADO DE COOPERACIÓN

Artículo 2.- Ente Rector
La APCI como ente rector de la cooperación internacional no reembolsable en el Perú dirige y articula la SINDCINR y prioriza las necesidades de los actores públicos y privados, realizando el seguimiento, supervisión y evaluación de los programas, proyectos y actividades. Las atribuciones y responsabilidades de las unidades orgánicas y/o dependencias encargadas de la cooperación internacional no reembolsable, necesarias para el mejor cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, son establecidas por la APCI.

Artículo 5.- Registro previo
Los proyectos que se ejecuten con cargo a la Cooperación Internacional No Reembolsable se sujetan al registro previo de la APCI. Si los proyectos requieren de financiamiento asociado mediante operaciones oficiales de crédito, se presentarán ante la APCI acompañados del Proyecto de Inversión Pública – PIP, el estudio de preinversión y copia de la declaración de viabilidad previamente aprobados por el SNIP y por el sector correspondiente.

LEY 28925, LEY QUE MODIFICA LA LEY N.° 27692, LEY DE CREACIÓN DE LA AGENCIA PERUANA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL – APCI

Artículo 1.- Modificación del párrafo 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27692
Modifícase el párrafo 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27692, en los siguientes términos:

"Artículo 3.- Objeto
3.1 La APCI es el ente rector de la cooperación técnica internacional y tiene la responsabilidad de conducir, programar, organizar, priorizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, que se gestiona a través del Estado y que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado, en función de la política nacional de desarrollo, y por consiguiente gozan de los beneficios tributarios que la ley establece.
Se encuentran excluidas del ámbito normativo de la presente Ley, las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; salvo que hagan uso de algún privilegio, beneficio tributario, exoneración, utilicen de alguna forma recursos estatales o que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.

Para fines de transparencia, las entidades señaladas en el párrafo precedente tienen la obligación de inscribir en un registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, los proyectos, programas o actividades, así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.

Por excepción, la APCI aplica el literal b) del artículo 22 de la presente Ley, a las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado que no cumplan con la obligación contenida en el párrafo precedente.
(...)"

Artículo 2.- Modificación de los literales f), m) y r) y adición de los literales s), t) y u) en el artículo 4 de la Ley Nº 27692

Modifícanse los literales f), m) y r) y adiciónanse los literales s), t) y u) en el artículo 4 de la Ley Nº 27692, con los siguientes textos:

"Artículo 4.- Funciones
La APCI tiene las siguientes funciones:
(...)

f) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales que regulan la cooperación técnica internacional, para tal efecto podrá dictar las medidas correctivas que considere necesarias.

(...)

m) Conducir y actualizar el Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD) Nacionales receptoras de Cooperación Técnica Internacional, el Registro Nacional de Entidades e Instituciones Extranjeras de Cooperación Técnica Internacional (ENIEX), el Registro de Instituciones Privadas sin fines de Lucro Receptoras de Donaciones de Carácter Asistencial o Educacional provenientes del Exterior (IPREDA) y el Registro de Donantes de la Cooperación Internacional. La inscripción en dichos registros es obligatoria para ejecutar cooperación técnica internacional, independientemente de la naturaleza jurídica de la fuente cooperante.
El Registro de Donantes de la Cooperación Internacional tiene un tratamiento especial, es conducido y actualizado por la APCI, sobre la información que acopia, es de carácter informativo y público.
(...)

r) Aplicar, previo proceso, las sanciones por la comisión de infracciones administrativas en el ámbito de las competencias establecidas en la Ley Nº 27692 y la normativa aplicable a la cooperación internacional no reembolsable.

s) Desarrollar y regular el sistema de certificaciones de calidad de las ONGD, nacionales y extranjeras.

t) Ejercer la facultad coactiva para la cobranza de sus acreencias derivadas de sanciones administrativas, previo proceso.

u) Otras que se le encomienden y las que se deriven de su naturaleza."

Artículo 3.- Adición de párrafos al artículo 5 de la Ley Nº 27692

Adiciónanse al artículo 5 de la Ley Nº 27692, los siguientes párrafos:

"Artículo 5.- Entidades distintas al Gobierno Central
(...)
Para el efectivo cumplimiento del objeto de la APCI, cada uno de los programas, proyectos o actividades que se ejecuten con recursos de cooperación internacional, deben inscribirse en el Registro de Proyectos. La información sobre tales programas, proyectos o actividades será alcanzada por la fuente cooperante, independientemente de su naturaleza jurídica o nacionalidad, sin perjuicio de la misma obligación para las entidades ejecutoras, incluyendo a las del sector público y con la prescindencia de la modalidad específica a través de la cual se canalicen o aprueben.
El Registro de Proyectos previsto en el artículo 35, literal c), del Decreto Supremo Nº 053-2003-RE forma parte del Registro Nacional de Intervenciones con Recursos de Cooperación Internacional No Reembolsable."

Artículo 6.- Modificación del literal c) y adición del literal d) en el artículo 9 de la Ley Nº 27692

Modifícase el literal c) y adiciónase el literal d) en el artículo 9 de la Ley Nº 27692, en los siguientes términos:

"Artículo 9.- Requisitos para ser Director Ejecutivo
Para ser Director Ejecutivo se requiere:
(...)

c) No tener participación directa o indirecta en el capital o en el patrimonio de las entidades vinculadas con la cooperación internacional o ser parte de ella como asociado, directivo, administrador, asesor o representante legal o ser apoderado de la misma, hasta después de dos (2) años de terminada la participación patrimonial o alguno de los cargos o representación referidos.

d) No tener cónyuge ni conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad que se encuentre en alguno de los supuestos del inciso anterior.
Los requisitos de los literales c) y d) se extienden a los cargos de confianza de la APCI."

Artículo 9.- Adición del Título V a la Ley Nº 27692

Adiciónase el Título V y los artículos 21 y 22 a la Ley Nº 27692, con los siguientes textos:

TÍTULO V
INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 21.- Determinación de las infracciones
Constituyen infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la APCI:

1. *No inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI.*
2. *Presentar información falsa o adulterada para conseguir la inscripción, renovación o actualización de los registros, facilidades, exoneraciones, privilegios, devolución de impuestos o cualquier otro beneficio.*
3. *No presentar el Plan Anual de actividades para el año de inicio, así como el Informe Anual sobre actividades*

realizadas.

4. *No presentar el Informe de Actividades asistenciales o educativas realizadas el año precedente.*
5. *No exhibir, en un proceso de fiscalización, la documentación sustentatoria de la ejecución de los proyectos de cooperación internacional no reembolsable, así como de sus fuentes de financiamiento.*
6. *Destruir bienes, registros, documentos, informes y proyectos respecto de sus actividades.*
7. *Hacer uso indebido de los recursos y donaciones de la cooperación técnica internacional o aplicar los mismos a fines distintos para los cuales fueron proporcionados.*
8. *Hacer uso prohibido, no autorizado o ilícito de facilidades, exoneraciones, inmunidades y privilegios específicos concedidos por ley o reglamento cuando los mismos se hayan conseguido por actividades vinculadas a la cooperación técnica internacional no reembolsable.*
9. *Orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada.*
10. *Las demás infracciones que se establezca vía decreto supremo por el incumplimiento de la normatividad que regula la cooperación técnica internacional.*

Artículo 22.- Sanciones
La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes:

a) Amonestación por escrito.
b) Multa de hasta 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) de acuerdo con la escala de multas y sanciones.
c) Suspensión temporal de los beneficios que otorga la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley, hasta que se repare la omisión o se cumpla debidamente con la norma infraccionada.
d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley.

El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años. La imposición de las sanciones no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar."

IV. ANTECEDENTES

1. Demandas

A) Respecto al Expediente N.º 0009-2007-PI/TC

Con fecha 23 de abril de 2007, los demandantes interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1, artículo 2 (incisos f y m del artículo 4 que modifica), artículo 3, artículo 6 y artículo 9 (último párrafo del artículo 22 e incisos 7 y 9 del artículo 21 que incorpora) de la Ley 28925, y contra los artículos 2 y 5 de la Ley 28875; solicitando que se declaren inconstitucionales por vulnerar el principio constitucional de igualdad, el derecho a la vida privada, a la autodeterminación informativa, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, la libertad de contratación, la libertad de asociación y el derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, el derecho al trabajo, el derecho al libre acceso a la función pública y los principios constitucionales del Derecho administrativo sancionador, establecidos en los artículos 2º incisos 2), 5), 13), 14) y 17), 22º, y 62º de la Constitución.

Sustenta la inconstitucionalidad de la disposición impugnada en las siguientes consideraciones:

- Antes de la entrada en vigencia de las normas impugnadas, sólo era necesario que estas personas jurídicas extranjeras se inscribieran en el Registro de ENIEX, si sus actividades en nuestro país comprendían la canalización o gestión de recursos de la Cooperación Técnica Internacional, a través de instancias estatales peruanas, mientras que en los demás casos dicha inscripción era totalmente facultativa.
- La simple observación de los beneficios, privilegios y exoneraciones, que se pueden conceder a algunos proyectos que las entidades que ejecutan Cooperación Técnica Internacional, demuestra que la participación del Estado resulta ser mínima o poco significativa.
- La existencia de alguna semejanza no es suficiente para justificar el mismo trato a situaciones distintas. Es necesario que esta semejanza sea tal, que haga irrelevantes sus diferencias. Y eso no ocurre en el presente caso, si se atiende que el tipo de participación del Estado, exigida para la gestión de recursos de Cooperación Técnica Internacional, es cualitativamente distinta de la que se despliega al brindar exoneraciones y privilegios. No sólo porque la primera es activa y la segunda pasiva, sino porque en éste último caso, no se trata de privilegios significativos, sino más bien ínfimos.
- *La transparencia en la actuación de las entidades de cooperación técnica internacional se encuentra garantizada mediante mecanismos privados de autorregulación, no de imposiciones que provengan desde el Estado. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que las fuentes cooperantes son las principales interesadas en el cumplimiento de los objetivos trazados y en que se destine los fondos donados a los propósitos que se comprometen a alcanzar.*

B) Respecto al Expediente N.º 0010-2007-PI/TC

Con fecha 7 de abril de 2007, treinta congresistas de la república, plantean demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1,2,3,6 y 9 de la Ley N.º 28925, a través de la cual se modifica la Ley N.º27692, Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI). Asimismo, contra los artículos 2 y 5 de la Ley N.º 28875, Ley que Crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación Internacional No

Reembolsable (SIND-CINR). Manifiestan que las citadas normas, vulneran los derechos a la igualdad ante la ley, el derecho a la vida, los derechos de autodeterminación informativa, el derecho al secreto e inviolabilidad de la comunicaciones y documentos privados. Asimismo, sostienen que dichas normas, afectan los derechos a la libertad de contratación, de propiedad, de asociación, de participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, al principio de tipicidad de las sanciones administrativas y el derecho al trabajo.

Los fundamentos principales en que se ampara la demanda son:

- El artículo 1 de la Ley Nº 28925, vulnera el derecho de igualdad, equiparando arbitrariamente y otorgando el mismo tratamiento legal a dos grupos de destinatarios de los recursos de la Cooperación Técnica Internacional que se encuentran en situaciones distintas, cuando no existe ninguna similitud natural entre ambos grupos de entidades que justifique someterlas al mismo tratamiento de fiscalización y control, sino que la supuesta similitud resulta impuesta por efecto de la propia norma.
- Se pretende que las organizaciones privadas brinden al Estado información que no contiene un interés público o social que justifique objetivamente su intromisión o de los particulares. Lo que evidencia una vulneración del derecho a la vida privada.
- Por otro lado, manifiestan que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados se encuentra vulnerado a consecuencia de que el articulo 1 antes citado, obliga a las organizaciones a registrar sus proyectos, programas o actividades que ejecuten con recursos privados de la Cooperación Técnica Internacional, sin ninguna participación del Estado.
- Se configura una vulneración del contenido esencial del derecho a la libre contratación, en tanto le otorgan facultades a la APCI para poder actuar directamente sobre los términos contractuales privados celebrados entre las entidades ejecutoras y sus entidades cooperantes, al señalar que la APCI puede priorizar la Cooperación Técnica Internacional No Reembolsable. Ello implica que la APCI pude orientar los recursos de la Cooperación a los fines de la política estatal aún cuando estos fueran distintos a los acordados por el donante y la entidad ejecutora. En ese sentido, lo que hacen estas normas es convertir a la APCI en una supervisor del cumplimiento de los contratos celebrados entre entidades privadas, en donde nada tiene que hacer el Estado más que permitir la libertad de contratación.
- En cuanto a la vulneración a la libertad de asociación y del derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación, consideran que la norma impugnada impone requisitos administrativos previos que entorpecen e impiden el cumplimiento de los fines de las organizaciones de la Cooperación Técnica Internacional, en ejercicio libre y legítimo de su libertad de asociación; puesto que las inscripciones que se exigen como obligatorias ante la APCI, imponen barreras administrativas irrazonables para su funcionamiento.
- Finalmente, se precisa que el artículo 9 de la norma impugnada, sanciona conductas expresadas en términos imprecisos, ampliando el margen de discrecionalidad para la administración, lo que produce una vulneración del principio de tipicidad en la previsión de la infracciones administrativas.

2. Contestación de la demanda

A) Respecto al Expediente N.º 0009-2007-PI/TC

Con fecha 19 de junio de 2007, don Jorge Campana Ríos, Procurador del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que se la declare infundada, alegando que las disposiciones cuestionadas no contienen ninguna clase de inconstitucionalidad, ya sea directa o indirecta, por la forma o por el fondo, en atención a las siguientes consideraciones:

- Respecto a la presunta vulneración del derecho a la vida privada, la parte demandada sostiene que la norma en lo referente a la publicación de propagandas, proyectos, actividades y ejecución del gasto de los recursos de cooperación técnica internacional en el registro de la APCI, promueve la libertad de información, difusión y fomento de una cultura democrática. Por ende, es evidente que la aplicación de la misma no produce afectación alguna al derecho antes citado, y menos aún al derecho a la privacidad empresarial alegado por la demandante.
- En cuanto a la vulneración del derecho de autodeterminación informativa, el mismo que-da desvirtuado, dado que la información que se consigna en el registro que conduce el APCI, según la Ley N.º28925; no esta referida a datos íntimos o sensibles por los cuales debe garantizarse facultad de las ONGD de controlar el registro, uso y relevación de dichos datos que le conciernen, sino que se trata de proyectos, programas y actividades realizadas con recursos de la CTI. Asimismo, la facultad de las entidades que gestionan CTI, de actualizar el registro, así como de rectificar o aclarar informaciones o datos inexactos en el registro es permitida también por la norma impugnada.
- Por otro lado, la norma materia del presenta proceso, se limita a exigir la información estrictamente relevante para la presentación en el registro de carácter público e informativo, el mismo que como su norma lo establece, se ordena en un marco de transparencia. En ese sentido, el tercer párrafo del numeral 3.1 del artículo 3º de la ley N.º 27692, modificado por la Ley N.º 28925, de ningún modo vulnera el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.
- Asimismo, es falso que exista afectación al principio de razonabilidad o proporcionalidad, pues las medidas adoptadas por la norma cuestionada, no restringen derecho fundamental alguno, sino que por el contrario promueven la libertad de información.
- Respecto a la vulneración del derecho a la libertad de asociación, se sostiene que la inscripción en el

registro, tiene entre otras, las siguientes finalidades:

(i) Contar con una relación ordenada de entidades que gestionan cooperación técnica internacional; y,

(ii) Conocer las áreas en las que dicha cooperación se dirige para que el Estado pueda verificar donde no mantiene una suficiente participación.

Como se constata, no se busca el intervencionismo estatal mas allá de los deberes que la Constitución le ha asignado. Así pues, el registro permite la posibilidad para las entidades no gubernamentales inscritas de acogerse a beneficios como los tributarios.

Es necesario precisar, que la modificación del inciso c) como la adición del inciso d) al articulo 6º, no se contradice con los tres subprincipios antes citados, dado que superan el *test* de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia , el articulo 6º de la Ley N.º 28925, referente al derecho al libre acceso a la función publica, no es inconstitucional en vista a que no vulnera el derecho a la libertad de trabajo, derecho al trabajo y el derecho al libre acceso a la función pública.

B) Respecto al Expediente N.º 0010-2007-PI/TC

Con fecha 19 de junio de 2007, don Jorge Campana Ríos se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva Nº 040-2005-2006/MESA-CR, del 5 de octubre de 2005, para solicitar que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida, sosteniendo que el artículo 1°, 2º, 3º,6º y 9º de la Ley N.° 28925, y contra los artículos 2º y 5º de la Ley Nº 28875, por cuanto no contravienen a la Constitución por el fondo ni por la forma; total o parcialmente como tampoco directa o indirectamente; conforme a los siguientes argumentos:

- Respecto de la presunta vulneración del derecho de igualdad ante la ley, manifiesta que la característica objetiva y común para establecer este tratamiento uniforme es que en la ejecución de actividades con cargo a recursos de la Cooperación Técnica Internacional, el Estado participa a través de la gestión de los recursos o de al otorgar privilegios como exoneraciones, beneficios tributarios, o recursos públicos.
- La norma no establece ninguna obligación de registrarse para efectos de la fiscalización por la APCI a aquellas entidades que gestionan CTI sin participación del Estado que no deseen hacer uso de algún privilegio. La norma impugnada no impide que quienes deseen renunciar a los privilegios (exoneraciones o inmunidades) de las que gozaban puedan hacerlo y en consecuencia, dejar de ser sujetos de fiscalización.
- *Asimismo sostiene que, la cuestionada norma al ordenar la publicación de programas, proyectos, actividades y la ejecución de gasto de los recursos de la CTI en el registro de la APCI, promueve el libre y pleno ejercicio del derecho fundamental de la libertad de información y difusión y de esta forma fomenta una cultura democrática, por lo cual queda desvirtuado en este extremo la presunta vulneración al derecho a la privacidad empresarial que alega la parte de demandante.*

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

§1. La Relaciones entre el modelo de Estado democrático y social de Derecho con la sociedad civil
§2. Función constitucional del Sistema de Cooperación Técnica Internacional peruano
§3. Competencias de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI)
§4. Del fundamento constitucional y legitimidad de la sentencia interpretativa a recaer en el presente proceso de inconstitucionalidad
§5. Del artículo 1º de la Ley N.º 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del principio-derecho de igualdad
§6. Del artículo 1º de la Ley N.º 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del derecho a la vida privada y a la autodeterminación informativa
  6.1. El registro de las asociaciones
  6.2. De la inscripción en el registro a cargo de la APCI
  6.3. De la alegada vulneración a la vida privada y el contenido de la inscripción
  6.3.1. Principio constitucional de publicidad
  6.3.2. Principio constitucional de transparencia
  6.3.3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción
  6.4. Objeto de la inscripción
  6.4.1. Los proyectos, programas o actividades
  6.4.2. Sobre la ejecución del gasto
§7. Del artículo 2º de la Ley N.º 28925 y el artículo 2 de la Ley N.º 28875 y la alegada afectación de la libertad contractual
  7.1. Naturaleza de los recursos y fondos de la CTI
  7.2. Estado y contratos de ejecución de CTI
§8. De los artículos 2º y 3º de la Ley N.º 28925, y el artículo 5º de la Ley N.º 28875 respecto a la alegada afectación del derecho de asociación
§9. Del artículo 9º de la Ley N.º 28925 y régimen de infracciones y sanciones sujeto a la potestad sancionadora de la APCI
  9.1. Régimen de infracciones
  9.1.1. Inciso 1: No inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI
  9.1.2. Inciso 9: Orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada
  9.2. Régimen de sanciones

VI. FUNDAMENTOS

§1. La Relaciones entre el modelo de Estado democrático y social de Derecho con la sociedad civil

1. Han sido intensos los debates sobre el surgimiento de la "sociedad civil " y su capacidad potencial de cooperar con el Estado proporcionando, en algunos casos, medidas

correctivas pertinentes ante el déficit de la gestión con medios propios de los poderes públicos. Lo cual revela la importancia social de este poder cívico, y en particular las implicancias de la relación simbiótica con el poder público.

2. En el Derecho comparado se observa que uno de los principales procesos de fortalecimiento del Estado social, expresión entendida como "Estado que ha permeado a la sociedad y como Estado que la sociedad ha permeado"[1]; consiste en la progresiva sustitución de la gestión directa y con medios propios de la Administración de los servicios públicos asistenciales, por formas diversas de regulación y financiación de su prestación por entes de la sociedad civil –o el llamado "tercer sector" [2]-.

3. Asimismo, esta sociedad civil organizada que sirve a la realización de intereses públicos es, por antonomasia, manifestación de la íntima vinculación entre la Constitución y el sector privado, entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Configurándose así, un sector *non profit* – no lucrativo- o sector "privado social" identificado con un ámbito organizativo diferente tanto del Estado como del mercado, pero igualmente vinculado a la Constitución en el proceso de cambio de las concepciones, desde una ética individual de la voluntad y la libertad a una ética social de la responsabilidad solidaria; esto es, no sólo el poder público sino también la sociedad y algunos de sus miembros responden de la existencia social de los demás miembros de la sociedad[3].

4. Llevadas estas consideraciones al ámbito de la *praxis* nacional, permite constatar que la función y presencia de los agentes de la sociedad civil en los procesos y cambios acaecidos en el Perú contemporáneo, han aumentado extraordinariamente, sobre todo durante los dos últimos decenios. Y durante ese tiempo, han demostrado su poder colectivo para establecer programas (no sólo influir en ellos), así como de cooperar con las posiciones de los encargados de formular las políticas. Pues bien, como ventajas de esta forma de gestión se encuentran la disminución de costes y la mayor flexibilidad operativa. Pero quizás quepa conceptuar causas no ya sólo reconducibles a la eficiencia de los servicios (optimización de recursos), sino a su misma eficacia (consecución de fines) en el área de los llamados servicios sociales en sentido amplio o servicios a la persona (educación, cultura y, sobre todo, asistencia sanitaria y social).

Lo que han venido consiguiendo a través de una gran diversidad de agentes: organizaciones populares (que representan a mujeres, niños o jóvenes, agricultores, desempleados, pueblos indígenas, ancianos y discapacitados); organizaciones profesionales (colegios profesionales, sindicatos); organizaciones confesionales; mundo académico (comunidades de especialistas, investigadores, intelectuales); organizaciones no gubernamentales benéficas; y, movimientos sociales y redes de activistas (asociaciones populares y poco estructuradas)[4].

5. Para fines del análisis a realizar por este Colegiado, son de especial interés los agentes denominados en sentido lato como ONG's. Es decir, aquellas organizaciones no gubernamentales que tienen por objeto servir a los intereses públicos aludidos mediante la prestación de servicios específicos. Son mayoritariamente organizaciones de afiliados que comparten diversos intereses sociales. Entre otros ejemplos, cabe citar las organizaciones que se ocupan del medio ambiente, el desarrollo, los derechos humanos, los derechos de la mujer y los niños, la transparencia electoral, la lucha contra la corrupción, las organizaciones no gubernamentales de voluntarios, las asociaciones y cooperativas de consumidores, etc.

En nuestro país, diversos resultados consagran la importancia de las ONG's, en tanto agentes de la sociedad civil y partes interesadas fundamentales para que el desarrollo sea sostenible, no exentas del debate público.

§ 2. Función constitucional del Sistema de Cooperación Técnica Internacional peruano

6. La Constitución consagra derechos subjetivos e intereses objetivos que los Estados deben respetar y garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, en un marco de promoción del "bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación" (artículo 44° de la Constitución).

7. Sin embargo, tal como ha sido señalado, su realización contemporánea atraviesa por la cooperación de la labor realizada por entidades y organizaciones de iniciativa privada, normalmente sin ánimo de lucro, dirigidas a fines de solidaridad social, y que reciben la denominación de "Organización No Gubernamental de Desarrollo receptora de Cooperación Técnica Internacional" (ONGD - Perú) y que integran el Sistema Nacional de Cooperación Técnica Internacional.

Así, estas entidades -ya sea bajo la forma de asociaciones o fundaciones- coadyuvan en la implementación de dichos fines del sistema, y también en la existencia plena del Estado social y democrático de Derecho. Siendo que su incansable labor devino esencial en el restablecimiento de la democracia y; hoy en día, en un contexto de normalidad constitucional, su actuación no es de menor relevancia; por el contrario es esencial para el proceso de fortalecimiento de la democracia peruana. Participación que no se da en términos de política partidaria, sino que alude a una dimensión política extraestatal de carácter cívico y social, vinculada íntimamente con las consideraciones sobre el pluralismo y la promoción del diálogo, evitando la atomización y la destrucción misma de la estructura del sistema institucional.

8. Su funcionamiento encuentra respaldo constitucional en el artículo 2° inciso 13) que reconoce el derecho "A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa", e inciso 17) "A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación",

y el principio de distribución del moderno Estado Constitucional, en función del cual "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (artículo 2° inciso 24, literal a).

9. En atención a ello, las consideraciones teleológicas y finalísticas del Sistema de Cooperación Técnica Internacional, se realizan en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad, en particular preservando y garantizando la personalidad del ser humano, cuya autodeterminación debe desenvolverse con responsabilidad; esto son, aquellos elementos que hacen de la Constitucióntambién, el baluarte de la libertad y los deberes sociales.

De allí que, la validez de la regulación normativa de su funcionamiento resulta ser objeto de particular interés para este Colegiado, pero siempre que no viole la Constitución.

§3. Competencias de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI)

10. La Cooperación para el Desarrollo o Ayuda Oficial al Desarrollo o Cooperación Técnica Internacional (CTI) se entiende como un conjunto de actuaciones y herramientas de carácter internacional orientadas a movilizar recursos e intercambiar experiencias entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo para alcanzar metas comunes estipuladas en la agenda mundial y basadas en criterios de solidaridad, equidad, eficacia, sostenibilidad, co responsabilidad e interés mutuo[5].

11. La APCI creada mediante Ley N.° 27692, publicada con fecha 12 de abril del 2002, como un organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene como misión conducir esta cooperación técnica internacional no reembolsable en el territorio de la República del Perú como ente rector, para ayudar a ejercer el derecho al desarrollo y la equidad, sumándose al esfuerzo de proteger y lograr la dignidad de la persona humana, garantizando la participación ciudadana y del Estado.

12. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N.° 28925, la responsabilidad de la APCI de conducir, programar, organizar, priorizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, es con respecto a los siguientes sujetos (competencia *ratione personae*):

(i) Entidades que gestionan cooperación internacional a través del Estado y que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado, en función de la política nacional de desarrollo, y por consiguiente gozan de los beneficios tributarios que la ley establece.
(ii) Entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; salvo que hagan uso de algún privilegio, beneficio tributario, exoneración, utilicen de alguna forma recursos estatales o que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.

Este segundo supuesto introducido por la presente norma, incluye en el ámbito de competencias de la APCI a aquellas entidades que gestionan CTI sin la participación del Estado, pero gozan de algún beneficio, exoneración o privilegio estatal; lo que a decir de lo demandantes supone una vulneración del principio-derecho de igualdad, puesto que antes de la modificación introducida por la norma impugnada, estas entidades se inscribían voluntariamente para la obtención de los mismos.

§4. Del fundamento constitucional y legitimidad de la sentencia interpretativa a recaer en el presente proceso de inconstitucionalidad

13. Se debe atender que dado que al Congreso le asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación, el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes (artículo 93° dela Constitución), de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), primero, cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta, es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución; y, segundo, cuando haya sido acreditada fehacientemente la infracción constitucional directa o indirecta de la(s) norma(s) impugnada(s) por la parte demandante, en quien recae la carga de la prueba de la sustanciación en el proceso de dicha invalidez.

14. En atención a ello, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45° de la Constitución, de actuar con las responsabilidades y límites que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, de manera excepcional tiene el deber —en la medida que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de las disposiciones legales sometidas a su control, interpretando los sentidos normativos más acordes con la concreción de la Constitución, y la promoción y proyección de su postulado normativo (artículos 38° y 45° de la Constitución).

15. Así, tal como ha sido establecido en jurisprudencia precedente[6], es indudable que si el Tribunal Constitucional no procediera de la forma descrita y, por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las sentencias interpretativas, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de Derecho.
Y es que la Constitución normativa no sólo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas

y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a éstas a la Constitución (sentencias sustitutivas, aditivas, exhortativas); o cuando se impide que la Constitución se resienta sensiblemente por una declaración simple de inconstitucionalidad, no teniéndose en cuenta las consecuencias que ésta genera en el ordenamiento jurídico (sentencias de mera incompatibilidad).

16. El reconocimiento de que al Congreso asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93° de la Constitución), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51° de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar "con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen" (artículo 45° de la Constitución), exigen que la sentencia constitucional, no sólo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su integración con la Constitución, de modo tal que, por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la expulsión de la ley del ordenamiento, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre.

17. Así, en el presente proceso al analizar las competencias de la APCI, así como las afectaciones constitucionales alegadas por los demandantes, se emitirá una sentencia acorde con los principios de interpretación constitucional y de presunción de constitucionalidad de las leyes; y, sujeta por la forma y el fondo a los límites establecidos en calidad de precedente vinculante por este Colegiado[7], que son cuando menos, los siguientes: el principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución); cuando exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar, corresponde optar al Congreso de la República y no a este Tribunal; las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución); la argumentación debida de las razones y los fundamentos normativos constitucionales que justifiquen su dictado (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras); y, la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

§5. Del artículo 1° de la Ley N.° 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del principio-derecho de igualdad

18. El artículo 1° de la N.° 28925, en el extremo que modifica el primer y segundo párrafo del artículo 3.1. de la Ley de Creación de la APCI

"Artículo 3.- Objeto
3.1 La APCI es el ente rector de la cooperación técnica internacional y tiene la responsabilidad de conducir, programar, organizar, priorizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, que se gestiona a través del Estado y que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado, en función de la política nacional de desarrollo, y por consiguiente gozan de los beneficios tributarios que la ley establece. Se encuentran excluidas del ámbito normativo de la presente Ley, las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; salvo que hagan uso de algún privilegio, beneficio tributario, exoneración, utilicen de alguna forma recursos estatales o que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.
Para fines de transparencia, las entidades señaladas en el párrafo precedente tienen la obligación de inscribir en un registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, los proyectos, programas o actividades, así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.
Por excepción, la APCI aplica el literal b) del artículo 22 de la presente Ley, a las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado que no cumplan con la obligación contenida en el párrafo precedente.
(...)"

Los demandantes alegan que someterse al régimen de control y supervisión de la APCI infringe el principio de igualdad jurídica, ya que realiza un trato discriminatorio cuando impone dicha obligación a las entidades que gestionan y/o ejecutan la CTI sin la participación del Estado, pero gozan de algún beneficio, exoneración o privilegio estatal.

19. De manera previa a la dilucidación de tal tema, este Colegiado considera necesario efectuar algunas precisiones a fin de que se comprenda, cabalmente, el análisis que se va a realizar. En primer lugar, se delimitará la igualdad: como derecho y como principio constitucional; y, en segundo, se aplicará el *test* de igualdad, a fin de determinar, en el caso concreto, si existe o no la alegada transgresión.

20. La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.
Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable[8].
Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos.

Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

21. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del principio-derecho a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, *por tanto, discriminatorio.* Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al *test* de igualdad, que es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del principio-derecho a la igualdad[9].

Dicho *test* se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2° subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*[10].

22. Expuestas estas precisiones, se procederá a aplicar el *test* mencionado al caso sub júdice.

(i) Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. Así, se debe determinar si con el establecimiento de dicha obligación de someterse al control y supervisión de la APCI se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha equiparación entre las entidades vinculadas a la ejecución de la CTI. Con respecto al primero, esto es, el objetivo constitucionalmente legítimo, debe tenerse en cuenta que la Constitución declara que "(...) el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico (...)" (artículo 23"); asimismo, que "(...) son deberes primordiales del Estado (...) promover el desarrollo general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación" (artículo 44°); y, finalmente que "(...) el Estado orienta el desarrollo del país". De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, puede concluirse que una de las finalidades esenciales del Estado social y democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; especialmente, como señala la Constitución (artículo 59°) "(...) los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)". Para lo cual, el Estado no está impedido de controlar y fiscalizar a todas aquellas entidades que comprometen fondos de la CTI orientados a la realización de intereses públicos. Así, no puede sostenerse con los demandan-tes (Demanda de inconstitucionalidad Exp. N.° 0009-2007-PI/TC, pág. 33), que "En efecto, cuando el Estado decide participar en la gestión de recursos de la CTI, lo hace porque considera que los proyectos a los que se van a aplicar tales recursos satisfacen **necesidades que son de su interés**. Esa es la razón por la cual la CTI gestionada a través del Estado, se encuentra sometida a un intenso sistema de control, supervisión y fiscalización. Pues bien, esta justificación no existe en el caso de la CTI gestionada por entidades privadas, ya que las metas que éstas persiguen pueden diferir e incluso ser opuestas a los intereses del gobierno de turno" **(subrayado nuestro)**
Ello es así, porque el Estado es el representante del interés general y no puede actuar de forma distinta a los mandatos constitucionales que le imponen la satisfacción del mismo. El modelo de Estado social y democrático de Derecho no podría tener otra finalidad. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, no se ha acreditado que el régimen de control y supervisión de la APCI constituya un medio que no sea idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral que subyacen a los postulados propios de un Estado social y democrático de Derecho. Por tanto, el primer principio constitutivo del *test* de razonabilidad o proporcionalidad se cumple en los términos que el propio subprincipio exige.

(ii) Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. En el caso concreto se puede señalar que la obtención por determinadas entidades de un beneficio patrimonial (como son las exoneraciones tributarias) producto de la gestión de CTI para la satisfacción de intereses públicos, hacia los cuales el Estado tiene un especial deber de protección y garantía, justifica el someterse a determinados controles como el que representa el procedimiento de inscripción ante el Registro de la APCI (que será analizado *infra*). Así, a manera de ejemplo de intervenciones de similar naturaleza en materia contractual, tenemos los denominados contratos de estabilidad jurídica[11] regulados por el Decreto Legislativo N.° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; en los cuales, el otorgamiento con carácter de intangible por parte del Estado de determinadas garantías y seguridades a sus co-contratantes, en

función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada, compromete y legitima un interés público en su supervisión, a fin de asegurar que dicha actuación privada se desenvuelva de acuerdo con los planes y objetivos trazados en el diseño de la política económica del Estado; sin embargo, el ejercicio de dicho control se realiza dentro de los límites quela Constitución y la ley fijen (*v.gr.* queda excluida la posibilidad que fuera de dicho marco el Estado invoque la existencia de una cláusula exhorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados). Por ello, este Colegiado debe ratificar que resulta válido que el ámbito de aplicación de la norma impugnada en el presente proceso, se encuentre determinado por el criterio tributario, según señala el artículo 1° de la Ley N.° 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI; sin embargo, en este punto será necesario establecer que la referida norma no impide que todas aquellas entidades que gestionan y ejecutan recursos de la CTI sin la participación del Estado y que al momento de publicarse la norma, recibían algún privilegio, beneficio tributario, exoneración o utilizaban de alguna forma recursos públicos puedan retrotraerse en la decisión de someterse al régimen de supervisión y control de la APCI, renunciado para ello a dichos beneficios patrimoniales. Siendo este medio idóneo para tal fin, el legislador ha previsto que sea la APCI el organismo público descentralizado encargado de dicho control y supervisión. Por tal motivo, y a criterio de este Colegiado, esta medida no es gravosa ni tampoco vulnera el derecho-principio a la igualdad, sino que por el contrario equipara el tratamiento jurídico, en lo que corresponde, de entidades que en sus finalidades son las mismas; dejando librada la posibilidad en dicha entidades de no someterse al íntegro del régimen de control y fiscalización d la APCI, no pudiendo en razón a ello acceder a los privilegios y beneficios otorgados por el Estado (renuncia a dichos beneficios patrimoniales). Y si ello es así, con mayor razón, aquellas entidades que optaron por no inscribirse en la APCI y prescindir de los beneficios derivados del régimen de CTI administrado por la APCI, no se verían obligados a someterse a la fiscalización y control desarrollados a través de dicha agencia estatal. No resultando sostenible la afirmación de la parte demandante en virtud de la cual, señala que la conformación como asociaciones civiles de las ONGD, y que la hace beneficiarias de exoneración del Impuesto a la Renta (artículo 19° inciso b) del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 179-2004-EF), determina que se encuentren obligadas a someterse a la fiscalización y control desarrollados a través de la APCI. Sobre este extremo se debe señalar:

§ Partamos por establecer que dicha exoneración no reviste mandato obligatorio. Para gozar de la misma se requiere de la iniciativa privada y libre de la previa inscripción en el Registro de Entidades exoneradas manejado por la SUNAT, el mismo que no tiene carácter constitutivo de derechos (artículo 8° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.° 122-94-EF), ni con él se pretende establecer controles o salvaguardas legales específicas adicionales a las competencias propias de la SUNAT que en materia tributaria le corresponden.

§ En consecuencia, cualquier tipo de control ha realizarse por parte de la Administración Tributaria se efectúa en función al ingreso (si reúne las condiciones previstas en el referido artículo 19°) y no al sujeto que las percibe. Por lo que de tener ingresos que no cumplan con los requisitos establecidos en la norma los mismos deberán estar gravados con el impuesto, al ser las asociaciones sin fines de lucro sujetos del impuesto para efectos del Impuesto a la Renta. Es decir, es un control que recae exclusivamente sobre la renta, en consecuencia tiene un objeto y finalidad distintos a la fiscalización a realizarse por APCI.

§ En suma, no es posible contravertir hasta tal punto este beneficio tributario, terminando por desnaturalizarlo y pasar a entenderlo como un gravamen para las ONGD. Por el contrario esta exoneración, que duda cabe, es un beneficio que no se deriva del régimen de la CTI, y que sólo responde al trato diferenciado que nuestro ordenamiento tributario les dispensa con relación a otro tipo de contribuyentes, sustentado en la función social que desempeñan. En suma, no deviene en un criterio para comprender a las asociaciones dentro del ámbito de aplicación de la norma impugnada.

(iii) Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

En ese punto debe esclarecerse si la realización del fin perseguido de dotar de integración, coherencia, transparencia y publicidad al sistema de gestión de CTI es proporcional a la exigencia del control y supervisión por la APCI. En este sentido, cabe remarcar que tal como lo ha señalado en abundante jurisprudencia este Tribunal en el modelo de Estado sometido a la fuerza normativa y valorativa de la Constitución no cabe admitir al existencia de zonas exentas de control, que en este caso se ha encargado a la administración pública; sin perjuicio, que un supuesto de exceso del ejercicio de dichas competencias dichas entidades puedan recurrir a las vías jurisdiccionales que correspondan –y subsidiariamente a la jurisdicción constitucional- a fin que pueda adoptar criterios objetivos y razonables. De otro modo se estaría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde *"los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*,

mencionados en el artículo 3.º de la Constitución, respaldan el derecho de toda persona humana – y en lo que sea extensivo a las personas jurídicas- a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como proclama el artículo 45.º del texto constitucional.

En atención a ello, una fiscalización proporcional por parte de la APCI, redundará en el propio fortalecimiento de las ONGD que actúen seriamente en la esfera del desarrollo, ayuda de emergencia o protección ambiental o que representen intereses de segmentos pobres o vulnerables de la población.

23. Ahora bien, la aplicación del *test* de razonabilidad o proporcionalidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad, permite concluir que la Ley N.º28925 no es discriminatoria, y, por tanto, no vulnera el mencionado principio-derecho. No siendo posible concluir con los demandantes (Demanda de inconstitucionalidad Exp. N.º 0009-2007-PI/TC, pág. 33), que "En otras palabras, el "Término de Comparación" utilizado por la norma resulta inválido, pues lejos de referirse a condiciones o características propias de la naturaleza de ambos grupos de destinatarios, se refiere a una condición que no existe en la realidad, y que puede ser impuesta desde fuera por el propio Estado con la única finalidad de crear una similitud que no existe, y de ese modo, controlar o incidir la actuación de las entidades privadas de cooperación técnica internacional que no resulten de su agrado".
Puesto, que le está permitido al Estado expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas (artículo 103º de la Constitución), y también, en virtud de su *ius imperium* tiene facultad de legislar incorporando *ex novo* obligaciones que no sean irrazonables. Incluso, ésta constatación, encuentra sustento en la llamada teoría de los hechos cumplidos, que permite resolver las posibles antinomias que podrían presentarse entre disposiciones de rango legal por su aplicación en el tiempo, pero bajo ningún supuesto comprometen un análisis de validez o invalidez.

24. Entonces, ¿cuál es la cuestión constitucional comprometida en el caso *sub judice*? No podría ser la verificación sobre si se ha producido un cambio en la regulación legal vigente en materia de control y fiscalización de las ONGD, sino evaluar si este régimen legal deviene en ilegítimo en tanto compromete irrazonablemente otros bienes de relevancia constitucional.

25. Mas, el reconocimiento de estos criterios en el plan del "deber ser" no es óbice para que en el plano del "ser", es decir del ejercicio o cumplimiento de la norma legal impugnada, los funcionarios puedan afectar los derechos fundamentales invocados cuando se haga aplicación discriminatoria o arbitraria de la norma, en razón de la ONGD que se trate y no por la naturaleza de las cosas. Pudiendo recurrirse, en dichos supuestos a la protección ordinaria, y subsidiariamente al amparo constitucional, tal como ha sido referido *supra*, y del cual este Colegiado es el garante en última instancia.

§6. Del artículo 1º de la Ley N.º 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del derecho a la vida privada y a la autodeterminación informativa

6.1. El registro de las asociaciones

26. Si los ciudadanos no tuvieran la posibilidad de formar una persona jurídica para actuar colectivamente en un ámbito de su interés, el derecho de asociación quedaría desprovisto de significado. El modo en que las legislaciones nacionales consagran esta libertad y la aplicación de esas normas por las autoridades son dos buenos indicadores del grado de desarrollo democrático de un país.

27. Los Estados en el Derecho comparado disponen ciertamente de un derecho a comprobar si el objetivo y las actividades de una asociación se ajustan a la legalidad, pero deben usar esta facultad de una manera compatible con las obligaciones derivadas de la Constitución (no puede denegarse la inscripción en el registro arbitrariamente)[12].

28. A partir de una revisión de la normativa de los principales países destinatarios de CTI, como es el caso Bolivia, comprobamos que también se han regulado procedimientos para la inscripción registral, en el denominado Registro Único Nacional de Organizaciones no Gubernamentales RUN ONGs[13], creado mediante Decreto Supremo N° 22409, de fecha 11 de enero de 1990. El propósito fundamental de este Registro, es la difusión de la información de manera ágil y confiable, sobre las áreas geográficas de acción de las ONGs, los sectores de trabajo, la población beneficiada, los proyectos implementados, las fuentes de financiamiento, entre los datos más relevantes.
En cuanto al Registro mismo, el Decreto Supremo N.º 22409, establece como "obligatoria" la inscripción en el mismo para todas las ONGs. En tal sentido, independientemente del origen de los fondos (del Estado o de cooperación externa), las ONGs tanto nacionales como extranjeras que deseen operar en Bolivia, tendrán que gestionar la inscripción en el Registro Nacional. Para llevar a cabo la inscripción y/o renovación del registro de las organizaciones, éstas deben llenar un formulario del Sistema de Información que permite sistematizar los datos. Toda la información proporcionada, de acuerdo al Decreto Supremo N.º 22409, tiene carácter de Declaración Jurada y es de responsabilidad de cada una de las ONGs.

29. Sin embargo, éste modelo estricto y gravoso no es la opción del sistema nacional de CTI. Pues, la naturaleza del registro a cargo de la APCI, tal como ha sido interpretado por este Colegiado no deviene en "obligatoria" para "todas" las ONGD, sino que en virtud de su autonomía de la voluntad se inscribirán aquéllas que así lo consideren, en los términos y condiciones de lo señalado en el siguiente punto.

6.2. De la inscripción en el registro a cargo de la APCI

30. El artículo 1º de la N.º 28925, en el extremo que modifica el tercer y cuarto párrafo del artículo 3.1. de la Ley de Creación de la APCI

"Artículo 3.- Objeto
(...)
Para fines de transparencia, las entidades señaladas en el párrafo precedente tienen la obligación de inscribir en un registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, los proyectos, programas o actividades, así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.
Por excepción, la APCI aplica el literal b) del artículo 22 de la presente Ley, a las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado que no cumplan con la obligación contenida en el párrafo precedente.
(...)"

31. Que duda cabe, que las debilidades más importantes en la administración de la CTI se han encontrado en la ausencia de políticas y programas nacionales públicos y consistentes basados en las prioridades nacionales[14]. Lo que traía como consecuencia diversos requerimientos particulares de cooperación voluminosos y de baja calidad, negociados sobre la base de iniciativas individuales, sesgadas y aisladas; y que en algunos casos debido a sus debilidades orgánicas y operativas traía como consecuencia la inejecución de dichos fondos, perjudicando las posibilidades de futuros proyectos.

32. La nueva normativa no trata de centrar los proyectos de CTI en ministerios e instituciones públicas, sino sólo de dar un cauce público y en esa medida de control jurídico y ciudadano, a la participación que pueden tener los actores regionales, locales y de la sociedad civil.

33. Así, con la inscripción en el Registro a cargo de la APCI las entidades reciben la denominación de "Organización No Gubernamental de Desarrollo receptora de Cooperación Técnica Internacional (ONGD - Perú)". La inscripción como ONGD - Perú, permite que estas entidades se puedan acoger a ciertos beneficios y facilidades:
(i) Calificar para la devolución de los impuestos pagados en la adquisición de bienes y servicios con recursos de la cooperación técnica no reembolsable.
(ii) Poder contar con la presencia oficial de voluntarios y expertos extranjeros en el marco de proyectos con cooperación técnica internacional.
(iii) Reconocimiento del Estado como receptores de cooperación técnica internacional.

34. Las ONGD inscritas en la APCI, adquieren los siguientes compromisos:
(i) Ejecutar proyectos en las áreas prioritarias señaladas por los planes de desarrollo.
(ii) Desarrollar mecanismos para la participación de la población objetivo en el proyecto desde su identificación y formulación.
(iii) Establecer niveles de coordinación también con organismos públicos.
(iv) Presentar el informe anual de las actividades/ proyectos que ejecutan, indicando montos, población beneficiaria, etc.

35. Por ello, si bien el financiamiento de las ONGD nacionales proviene fundamentalmente de fuentes de financiamiento identificadas por ellas misma; en este sentido, la relación y condiciones bajo las cuales se celebran los acuerdos o contratos de ejecución son de absoluta y total responsabilidad de las partes, debe remarcarse que estas relaciones trascienden del ámbito estrictamente privado (cual relaciones exclusivamente sinalagmáticas) en la medida que se vinculan a intereses públicos, sobre los cuáles el Estado tiene un especial deber de tutela y promoción.

36. Sin embargo, este Colegiado debe señalar que la relevancia de la realización de dichos intereses públicos, no supone extender sobre la base de simples suposiciones que no pueden ser corroboradas por acciones concretas, la deducción de un actuar irregular de las entidades[15]. Con ello queremos decir, que no es posible impedir *ex ante* la inscripción (ni en el Registro Público de Personas Jurídicas, ni en este Registro de la APCI) de aquellas ONGD que cumplan con las previsiones legales en la materia, y siempre que conste su voluntad para ello. En cualquier caso, de existir indicios de un actuar ilícito, se derivará la aplicación *ex post* de las sanciones correspondientes (artículo 96° del Código Civil; y artículos 21° y 22° a la Ley N.° 27692, incorporados por el artículo 9° de la Ley28925, conforme a los criterios que serán desarrollados *infra*).

37. Por estas razones, la negativa de la APCI a registrar una asociación sobre la base de la valoración de una presunción de ilicitud sin mayor investigación, resultaría ser una medida desproporcionada, y por tanto inconstitucional, siempre que la solicitud de inscripción se ajuste a las disposiciones legales previstas, a partir de la interpretación realizada por este Tribunal en la presente sentencia.

38. De otro lado, dichos intereses públicos no permiten al Estado arrogarse una posición de "socio" de las entidades de cooperación ni gestor de los recursos, pues ello conduciría a la estatización de la vida privada y la alienación de las iniciativas de la sociedad civil. No existe un supuesto interés subjetivo del Estado en la actividad de las ONGD, aunque sí se constituye en garante objetivo y final de los fines que persiguen, a través del principio de subsidiariedad (artículo 60° de la Constitución), cuyo contenido y alcances han sido determinados por abundante jurisprudencia de este Colegiado[16], en tanto directriz constitucional que permite la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado, según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

6.3. De la alegada vulneración a la vida privada y el contenido de la inscripción

39. Señala la norma impugnada que será objeto de inscripción en el registro que conduce la APCI:
(i) Los proyectos, programas o actividades.
(ii) Ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.

40. Entonces corresponderá a este Colegiado, determinar si efectivamente dichos contenidos constituyen una

afectación al ámbito de protección constitucional de la vida privada de las personas jurídicas. Por tanto, lo relevante es poder determinar correctamente cuál es el ámbito del derecho invocado, y de qué forma se llega a proteger a las personas jurídicas, frente a intromisiones indebidas de parte del Estado o los particulares, ello a partir de los criterios jurisprudenciales establecidos en las STC 0072-2004-AA y 6712-2005-PHC.

41. Se deberá partir por establecer que la intimidad de las personas naturales comprende una naturaleza similar aunque no idéntica, porque ésta última al proteger un ámbito estrictamente personal, y que como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad. En cambio las personas jurídicas, en principio no son titulares del derecho a la intimidad, en la medida que no pretenden el desarrollo de una personalidad, sino el cumplimiento de sus fines. Son éstos los que no podrían verse afectados por la actuación estatal, que en el caso específico se concreta por el acceso público de los datos consignados a partir de la inscripción en el registro de la APCI.

42. En torno a este punto deberán realizarse algunas precisiones, sobretodo partiendo que ningún derecho constitucional es ilimitado, en consecuencia la vida privada de las personas jurídicas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo.

43. En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico el derecho a la vida privada. En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2°, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2°: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros.

44. Con respecto al bien jurídico vida privada tutelado en la Constitución en relación a las personas jurídicas, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento a la persona jurídica misma y de un grupo reducido, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Y este concepto de daño es determinante, pues no se trata de verificar únicamente el acceso de un tercero a dichos datos, sino se deberá corroborar si ello trae consigo un daño.

45. Por lo tanto, la vida privada incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2°, inciso 9 de la Norma Fundamental.

46. Así, lo importante de haber dotado de un contenido constitucionalmente protegido a la vida privada en el presente caso se centra en que los recurrentes aseveran que el tercer y cuarto párrafo del artículo 3.1. de la Ley de Creación de la APCI, al establecer que las entidades de CTI que no gozan de ningún privilegio, beneficio tributario, exoneración, ni utilizan recursos públicos están obligados a entregar al Estado información institucional. Al respecto, tal como ha sido establecido en el fundamento 22 *supra*, dicha obligación sólo correspondería a aquéllas que gozan del beneficio patrimonial, a partir del ámbito *ratione personae* de la norma, tal como ha sido definido a partir de la presente sentencia.

47. Entonces en éste punto sólo cabe justificar como conciliar la intervención que se realiza sobre las entidades de la CTI, que voluntariamente deciden realizar su inscripción de información institucional e información económica. El fundamento constitucional de ello se encuentra en el derecho del público a la información, y que es concreción subjetiva y líquida de los siguientes principios: a) Principio constitucional de publicidad; b) Principio constitucional de transparencia; y c) Principio constitucional de proscripción de la corrupción.

6.3.1. Principio constitucional de publicidad

48. La publicidad propia de los registros constituye una medida institucional de carácter preventivo, destinadas a fortalecer las normas de conducta para el legítimo cumplimiento de las finalidades de las entidades que gestionan cooperación internacional, lo que se justifica en que éstas se encuentran puestas al servicio de los intereses generales.
Esta publicidad para ser legítima debe encontrarse fundamentada en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad; lo que permitirá preservar la confianza ciudadana en la gestión y funcionamiento de dichas entidades.
Con la afirmación de este principio, se pone en evidencia que el rol del Tribunal Constitucional no sólo se limita a la defensa de la supremacía de la Constitución y a la tutela de los derechos fundamentales, sino que también debe contribuir, por un lado, a preservar valores constitucionales como la justicia, la transparencia y la responsabilidad, y de otro, al fortalecimiento democrático en al gestión de los intereses generales.

6.3.2. Principio constitucional de transparencia

49. El mayor reto que enfrenta el Estado Constitucional y Democrático en el aspecto institucional es la necesidad de legitimar su existencia y las competencias de las instituciones que lo conforman, a través del reconocimiento de la eficacia jurídica de los valores superiores de transparencia y responsabilidad -dado su amplio contenido ético y axiológico[17]- que vinculan positiva y negativamente a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

50. Por ello, este Tribunal no comparte la afirmación de la parte demandante (Demanda de inconstitucionalidad

Exp. N.º 0009-2007-PI/TC, pág. 45), cuando señala que "Pues bien, en el presente caso, el propio texto de la norma señAla que esta obligación de registro se establece ***"para fines de transparencia"***, lo que no constituye una justificación constitucionalmente válida, , pues si bien la transparencia constituye un valor esencial de toda sociedad democrática, **SE TRATA DE UN PRINCIPIO QUE REGULA LA ACTIVIDAD ESTATAL, Y NO LA ACTIVIDAD PRIVADA"**

Si bien, el "programa" constitucional al que se ha hecho alusión ha de ser respetado y realizado, en primer lugar por los funcionarios públicos, no puede ni debe desconocerse su alcance y significación normativa en el ámbito de la sociedad civil.

51. Y es que la corrupción y cualquier otra forma de funcionamiento irregular –negligencia, arbitrariedad- se dan tanto en las diversas instancias del Estado –administración pública, administración de justicia, Ministerio Público, la policía-, como en las diversas formas de organizaciones privadas, y especialmente las vinculadas a asuntos de interés público como es el caso de las ONGD. Siendo en distintos ámbitos en donde se deben afianzar una política constitucional comprehensiva de lineamientos valorativos y prescriptivos de conductas y controles sistemático. Pues, que duda cabe, dada la relevancia de los intereses públicos que se encuentran comprometidos, una gestión o ejecución irregular de los mismos afectan a la colectividad., y desde ese punto de vista, interesan a todos y a cada uno de los ciudadanos.

52. También, se debe señalar que la garantía del principio de transparencia no puede presentarse como únicamente sancionadora, sino para implementar medidas de control social preventivas, como la constituida por la publicidad registral para el caso de las entidades que gestionan cooperación internacional.

6.3.3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción

53. La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del "programa" constitucional, exige una actuación integral.

54. Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97° y 98° de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139° de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200° de la Constitución), el control administrativo, entre otros.

55. El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción -tanto aquéllas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país.

56. En ese sentido el Tribunal Constitucional, en tanto, supremo intérprete de la Constitución, le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social.

57. Proyecto que adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, cuya consolidación permitirá fundamentar un modelo de Estado y de sociedad, basado en una abierta cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44° de la Constitución). Pues, sólo de esta forma se posibilitará la creación y consolidación de un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos.

58. Finalmente, con respecto al contenido constitucional de estos cuatro principios y valores de todo orden democrático -derecho al público a la información, principio constitucional de publicidad, principio constitucional de transparencia, y principio constitucional de proscripción de la corrupción-; deben ser interpretados en el caso de los privados con una presunción que sus asuntos tienen naturaleza privada; por cuanto, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, según dispone el artículo 2° inciso 24, literal a. Debiendo ponderarse o valorarse en cada circunstancia el interés público comprometido.

6.4. Objeto de la inscripción

6.4.1. Los proyectos, programas o actividades

59. Que duda cabe, que estos proyectos, programas o actividades pueden no revestir mayor interés para el gobierno del turno, o incluso su interés puede ser más bien no promoverlos; sin embargo, ello no supone que dichos proyectos, programas o actividades no revistan especial interés para la Constitución, o que puedan implementarse al margen o en contra de ella.
De allí la necesidad de garantizar su publicidad, la misma que es tributaria de los principios constitucionales desarrollados en los fundamentos precedentes.

6.4.2. Sobre la ejecución del gasto

60. Este concepto, que pertenece al ámbito del Derecho público, alude a la fase del proceso presupuestario que se inicia una vez aprobado el presupuesto y que consiste en la aplicación de los recursos humanos, materiales y financieros, y en la utilización de una serie

de técnicas y procedimientos administrativos, contables, de productividad, control y manejo financiero para la obtención de las metas y objetivos determinados para el sector público en los planes y programas de mediano y corto plazo[18].

61. Se encuentra referido al gasto público. Sin perjuicio de ello, es posible trasladar algunos criterios al ámbito del gasto privado, es decir, el realizado por los agentes económicos privados en bienes de consumo y en bienes de capital, por unidad de tiempo. De allí que pueda realizarse, *mutatis mutandis* una razonable aplicación de los principios del proceso de ejecución del gasto en el sector público al ámbito privado. Dentro de éstos, podríamos enunciar:

(i) *Principio de buena gestión financiera*: Este principio se define por referencia a los principios de economía, eficiencia y eficacia. Su aplicación atraviesa por la definición de objetivos comprobables que son seguidos a través de indicadores de resultados mensurables, con el fin de pasar de una gestión orientada hacia los medios a una gestión orientada hacia los resultados. Las instituciones deben realizar evaluaciones previas y *a posteriori*, de la ejecución del gasto.

(ii) *Principio de publicidad*: En principio, la publicidad no es un fin en sí mismo, sino un medio para consolidar el posicionamiento, consiguiendo una imagen claramente diferenciada de sus competidores.

(iii) *Principio de racionalidad en la ejecución del gasto*: Está basado en los criterios de eficiencia y economía, a través del cual se aprecia el coste de cada servicio, el rendimiento y la utilidad del mismo. El criterio de eficiencia tiene relación con la gestión del mismo.

(iv) *Principios de eficiencia y economicidad*: La economicidad y la eficiencia deben ser mandatos obligados para el gasto público y para el gasto privado, naturalmente estos son derechos de los individuos, porque en la medida en que el Estado despilfarra el contenido del conjunto de sus gastos públicos, es evidente que lo que está haciendo es malbaratar y no defender el conjunto de derechos individuales de sus ciudadanos.

62. La posibilidad de una traslación de estos principios propios del Derecho presupuestario, no puede terminar por desnaturalizar ni afectar la autonomía de la voluntad y la privacidad económica de las entidades que gestionan CTI. Y es que en la *ratio* de esta norma se encuentra la pretensión que personas jurídicas, principalmente del sector no lucrativo, que no utilizan recursos públicos, y que realizan sus actividades de manera lícita y libre, le entreguen al Estado información para su publicidad registral. Requerimiento que no se vería satisfecho con una "declaración jurada", sino que comprehendería la presentación de documentos que sustenten dicha información, entre los cuales se encuentran los contratos, los comprobantes de pago por los bienes y servicios contratados, y demás documentos privados.

63. Como se aprecia, en el extremo normativo bajo análisis se configura una vulneración del artículo 2° inciso 7 de la Constitución que consagra el derecho a la vida privada de las personas jurídicas, a partir de lo establecido por abundante jurisprudencia de este Colegiado. Lo antes expuesto, determina que el Tribunal declare la inconstitucional de este extremo dispositivo.

64. En consecuencia, cada una de las ONGD comprehendidas (y con mayor razón aquéllas que no) son las encargadas de verificar la adecuada ejecución de sus recursos para la mejor consecución de sus fines sociales y asistenciales, de acuerdo a las priorizaciones que puedan establecer; en consonancia con los términos contractuales de los acuerdos privados de donación celebrados con sus fuentes cooperantes.

65. No obstante, no existe impedimento constitucional alguno en los supuestos en que la ley requiera a estas entidades a levantar la reserva natural que cubre sus relaciones jurídicas privadas, para permitir que el Estado cumpla con alguna función de carácter público, como podría ocurrir por ejemplo, en la investigación de un delito o en una fiscalización tributaria.

§7. Del artículo 2° de la Ley N.° 28925 y el artículo 2 de la Ley N.° 28875 y la alegada afectación de la libertad contractual

66. Los demandados sostienen que cuando una entidad ejecutora recibe fondos de su fuente cooperante, nos encontramos ante un contrato privado de donación que como tal, goza de protección constitucional (artículo 62° de la Constitución). Así, entienden que las reglas acordadas por la entidad ejecutora y su fuente cooperante (relativas al destino de los fondos, los montos y desembolsos, los lineamientos de los proyectos a ser ejecutados, zona beneficiaria, e incluso los mecanismos de fiscalización pactados) no pueden ser modificadas externamente –salvo acuerdo de las partes-.

67. Agregan que el contenido del citado artículo 62° no sólo establece la intangibilidad de los términos contractuales, sino que excluye a la administración pública de la posibilidad de actuar o incidir en ellos.

68. Al respecto este Colegiado debe señalar que la naturaleza de la posición de las entidades ejecutoras de la CTI mantiene una relación unívoca con la naturaleza de los fondos y los fines a los cuáles éstos se encuentran orientados. Por ello, su situación subjetiva no está sometida a las reglas, exclusivamente, del Derecho Privado y de la economía de mercado.

69. Así, para clarificar ello nos referiremos a la naturaleza de los fondos señalados *supra*.

7.1. Naturaleza de los recursos y fondos de la CTI

70. Estos recursos y fondos de la cooperación técnica internacional no reembolsable en el Perú, es regulada por el D. Leg. N° 719 - Ley de Cooperación Técnica Internacional, que precisa que pueden ser "(...) recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología de fuentes cooperantes externas, cuyo objetivo es complementar y contribuir a los esfuerzos nacionales en materia de desarrollo".

71. Dado que están afectos a fines de alta significación económica y social, desde la perspectiva de su mejor utilización social; de allí que no sea sustentable jurídicamente derivarlos y dejarlos al manejo antojadizo y arbitrario de quiénes podrían no asumir con lealtad constitucional la responsabilidad de su gestión. Sobretodo si se atiende a su carácter limitado y las diversas amenazas que se ciernen a este flujo de recursos –crisis en las economías de los países desarrollados, erosión del compromiso asumido en la década del 70 por estos mismos países de destinar el 0,7% de su PBI a la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD)[19], adicionalmente, los actuales indicadores macroeconómicos califican al Perú como un país de renta media, por lo que paulatinamente dejamos de ser receptores de cooperación no reembolsable y cada vez más, somos candidatos a recibir sólo cooperación reembolsable-.

72. Por lo tanto, este Colegiado considera que los recursos y fondos de la CTI, sin dejar de ser bienes que integran el dominio privado no pueden ser sometidos exclusivamente a un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo, sino que las reglas de su uso y disposición deberá insertarse en el cumplimiento de los fines sociales plasmados en la Constitución.

73. Para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe este régimen jurídico propio y autónomo de los recursos y fondos de la CTI, que no se funda exclusivamente en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil, lo que se expresa en la amplia normativa que regula esta materia: Ley N° 27692, Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), Decreto Supremo N° 053-2003-RE, Reglamento de Organización y Funciones de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), Decreto Legislativo N° 719, Ley de Cooperación Técnica Internacional, Decreto Supremo N° 015-92-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 719 de Cooperación Técnica Internacional, Ley N° 28386, Ley que Modifica el Decreto Legislativo N° 719, Ley de Cooperación Técnica Internacional, Resolución Suprema N° 450-84, Manual de Procedimientos de la Cooperación Técnica Internacional; así como también, las dos normas que se han insertado a esta regulación, las mismas que vienen siendo cuestionadas mediante el presente proceso constitucional.

74. En el caso, se está ante un dominio privado que mantiene alguna conexión con el sentido constitucional de la propiedad; es decir, en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley, según dispone el artículo 70° de la Constitución. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dado que si bien son titulares de un derecho real, sin embargo, dada la especial naturaleza del objeto sobre el cual recae, no puede ejercitarse afectando los fines públicos concomitantes de dichos bienes.

75. Así cabe preguntarse qué corresponde al Estado con respecto a los recursos y fondos de la CTI. El Estado no ostenta una situación subjetiva de disposición de los mismos, pero si tiene un deber de garantía y protección mediante una serie de reglas orientadas a su control, supervisión, fiscalización, transparencia y publicidad .

76. La definición precedente es la que ahora nos permite abordar la naturaleza de la posición de parte contractual.

7.2. Estado y contratos de ejecución de CTI

77. Estos contratos deberán establecerse en una relación jurídica privada subordinada al interés público, y no exclusivamente de carácter sinalagmático. Por ello, que es la declaración de la voluntad estatal la que establecerá legítimamente el marco normativo en el cual deberá desenvolverse.

78. Lo cual no supone una intromisión en un ámbito estrictamente privado, en la medida que, tal como fue señalado *supra*, estas entidades conforman un sector *non profit* o sector "privado social" identificado con un ámbito organizativo diferente tanto del Estado como del mercado, pero no por ello desvinculado a la Constitución.

79. Claro que esta regulación normativa no tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración Pública ni constituye un acto de autoridad, sino únicamente los cauces a través de los cuáles desarrollarán su actividad que tiene un carácter predominantemente social.

80. Lo que se ve reforzado con el acto mismo de inscripción en el Registro, que permite que haya un control de la Administración y no sea un número ilimitado y desconocido de entidades que actúan en dicha gestión de recursos. Ello es así, porque dada la naturaleza de los ámbitos de la actuación de las ONGD, no puede suponer que queda anulada la capacidad estatal de sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable, como son las de control y fiscalización.

81. En ese sentido, dicho control no deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse. La Administración sólo puede realizar intervenciones legítimas sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la realización de estas actividades, con la finalidad precisamente de asegurarla y garantizarla para los terceros beneficiarios.

82. Así, si bien es cierto que la libertad contractual deriva de la ley, no es inconstitucional regular la facultad administrativa de establecer reglas jurídicas por razones del orden público; ello, empero, no es óbice para discutir la legitimidad de la Ley cuestionada respecto a la posible vulneración de otros bienes jurídicos constitucionales relacionados; o que las reglas jurídicas no sean claras, en tanto conceptos jurídicos indeterminados o en blanco; o que queden a merced de la Administración definir su real y concreto significado legal.

83. El Tribunal Constitucional, atendiendo a su función pacificadora, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o

indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias; pretende, mediante el presente pronunciamiento, resolver las situaciones de tensión -no de colisión- entre el interés general, que representa el Estado, y los intereses "públicos-privados" que representan las ONGD, para alcanzar su más óptima realización en el marco de los principios y valores de la Constitución.

84. Si bien las normas impugnadas otorgan a la APCI facultades para actuar indirectamente sobre los términos contractuales de los acuerdos privados entre las entidades ejecutoras y sus fuentes cooperantes a través de la "priorización"; este Colegiado debe establecer que la referida planificación del sector público sólo puede darse cuándo se trate de recursos de la CTI gestionados por el Estado; más cuándo sean recursos que se gestionan desde el sector privado, esta habilitación de la Administración tendrá solamente carácter indicativo.

85. De otro lado, es evidente que en lo que corresponde a la supuesta vulneración del derecho a la intimidad empresarial es equiparable, en modo alguno, a la actividad realizada por las entidades que gestionan CTI, que no es en sí ni primordialmente económica. Es decir, la labor orientada a la satisfacción de intereses públicos realizada por éstas no es la misma que la de los distintos sectores productivos. Por ello, el término de comparación -*tertium comparationis*- que aducen los demandantes, para sustentar una supuesta vulneración del derecho a la intimidad empresarial, no constituye un supuesto de hecho del cual pueda exigirse consecuencias jurídicas iguales.

§8. De los artículos 2º y 3º de la Ley N.º 28925, y el artículo 5º de la Ley N.º 28875 respecto a la alegada afectación del derecho de asociación

86. El artículo 2º inciso 13 de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho "A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa".

87. Este Colegiado ha dicho que este derecho es un atributo que puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades (de carácter político, económico, religioso, gremial, deportivo o de cualquier otra índole), las mismas que, aunque pueden ser de diversa orientación tienen como necesario correlato su conformidad con la ley.

88. El derecho de asociación, pues, se erige como una manifestación de la libertad personal dentro de la vida de coexistencia, a efectos de que las personas se unan para realizar una meta común. Ello se explica en la medida en que gran parte de los planes de vida del ser humano depende, para su cristalización, de la cooperación e interacción con otros; y ello porque su naturaleza gregaria lo lleva a agruparse con otros a fin conseguir los objetivos que, de hacerlo solo, no podría llegar a conseguirlos. En consecuencia, se reconoce que este derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y en el principio de fin altruista[20].

89. De dichos principios se deriva que su contenido esencial está constituido por: a) el *derecho de asociarse*, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el *derecho de no asociarse*, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la *facultad de auto organización*, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización[21].

90. El análisis a recaer en la presente sentencia, se encuentra dirigido al primer extremo del derecho de asociación, que permite encauzar el cumplimiento de los fines y demás actividades derivadas de la constitución y funcionamiento de una asociación de la manera más conveniente, y que en el caso de las ONGD se manifiesta esencialmente en una finalidad "altruista". En consecuencia, la finalidad asociativa de las ONGD más que orientarse a la satisfacción de los intereses de las personas adscritas a ella, consiste en garantizar los intereses de los terceros beneficiarios.

91. Sin embargo, el *derecho de asociarse* no puede sustentarse en la expectativa de obtención de ganancias, rentas, dividendos o cualquier otra forma de acrecentamiento patrimonial de sus integrantes. Sin perjuicio, de los honorarios que se determinen para los profesionales y técnicos que con su trabajo aportan a la mejor consecución de dichas finalidades; ello en la medida en que, no encubra actos de reparto directo o indirecto entre los miembros de la asociación.

92. La delimitación de los fines de una asociación, *prima facie*, no está sujeta a la discrecionalidad del Estado, sino a la consideración de sus miembros, siempre y cuando su objeto no afecte los principios y valores constitucionales.

93. De allí que la actuación de la APCI deberá ser adecuadamente delimitada a fin que no quede lesionado el contenido de este derecho ni que se configuren trabas o limitaciones injustificadas, que podrían comportar su disolución. Tal como será analizado en el punto siguiente referido al régimen de infracciones y sanciones.

94. Ahora bien, en el presente caso consideramos que de las normas impugnadas no puede derivarse una afectación concreta al contenido de este derecho, en atención a las siguientes consideraciones:

95. Primero, porque la inscripción en los registros de la APCI no constituye una condición obligatoria para ejecutar la CTI. Pues, tal como se desprende de la interpretación realizada por este Colegiado, dicha obligación sólo correspondería a aquéllas que gozan del beneficio patrimonial, a partir del ámbito *ratione personae* de la norma impugnada.

En consecuencia, no se ven afectadas en su respectivo ámbito de actuación aquellas entidades no registradas,

pero sí sujetas al régimen civil correspondiente. Con esta interpretación se deja a salvo el mandato del artículo 2° inciso 13) de la Constitución, en cuanto señala que el ejercicio del derecho de asociación no está condicionado a la obtención de una "autorización previa"; resultando únicamente necesaria la obtención de la personalidad jurídica para perseguir los fines lícitos que motivaron la asociación.

96. Segundo, las obligaciones que se generan del registro ante la APCI tienen una naturaleza eminentemente autónoma, dado que es la manifestación de voluntad de la entidad respectiva la que determina la inscripción.

§9. Del artículo 9° de la Ley N.° 28925 y régimen de infracciones y sanciones sujeto a la potestad sancionadora de la APCI

9.1. Régimen de infracciones

97. El legítimo ejercicio del derecho de asociación no puede ser sancionado o penalizado ni puede acarrear consecuencias desfavorables.

98. Mas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 16° inciso 2, lo siguiente: "El ejercicio de tal derecho (de asociación) sólo puede estar sujeto a las restricciones provistas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás".

99. En el mismo sentido, el artículo 96° de nuestro Código Civil establece que: "El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines son o resulten contrarios al orden público o las buenas costumbres".

100. En consecuencia se debe partir por establecer que constitucionalmente es válido desglosar una serie de finalidades o imperativos que podrían justificar algunas limitaciones en el disfrute efectivo del derecho de asociación, siempre con carácter excepcional y previsto en la ley: la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de otros. Las cuales podrían provenir legítimamente de la Administración del Estado[22], quien será la encargada de verificarlas y aplicar las sanciones que se deriven del incumplimiento.

101. Este derecho no es absoluto y hay que admitir que cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades de otros, la presente ley ratifica la facultad de la Administración Pública competente para proteger estas instituciones o personas. Sin embargo, se deberá verificar en las vías correspondientes la legítima utilización de dicho poder, de forma que se hilvane la necesaria integración entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos.

102. Y dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración. En ejercicio de dicha potestad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados[23].

103. Por todo ello, a la hora de valorar la legitimidad del ejercicio de este poder sancionador, el Tribunal Constitucional deberá verificar si se cumplen sucesivamente las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación con los objetivos indicados. De forma, que pueda garantizarse que no se configuren supuestos de vulneración de otros bienes constitucionales, entre ellos de manera especialísima la libertad de expresión, pues el derecho de asociación opera como una garantía instrumental de su adecuado desenvolvimiento dentro de un Estado democrático[24].

104. En consecuencia, es que la interpretación de las sanciones requiere un análisis estricto, de modo que sólo razones convincentes o imperativas puedan justificar las eventuales restricciones del derecho de asociación, en cada una de las manifestaciones de su contenido esencial tal como ha sido definido jurisprudencialmente por este Tribunal. Coadyuvan en ello, los principios materiales del derecho sancionador del Estado y las garantías del derecho del debido proceso (entre éstas, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho)[25].

105. Así, al analizar cada extremo del artículo 21° de la Ley N° 27692, que determina las infracciones sobre las cuales ejerce su potestad sancionadora la APCI, podemos establecer que éstas pueden tener como sujeto activo únicamente a las entidades que se encuentran comprendidas en la *ratione personae* de la norma, a partir de lo señalado en el fundamento 22 de la presente sentencia.

106. Sobre algunos extremos de dicho artículo 21°, debemos realizar algunas precisiones.

9.1.1. Inciso 1: No inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI

107. En el mismo sentido deberá interpretarse la "obligatoriedad" a que hace referencia el artículo 4° inciso m) de la Ley de Creación de la APCI: "La inscripción en dichos registros es obligatoria para ejecutar cooperación técnica internacional, independientemente de la naturaleza jurídica de la fuente cooperante". Es decir, la inscripción en el Registro de ONGD nacionales receptoras de CTI y el Registro Nacional de ENIEX, deviene en obligatoria únicamente para las referidas entidades.

108. No existe obligación alguna de inscribirse para aquellas entidades que han renunciado a los privilegios patrimoniales propios del régimen de la CTI; en consecuencia, la no inscripción ni la falta de renovación

del registro no produce ninguna consecuencia ni da lugar a ninguna sanción., porque al vencer tal registro, los beneficios se extinguirían también, y por tanto, la entidad de que se trate quedaría inmediatamente excluida del régimen de control.

109. Para mayor claridad, en referencia a este inciso quedan **excluidos** de ser sujetos pasivos de la potestad sancionadora de la APCI:

(i) Aquellas entidades que a la fecha de entrada en vigencia de la norma, gozaban de los privilegios y beneficios por haberse inscrito voluntariamente en la APCI, no estarían obligadas a renovar su inscripción una vez vencida. De no hacerlo, no se les impondría una sanción por falta de renovación.
(ii) Entidades que gozan de otros beneficios (que no derivan del régimen de la CTI), como la exoneración del Impuesto a la Renta.

9.1.2 .Inciso 9: Orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada

110. La referencia al orden público, no corresponde a la de un concepto jurídico elástico carente de contenido que permita justificar cualquier despropósito. El principio de orden público, tiene un doble contenido.

111. Primero, es comprehensivo del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. De esta forma, el orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad[26].

112. Segundo, también hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que ningún derecho constitucional o situación subjetiva de origen legal o infralegal, pueda ser apreciado como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido de todo derecho fundamental (como los comprometidos en el presente caso,*v.gr.* asociación, igualdad, vida privada, entre otros), actuando sobre ellos, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún derecho fundamental puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona (natural o jurídica) una actuación privada, siempre que no se afecte el contenido esencial de otros derechos fundamentales, así como se tenga por objeto concederles debida protección.

113. Por todo ello, en última instancia el orden público es un bien constitucional, que junto con seguridad y el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, le corresponde también proteger al Estado, según el artículo 44° de la Constitución. En consecuencia, los supuestos de su vulneración deberán ser determinados casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en estricto respeto del principio de legalidad del Derecho administrativo sancionador consagrado en el artículo 2° inciso 24, literal d) de la Constitución, con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley", y desarrollado por la jurisprudencia de este Colegiado[27]; no obstante, siempre queda expedita la vía procesal correspondiente (ordinaria y constitucional) para el ejercicio de un control ex *post* jurisdiccional. De esta forma, el Tribunal valida plenamente la constitucionalidad de este supuesto de infracción impugnado.

9.2. Régimen de sanciones

114.Al analizar cada extremo del artículo 22° de la Ley N° 27692, que determina las sanciones que la APCI puede imponer según la gravedad de la infracción cometida, este Colegiado debe observar la razonabilidad de las mismas en su aplicación, que es un criterio propio para ejercer la potestad sancionadora, referido en los fundamentos precedentes.

115. Asimismo, el legislador al momento de regular las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de infracciones administrativas goza de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. Sin embargo, esta no puede encontrarse exenta de control constitucional.

116. En consecuencia sobre el inciso d) de dicho artículo 22°, que establece "La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley" debemos realizar algunas precisiones.

Respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales comprometidos y, en concreto, el derecho de asociación, consagrado en el artículo 2° inciso 13 de la Constitución: "A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.". Para este Colegiado no resulta constitucionalmente válido que a través de esta norma legal se habilite a que una resolución administrativa de la APCI tenga como consecuencia en la práctica la disolución de la persona jurídica de las entidades de ejecución de CTI, yendo en contra de la parte final del texto expreso de la Constitución.

Por cuanto, esta sería una nueva forma de disolución de una entidad asociativa, distinta a las previstas en el

Código Civil peruano, a saber, de pleno derecho y por decisión judicial. A ello se agrega la constatación fáctica que las fuentes cooperantes extranjeras se negarían a brindar nuevo financiamiento a aquellas ONGD sancionadas con la cancelación, marcando con ello la extinción de su actividad; para lo cual debería requerirse un proceso judicial y no una resolución administrativa.

En consecuencia tampoco se derivaría la consecuencia prevista en el párrafo siguiente de dicha disposición, en cuanto señala "El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años". Lo cual es una consecuencia, que se deriva de la declaración de inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 22° referido.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional estima que la presente norma deviene en inconstitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

HA RESUELTO

1. Declarar, **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el artículo 1° de la Ley N.° 28925, que modifica el párrafo 3.1 del artículo 3 de la Ley N.° 27692, en el extremo que establece "así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada"; y, el inciso d) del artículo 22° de la Ley N.° 27692, adicionado por elartículo 9° de la Ley N.° 28925 "La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley", con el párrafo siguiente "El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años". Por consiguiente, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", dichas normas dejan de tener efecto en nuestro ordenamiento jurídico
2. Declarar, **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

0009-2007-PI/TC
0010-2007-PI/TC
(acumulados)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Mediante el presente fundamento de voto sólo me permito agregar a la *ratio decidendi* y al fallo que suscribo que, declarada la inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 22° de la Ley N.° 27692, adicionado por el artículo 9° de la Ley N.° 28925, que señala "La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley"; con ello, no se pretende desconocer los controles o salvaguardas legales específicas de competencia propia, tanto de la Contraloría General de República, el Poder Judicial, la SUNAT y de la propia APCI que, en las materias a su cargo le corresponden. Ejercicio de control, fiscalización y sanción que deberá realizarse de conformidad con el marco legal vigente, y con lo señalado en el fundamento 22 de la sentencia, entre otros.

SR.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. 0009-2007-PI/TC,
00010-2007-PI
(ACUMULADOS)
LIMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

No estando de acuerdo con la ponencia suscrita por el Mag. ponente emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. Don Luis Miguel Sirumbai Ramos y más de 5000 ciudadanos y Congresistas de la República del Perú presentan demanda de inconstitucionalidad contra:

a. Los artículos 1, 2 (inciso f y m del artículo 4 que modifica), artículo 3, artículo 6 y artículo 9 (último párrafo del artículo 22 incisos 7 y 9 del artículo 21 que incorpora) de la Ley 28925 que modifica la Ley 267692 de Creación de la Agencia Peruana de cooperación Internacional APCI y;
b. Los artículos 2 y 5 de la Ley 28875 que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación.

Sostienen los demandantes en el Exp. 00009-2007-PI que los artículos antes señalados son inconstitucionales por vulnerar el principio de igualdad, el derecho a la vida privada, a la autodeterminación informativa, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, la libertad de contratación, la libertad de asociación y el derecho de participar en la vida política económica, social y cultural de la Nación, el derecho al trabajo, el derecho al libre acceso a la función pública y los principios constitucionales del Derecho

administrativo sancionador establecidos en los artículos 2 incisos 2), 5), 13), 14) y 17) 22) y 62) de la Constitución.

En el Exp 00010-2007-PI los peticionantes cuestionan las normas líneas antes mencionadas manifestando que éstas son inconstitucionales porque vulneran derechos e igualdad, a la vida privada, al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, a la libre contratación, libre asociación y a participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación y transgrede el principio de tipicidad en la previsión de las infracciones administrativas.

2. El apoderado del Congreso de la República señor Jorge Campana Ríos contesta la demanda solicitando se la declare infundada, argumentando que las disposiciones cuestionadas no contienen inconstitucionalidad alguna sea directa o indirectamente. Agrega que los articulados materia de controversia buscan promover la cultura democrática, que la información solicitada a las ONG es la estrictamente relevante en un marco de transparencia promoviendo la libertad de información, ya que la labor que realizan las entidades que gestionan cooperación técnica internacional es de interés público.

3. El proyecto traído a mi Despacho viene declarando Fundada en parte la demanda y en consecuencia inconstitucional el artículo 1º de la Ley 28925 que modifica el párrafo 3.1 del articulo 3 de la Ley Nº 27692, en el extremo que establece "(...) *así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada*". Por consiguiente con la declaratoria de inconstitucionalidad de dicho extremo las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado no tendrán la obligación de inscribir en un Registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, la ejecución del gasto que realizan con recursos de la Cooperación Internacional privada, decisión que no comparto lo que motiva mi voto singular.

Naturaleza Jurídica de las ONGs

4. Es oportuno mencionar que las las Organizaciones No Gubernamentales en adelante ONGs, son entidades de carácter privado, con fines y objetivos definidos por sus integrantes sin finalidad de lucro creadas independientemente de los gobiernos locales, regionales y nacionales, así también como de los organismos internacionales Jurídicamente adopta diferentes status como asociación o fundación. Al conjunto del sector que integran las ONGs se le denomina de diferentes formas, como sector voluntario, sector no lucrativo, sector solidario, economía social y tercer sector social, entre otras. En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran reguladas básicamente por el Código Civil Sección Segunda. En cambio las personas jurídicas lucrativas (a las que comúnmente se alude como "empresas"), se encuentran reguladas también por el CC y de forma especial por la Ley General de Sociedades. Las personas jurídicas privadas de finalidad no lucrativa reguladas por el Código Civil son la asociación, la fundación y el comité, de las cuales las más utilizadas para constituir una ONG son las dos primeras. Entendemos por asociación a la *"organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo" (artículo 80 del CC).*

Conforme a la citada definición legal, caracteriza a las asociaciones: 1) Pluralidad de personas; esto es, dos o más miembros, que pueden ser personas naturales (físicas) o jurídicas (morales), o ambas a la vez entre las cuales se desarrolla un vínculo asociativo. 2) Tener como objeto social una actividad en común 3) Contar con una organización estable, esto es, duradera y 4) Tener una finalidad no lucrativa: el carácter no lucrativo de este tipo de organizaciones está definido por la relación entre los integrantes y la organización. Por ello los miembros (asociados) no buscan un beneficio o enriquecimiento patrimonial, a través del reparto de utilidades u otra forma de aprovechamiento patrimonial que se sustenta en el aporte que cada asociado invierte cuando se trata de sociedades mercantiles con lícito fin de lucro, sino el desarrollo de la actividad común ha realizado a través de la asociación.

5. El colegiado en mayoría sostiene que:
El artículo 1 de la Ley Nº 28925 resulta válido en el ámbito de aplicación de la norma impugnada siempre que se encuentre determinado por el criterio tributario. Sin embargo la referida norma no impide que todas aquellas entidades que gestionan y ejecutan recursos de la CTI sin la participación del Estado y que al momento de publicarse la norma recibían algún privilegio, beneficio tributario exoneración o utilizaciòn de alguna manera de recursos públicos puedan retrotraerse en la decisión de someterse al régimen de supervisión y control de la APCI renunciando para ello a dichos beneficios patrimoniales. Resulta así válida la constitucionalidad de la inscripción de los proyectos, programas o actividades, pero no **la inscripción y publicidad de la ejecución del gasto que realicen**.

Con esta última parte, no me encuentro de acuerdo habida cuenta que el artículo cuestionado a la letra prescribe:
"Artículo 1.- Modificase el párrafo 3.1 del artículo 3 de la Ley Nº 27692, en los siguientes términos:

"Artículo 3.- Objeto
3.1 La APCI es el ente rector de la cooperación técnica internacional y tiene la responsabilidad de conducir, programar, organizar, priorizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, que se gestiona a través del Estado y que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado, en función de la política nacional de desarrollo, y por consiguiente gozan de los beneficios tributarios que la ley establece. Se encuentran excluidas del ámbito normativo de la presente Ley, las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; salvo que hagan uso de algún privilegio, beneficio tributario, exoneración, utilicen de alguna forma recursos estatales o que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.
Para fines de transparencia, las entidades señaladas en el párrafo precedente tienen la obligación de inscribir en

un registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, los proyectos, programas o actividades, ***así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.***

Por excepción, la APCI aplica el literal b) del artículo 22 de la presente Ley, a las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado que no cumplan con la obligación contenida en el párrafo precedente (...)".

Es necesario advertir que la redacción del proyecto consigna evidentes contradicciones que tal vez por la premura del tiempo no se han podido salvar, como por ejemplo el concebir que dentro de un Estado Social Democrático Constitucional de Derecho se reconozca la obligación de publicar un proyecto, pero no la de publicar su ejecución. El tercer párrafo del artículo 3 de la Ley 27692 modificada por Ley Nº 28925 dispone que: *"Para fines de transparencia, las entidades señaladas en el párrafo precedente* (entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismo del Estado) *tienen la obligación de inscribir en un registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, los proyectos, programas o actividades,* ***así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.*** Entonces la mayoría del Colegiado al declarar la inconstitucionalidad del párrafo resaltado líneas antes, rompe la congruencia de la Ley y de la razón al declarar que es constitucional la publicación de los proyectos programas o actividades, pero no de la ejecución de éstos. Significa en buen lenguaje que**debe publicarse lo se dice y ofrece pero no lo se hace y cumple.** Por esto considero que con la decisión adoptada se está fomentando la cultura del incumplimiento, la demagogia y el engaño, y, cuando no, de la mentira y no de la verdad, valor fundamental declarado por este Supremo Tribunal como derecho fundamental tan necesario en un país que requiere de mecanismos que coadyuven a cultivar la honestidad, la transparencia en el actuar del Estado y de todos aquellos vinculados por la fuerza normativa de la Constitución Política del Perú. ¿Por qué el temor a la publicación de la ejecución de los gastos, si éstos son las concretizaciones de los proyectos previamente registrados y publicados? ¿Acaso no estaríamos contribuyendo a fomentar el engaño a la sociedad y, de forma directa o indirecta, a los posibles beneficiarios del servicio público condicionante de la nación si privilegiamos que se publiquen los proyectos pero no su ejecución?.

Considero que la norma busca fomentar una cultura democrática, la que **"que duda cabe"** se condice con la libertad de información, difusión de cuestiones de interés social y de valores relevantes para la convivencia humana; por ello el contenido de información referida a proyectos, programas, actividades y la ejecución del gasto de éstos tienen una repercusión en nuestra sociedad que el Estado no puede ni debe obviar.

Es menester considerar también al respecto que no se trata de empresas de naturaleza lucrativa determinante de su creación lícita a través de las sociedades mercantiles, cualquiera sea su denominación, porque para éstas es indispensable el aporte societario que parte de la entrega económica de cada uno de los socios quienes, atendiblemente, administran y controlan el aporte societario, en el que participan y esperan utilidades, sino de entidades que no administran dinero, bienes o valores propios sino dinero o bienes en general de personas naturales o jurídicas del extranjero que en base a programas y proyectos hacen llegar esas donaciones para fines de los denominados sociales que interesan a una colectividad, aparte de que dicho ente innominado o cada uno de sus miembros que lo integran tienen, como ya se ha dicho, derecho a la información, abrigando así el Estado perfecto derecho a saber de la ejecución, de como se invierte el aporte donado y en qué medida racionalmente se retraen las cantidades necesarias para los gastos de administración.

Se escucha decir que en la ejecución el Estado no debiera intervenir so pretexto de no poder ingresar a controles que puedan significar un agravio al derecho a la privacidad empresarial tutelada por el artículo 2 inciso 7) de la Constitución; empero, pregunto cuándo por ejemplo, llegada del extranjero una suma de dinero que podríamos significar en 100, la correspondiente ONG, para la ejecución efectiva emplee 2 y se quedan por el camino los 98 restantes en gastos considerados en el rubro de gastos administrativos, desigualdad encubierta en la privacidad empresarial, ¿No se agraviaría con esta irracionalidad a la colectividad interesada en la mejor ejecución no solo de la obra sino del importe condicionado a dicha ejecución?.

Los recurrentes aducen vulneración del derecho a la vida privada (privacidad empresarial) pretendiendo un ejercicio absoluto del referido derecho sin recordar que ningún derecho fundamental es "absoluto" toda vez que la titularidad de éstos le asiste a todos los seres humanos tal como lo refiere el artículo 2 de la Constitución: *"Toda persona tiene derecho a: (...)*. En consecuencia si sólo una persona pretendiera el ejercicio absoluto de un derecho otro tendría la misma prerrogativa dentro de una misma situación, circunstancia que ocasionaría conflicto y al final inseguridad jurídica desconociéndose así la existencia de otros bienes constitucionales de igual o mayor relevancia.

En el presente caso debemos recordar que los ciudadanos peruanos son titulares del derecho a la información el que de acuerdo a nuestra Norma Suprema (artículo 2 inciso 4) es de ejercicio libre, sin previa autorización ni censura, ni obstáculo alguno al fin. Es oportuno pues referir que el derecho fundamental a la libertad de información al no tener censura previa ni requerir de autorización para su ejercicio no implica que sea ilimitada, ya que debe estar en armonía con otros derechos como son: el derecho al honor, derecho a la intimidad y a la seguridad del Estado, limitaciones que no encuentro para la proscripción de la publicación de la ejecución de gastos establecidos en la ley. ¿Qué honor, que privacidad o que seguridad nacional puede verse afectada con la obligación que impone el Estado para la publicación de la ejecución de gastos

de una ONG, asociación, o fundación si previamente dichos proyectos han sido inscritos en el Registro correspondiente?.

Además se debe tener en cuenta el derecho de todos los ciudadanos y especialmente de aquéllos posibles beneficiarios para acceder a la referida información, la que debe ser administrada y brindada por un organismo estatal como garante de la veracidad de éstos. Ahora bien, si el Estado al proporcionar esta información incurriera en algún exceso o error, para ello existe en nuestro ordenamiento el derecho de todo afectado a la rectificación, pues los mecanismos de control son ex *post* y no ex *ante*. Esto habida cuenta que en torno al derecho a la información se puede constituir una sociedad libre en la que los ciudadanos mediante la discusión abierta y desde todas las ópticas, encuentren respuestas a problemas colectivos, que permitan el desarrollo que beneficiará a todos los sectores.

Los recurrentes manifiestan también que la obligación de inscripción de sus proyectos, programas o actividades, como el de la ejecución de sus gastos viola su derecho a la autodeterminación informativa regulado en el artículo 2 inciso 6) de la Constitución que señala: *"A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar"*. Este derecho garantiza la facultad de todo individuo de poder controlar la información contenida en un Registro, del uso y revelación de los datos que le conciernen. La doctrina reconoce que este derecho proporciona al titular las facultades siguientes: *"a) Actualización a las informaciones y datos relacionado con su persona, existente en archivos, registro de datos personales contenidos en archivos, banco de datos o registros. b) Rectificación o aclaración de informaciones personales contenidos en los archivos de banco de datos o registros y c) Exclusión o supresión de datos sensibles y de datos personales que no deben ser objeto de almacenamiento o registro a fin de salvaguardar la intimidad personal"*, como lo expresa el constitucionalista Eguiguren Praelì, Francisco en su libro "Libertad de Expresión e información y el derecho a la intimidad personal" Pág. 171. De lo dicho hasta el momento puedo afirmar que el Registro que conduce la APCI según Ley 28925 no contiene datos íntimos o sensibles por los cuales deba garantizarse la facultad de las ONG a controlar dicho registro. Finalmente debo expresar que con el artículo 1 de la Ley 28925 no se lesiona el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados puesto que la información que se requiere no tiene un carácter sensible ni íntimo menos aún afecta la seguridad nacional.

En lo relacionado a la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 22 de la Ley N° 27692 y del penúltimo párrafo del mencionado artículo modificado por la Ley N° 28925 que literalmente prescribe: *"La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley.*

El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años (...)", considero que la capacidad sancionadora del Estado a través de la APCI, establecida en la referida Ley, no hace sino reconocer el ejercicio monopólico de esta potestad por parte del Estado que requiere de mecanismos de coacción para hacer efectiva el cumplimiento de sus exigencias; caso contrario no se trataría de obligaciones impuestas sino de "meras indicaciones". En esta lógica debo también manifestar que esta potestad no lesiona el derecho fundamental a la asociación recogido en nuestra Carta Magna en su artículo 2 inciso 13) toda vez que no se trata de imponer requisitos para el ejercicio de éste sino de establecer limites que garanticen la no vulneración de otros bienes constitucionales también relevantes para la convivencia en sociedad. La disposición normativa expuesta en el artículo 96 del CC es simplemente una Ley y no es la Constitución no habiendo pues el agravio directo al derecho invocado por los recurrentes significando entonces que la contradicción entre normas no es en este caso el de una Ley contra la Constitución sino el de una Ley contra otra Ley.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la falta de denuncias en relación a lo expuesto en el dispositivo citado del CC en razón tal vez de la indiferencia oficial prueba la escasa o nula jurisprudencia al respecto por necesarios controles a las asociaciones y organismos en general sin intereses de lucro. Esto significa también que la sospecha que las ONGs ven hoy en las atribuciones que se cambian en relación a la persona facultada para el cuestionamiento correspondiente, se funda en el temor o posibilidad de controles efectivos que la Ley anterior no ha sabido satisfacer, creando el miedo que constituye el motor del cuestionamiento de inconstitucionalidad de la Ley en cuanto a la permisión de los controles oficiales.

Por las consideraciones precedentes mi voto es por que se declare infundada la demanda en su totalidad.

S.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

[1] BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la Política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 66.

[2] VAQUER CABALLERÍA, Marcos. "Las relaciones entre Administración Pública y Tercer Sector, a propósito de la asistencia social en Italia". En *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 152, Mayo – agosto 2000, pp. 289-337.

[3] HESSE, Honrad. Derecho *Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 73.

[4] Fuente: Naciones Unidas http://www.un.org/spanish/civil_society/sociedadcivil.html

[5] Fuente APCI. En http://www.apci.gob.pe/portal4/cooperacion_conceptos-definicion.html

[6] STC 0030-2005-AI, CASO BARRERA ELECTORAL (f. 50 al 59).

[7] STC 0030-2005-AI, CASO BARRERA ELECTORAL (f. 60 y 61).

[8] STC 0048-2004-PI, CASO REGALÍAS MINERAS (f. 60).

[9] STC 0045-2004-PI, CASO PROFA I (f. 60).

[10] STC 0016-2002-AI, STC 0008-2003-AI, STC 0048-2004-AI, STC 0025-2005-AI y STC 0026-2005-AI.

[11] STC 0005-2003-AI, CASO CONTRATO-LEY (f. 60).

[12] BILBAO UBILLOS, Juan María. "Las libertades de reunión y asociación: Algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (Art. 11 CEDH)" En Javier García Roca y Pablo Santolaya (coordinadores) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 578 y ss.

[13] Si bien originalmente el Registro estuvo a cargo del Ministerio de Planeamiento y Coordinación, específicamente de la Subsecretaría de Política Social, mediante Decreto Supremo N.° 26973 de fecha 27 de marzo de 2003, correspondiente al Reglamento a la Ley de Poder Ejecutivo, se encomendó al Viceministerio de Inversión Pública y Financiamiento Externo, dependiente del Ministerio de Hacienda, llevar el Registro Nacional de Organizaciones no Gubernamentales y coordinar con los Ministerios competentes la relación de estas instituciones con el gobierno.

[14] Fuente APCI. En http://www.apci.gob.pe/portal4/cooperacion_conceptos-debilidades.html

[15] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Sidiropoulos y otros contra Grecia, de 10 de julio de 1998.

[16] STC 0008-2003-AI, CASO CONSTITUCIÓN ECONÓMICA (f. 19 al 25), referido al principio de subsidiaridad horizontal que alude a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial; y, STC 0002-2005-PI, CASO MUFARECH (f. 49 al 56), vinculado a la dimensión vertical de dicho principio de aplicación en el tema descentralizador, en la determinación correcta de competencias funcionales entre el órgano nacional, regional o autonómico.

[17] DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 123-127.

[18] MARTUL ORTEGA, Perfecto Yebra. *Constitución Financiera Española. Veinticinco años*. Madrid: Institutos de estudios fiscales, 2004.

[19] Concepto desarrollado en la década de 1970 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de la Organización de las Naciones Unidas.

[20] STC 1027-2004-AA, CASO MELQUÍADES CRUZ (f. 2).

[21] STC 4241-2004-AA, CASO SATURNINO UBAQUI (f. 5).

[22] *Vid* artículo 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).

[23] CANO CAMPOS, Tomás. "Derecho administrativo sancionador". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, Núm. 43, Enero-Abril 1995, pp. 339-348.

[24] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vogt contra Alemania, de 26 de setiembre de 1995.

[25] STC 2050-2002-AA, CASO RAMOS COLQUE (f. 12).

[26] STC 3283-2003-AA, CASO TAJ MAHAL (f. 28).

[27] STC 2192-2004-PA, CASO COSTA GÓMEZ (f. 3 al 7); STC 5262-2006-PA, CASO EDELNOR (f. 3 y 4); entre otras.

Exp. N° 0013-2007-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Jorge Santistevan de Noriega en representación de más de cinco mil ciudadanos. Se declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, entendiendo que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales].*

Fecha de Resolución: 13 de julio de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 29 de noviembre de 2007

Resumen: Partiendo de la premisa de que la libertad empresarial de constituir empresas televisivas y radiales es un derecho reconocido constitucionalmente y debe asegurar las posibilidades de comunicación de todos los intereses sociales e informar verazmente, a juicio del Tribunal Constitucional, en el caso bajo comentario, resulta inconstitucional la norma que restringe el porcentaje de participación de la inversión extranjera en medios de comunicación a una proporción menor que el de sus pares nacionales, pues afecta el principio de igualdad y no contempla el trato reciproco que debe darse entre los países en materia de capitales.

En esa línea, precisará el Tribunal en su F. J. 30 que "con relación a la determinación de la finalidad del tratamiento diferente, se puede señalar que el propósito legislativo de consagrar un 40% como máximo para la inversión extranjera en radio y televisión, con la finalidad de preservar en 60% la inversión nacional conducente a la cautela de la identidad nacional y de los bienes y valores que la constituyen, es equívoco, erróneo e inútil (...) Por eso el Estado debe saber actuar. No intervenir por intervenir, sino hacerlo conscientemente de que existen derechos y bienes constitucionales en juego".

Temas Claves: Cuota de participación en medios de comunicación –derecho a la igualdad– –derecho a la información– función de los medios de comunicación social - inversión extranjera –inversión nacional– libertad de expresión - test de igualdad libertad de empresa.

EXP. N.° 00013-2007-PI/TC
LIMA
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
EN REPRESENTACIÓN DE MÁS DE
CINCO MIL CIUDADANOS

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 13 DE JULIO DE 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Más de cinco mil ciudadanos, representados por don jorge santistevan de noriega, c/. Congreso de la república

SÍNTESIS
Proceso de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo24° de la Ley de Radio y Televisión

Magistrados firmantes
LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
IV. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
VI. FUNDAMENTOS
§1. Derechos comunicativos y medios de comunicación social
§2. La ley de radio y televisión como reflejo de la radio y la televisión en tanto instituciones constitucionales
§3. Las reglas de las autorizaciones para radio y televisión
§4. El *test* de igualdad con relación a la inversión

extranjera y nacional en las empresas de radiodifusión
§5. La reciprocidad en el tratamiento igualitario entre la inversión extranjera y nacional
VII. FALLO

EXP. N.° 00013-2007-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de julio de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuarenta y cuatro ciudadanos, representados por don Jorge Santistevan de Noriega, contra el segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.° 28278.

II. DATOS GENERALES

à **Violación constitucional invocada**
El proceso constitucional de inconstitucionalidad presentado fue promovido por más de cinco mil ciudadanos.
El acto lesivo denunciado lo habría producido la dación del segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, promulgada el 15 de julio de 2004.

à **Petitorio constitucional**
Los demandantes alegan la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Consideran que el párrafo de la ley sujeta a control de constitucionalidad vulnera la exigibilidad de trato igual a los inversionistas extranjeros y nacionales (artículo 63°).
Alegando tales actos vulneratorios, solicitan que se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 24° del Reglamento del Congreso.

III. NORMA CUESTIONADA

Ley N.° 28278
Ley de Radio y Televisión
Artículo 24°, segundo párrafo
(...)
La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen.
(...)

IV. ANTECEDENTES

Argumentos de la demanda
Con fecha 7 de mayo 2007, más de cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión -en adelante, LRT-, por establecer un trato desigual discriminatorio en perjuicio de los inversionistas y accionistas extranjeros de empresas titulares de autorizaciones y licencias que desarrollan actividades de radio y televisión.
Lo que se pretende es que el Tribunal Constitucional -en adelante, TC- se pronuncie respecto al 40% de participación o acciones del capital social impuesto por el artículo 24° de la ley en mención a los inversionistas y accionistas extranjeros en empresas de radio y televisión, lo cual supone para ellos un trato desigual, discriminatorio por parte de los inversionistas y accionistas extranjeros.
Para los recurrentes dicha diferenciación carece de fundamento objetivo, razonable o proporcional, cuyo origen inconstitucional estaría en la procedencia nacional del inversionista o accionista, vulnerando de esta manera el principio y derecho constitucional de igualdad, así mismo el mandato constitucional de que las inversiones nacionales y extranjeras deben recibir igual tratamiento legal. Con esto se pretende el acceso a la propiedad y participación en el capital de tales empresas sin límite alguno, en las mismas condiciones que los inversionistas nacionales.
Sustenta su pretensión en el numeral 2) del artículo 2° de la Constitución, que establece como regla de nuestro ordenamiento el principio-derecho a la igualdad, así como la prohibición de la discriminación.
Además, agregan como parte del sustento de su demanda el *test* de igualdad como criterio de interpretación constitucional para determinar si el tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRT resulta compatible con la Constitución o no. Los recurrentes utilizan las siguientes reglas para determinar el supuesto trato discriminatorio:

- El primer paso del *test* es el de verificación de la diferenciación legislativa, el cual consiste en determinar si el supuesto de hecho cuestionado como discriminatorio es efectivamente distinto al supuesto de hecho con el cual se le compara (término de comparación). Para tal efecto debe acreditarse previamente la situación del demandante que alega violación, la cual debe ser análoga o comparable a aquélla en que se encuentran las personas que disfrutan de una mejor protección del derecho en cuestión. Para el presente caso, del artículo 24° de la LRTV, se infiere que las situaciones comparables son las de los inversionistas o accionistas nacionales y extranjeros.

- El segundo paso del *test* consiste en la determinación del nivel o grado de intensidad de la intervención en la igualdad de la diferencia en el trato legislativo. Existen tres niveles de intervención: (a) el grave se aplica a los casos en los que la diferenciación tiene como sustento cualquiera de los proscritos en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, como son: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica; (b) el medio, por el que la diferenciación se sustenta en cualquiera de los motivos proscritos en la Constitución ya mencionados, teniendo como impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o de un interés legítimo o de un legitimo interés; y, (c) el leve, según el

cual se analiza si la diferenciación se sustenta en motivos distintos a los proscritos en la Constitución y tiene como correlato el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de un rango meramente legal o el de un interés legítimo. Los recurrentes aducen encontrarse ante el primer nivel tipo de intervención, es decir, la intervención grave, pues la diferencia introducida por la norma legal mencionada se sustenta en el motivo prohibido por la Constitución, el origen nacional o nacionalidad del inversionista, es decir su condición de extranjero.

- El tercer paso del *test* es la verificación de la existencia de un fin constitucionalmente admisible o legitimo en la diferenciación, lo que supone determinar si el tratamiento distinto dado por la ley obedece a una finalidad o finalidades que explican determinada regulación, no siempre indicada de manera expresa en la norma objeto de análisis o cuestionamiento. En el caso de la finalidad del tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRTV puede considerarse que el trato preferencial otorgado a los inversionistas nacionales y la limitación impuesta al porcentaje de participación de los inversionista extranjeros en el capital de la empresa de radiodifusión, obedecería a alguna de estas finalidades o a ambas: (a) proteger la identidad cultural de la nación; o, (b) proteger y beneficiar al inversionista y accionista nacional.

- El cuarto paso del *test* consiste en el examen de la idoneidad de la diferencia cuestionada, de acuerdo a lo establecido por el TC. Refieren que esta limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida. En efecto no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional y la propiedad o porcentajes de participación nacional o extranjera en el capital de la empresa de radiodifusión. Lo primero se refiere a los contenidos de la programación de la emisora, mientras que lo segundo tiene que ver con el origen nacional o extranjero de los propietarios y accionistas de la empresa. Manifiestan además que la legislación sobre radiodifusión establece o puede establecer medidas tales como la exigencia de un porcentaje de la programación que corresponde a la difusión de la cultura nacional y manifestaciones artísticas tradicionales, y que un determinado porcentaje de programas tenga que ser necesariamente producido en el país, con la participación de personal nacional. Se trata de obligaciones impuestas a toda emisora, que deben y pueden ser cumplidas sin importar quiénes son los accionistas o propietarios de la empresa, si estos son nacionales o extranjeros, o el porcentaje de la participación de cada uno de ellos. Con esto, la diferencia de trato establecida por la norma en perjuicio de los inversionistas extranjeros, ni siquiera resulta idónea para alcanzar la finalidad de proteger o promover la identidad cultural de la nación. En consecuencia, el artículo impugnado carece de fundamento para establecer un trato diferenciado; más bien, configura una discriminación en razón del origen nacional del inversionista.

- El quinto paso del *test* consiste en el examen de necesidad. Se relaciona con que la medida legislativa que establece un trato diferente para conseguir una finalidad legítima, deba resultar la menos gravosa para los principios y derechos afectados.

- El sexto paso del *test* es el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Es necesario determinar si el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

En tal sentido, los recurrentes consideran que esta limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida. En efecto, y ésta es la conclusión a la cual arriban, no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional, y la propiedad o porcentajes en el capital de la empresa de radiodifusión.

B. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 2 de julio de 2007, el Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se declare infundada la misma.

Con relación al derecho de propiedad, la emplazada refiere no estar de acuerdo con los demandantes, puesto que estos alegan que no existe otra limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros, sin embargo en el artículo 70° de la Constitución dispone que dicho derecho que ostenta toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. En consecuencia, el bien común y los límites establecidos por ley, también resultan una limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros. Refiere, asimismo, que el bien común, al cual se le identifica con el interés público, resulta indispensable al tiempo de desarrollar la institución de la propiedad.

Critican el hecho de que los recurrentes aleguen que el ámbito del derecho de propiedad que se encuentra en juego es el derecho de propiedad a las acciones en las personas jurídicas (empresas de radiodifusión) y licencias (para establecer un servicio de radiodifusión autorizada). En tal sentido, hacen referencia al caso de personas jurídicas que para el desarrollo de sus actividades hacen uso del espectro radioeléctrico, el cual constituye un recurso natural de carácter limitado tal como se encuentra establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N.° 013-93-TCC, que establece que dicho espectro es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la nación, definición mantenida en el artículo 11° de la LRT. Ante esta regulación, al Estado le corresponde la regulación, administración, atribución, asignación, control y en general todo cuanto concierne a la gestión del espectro radioeléctrico atribuido a dicho servicio. De esta manera, concluyen, que no es correcto afirmar la inexistencia de una limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros, puesto que tal derecho debe ejercerse en armonía con el interés nacional, pues el bien explotado constituye patrimonio de la nación. Asimismo, los artículos 14° y 2°, inciso 19), de la Constitución habilitan

al Estado para tener la capacidad de legislar en torno al mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico y cumplir de esta forma con el deber que le ordena de reconocer y proteger la identidad cultural de la nación, en concordancia con el artículo 70° de la Constitución. Respecto al tratamiento de las inversiones extranjeras, refiere la emplazada que lo que parte demandante no considera es que la interpretación del artículo 63° de la Constitución no puede hacerse de manera aislada sino, por el contrario, de forma sistemática con los artículos 2° inciso 14), 14° y 70° de la Norma Fundamental. Es así como la interpretación del artículo impugnado ha de tener en cuenta el principio de unidad de la Constitución. Sólo así puede entenderse la intención de dicha norma con relación al artículo 63° de la Constitución. En consecuencia, realizar una interpretación literal como lo hacen los demandantes lleva a interpretaciones sesgadas que no aseguran el cumplimiento de los deberes ciudadanos y los deberes del Estado, mucho más cuando se trata de disposiciones vinculadas a los medios de comunicación.

En cuanto al *test* de igualdad como criterio constitucional alegado por los demandantes, expresa lo siguiente:

- En referencia a la verificación de la diferenciación legislativa en el caso del artículo 24° de la LRT y contrario a lo que sostienen los demandantes, la Ley N.° 28278 realiza un trato diferenciado, mas no discriminatorio, al asegurar una participación mínima a la inversión nacional, norma que efectúa un tratamiento especial o diferenciado para un sector específico presentando una justificación razonable.

- Respecto a la verificación de la existencia de un fin constitucionalmente admisible o legítimo en la diferenciación aplicado al caso de la norma en cuestión, refiere que existe cierta coincidencia con la parte demandante en que el fin constitucionalmente legítimo es la protección de la identidad cultural de la nación con relación a la pluralidad cultural, en el entendido que el control mayoritario de la empresa por inversionistas nacionales puede incidir en que los contenidos que se difunden respondan, en mayor medida, a los valores, costumbres, tradiciones e idiosincrasia nacional; la que podría verse menoscabada por la preponderancia de valores culturales foráneos, provenientes de los inversionistas y accionistas extranjeros, si se permitieran que estos cuenten con una participación mayoritaria en el capital de la empresa.

- Ante el examen de la idoneidad de la diferencia cuestionada, correspondiente al tercer *test* realizado, señala que la diferenciación establecida a favor de los nacionales respecto de la participación en las acciones y participaciones de las empresas de radiodifusión es un medio idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo (proteger o promover la identidad cultural de la nación). Siendo esto así, son los peruanos titulares de un mínimo de 60% de las acciones o participaciones de las empresas de radiodifusión, los convocados, a través de la disposición establecida en el artículo 24° dela LRT, a promover la identidad cultural con respecto de la pluralidad cultural de la nación.

- Finalmente, ante el examen de necesidad de la norma impugnada, la emplazada señala que esta disposición dispone la inversión extranjera hasta un 40% del total de las participaciones o de las acciones del capital social de dichas personas jurídicas, con lo cual se permite la participación de la inversión extranjera dentro de un proceso gradual de apertura que está supeditado a la consolidación de la identidad nacional, que representa una meta de acuerdo con lo señalado por el TC, en el sentido de que la multiculturalidad del Estado peruano no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural.

- Asimismo, señala que en la Decisión N.° 219 de la Comunidad Andina de Naciones, referida al régimen de inversiones, se hace alusión a que son los países los que disponen la apertura al comercio y la inversión internacional; y que en la línea o conforme a sus intereses nacionales y de acuerdo a estas consideraciones es que el artículo 2° de la Decisión establece que los inversionistas extranjeros deben tener los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro. De esta manera, señala que son precisamente las disposiciones establecidas en la legislación peruana las que estipulan las condiciones y requisitos para la participación de la inversión extranjera en el país, y, en el caso concreto, de la inversión en las personas jurídicas dedicadas a la prestación de servicios de radiodifusión.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas debe centrarse en los siguientes temas:

- ¿Cuál es la relación existente entre los derechos de comunicación (expresión e información) y el rol que cumplen los medios de comunicación social?
- Al ser consideradas como instituciones constitucionales, ¿de qué forma habrá de concretizarse el tratamiento de la radio y la televisión a través de una ley de desarrollo?
- ¿Qué reglas se han previsto para las autorizaciones para la radio y la televisión, en virtud de su sustento en la libertad de empresa?
- ¿Existe igualdad en el trato de la inversión extranjera y nacional en las empresas de radiodifusión?
- ¿Debería exigirse algún criterio de reciprocidad en el trato entre los inversionistas nacionales y extranjeros, según sea el país del cual provengan estos últimos?

VI. FUNDAMENTOS

1. El tema sometido a controversia constitucional tiene que ver básicamente con el porcentaje de la inversión extranjera en los medios de comunicación social radiales y televisivos.

Sin embargo, comenzaremos el análisis con algunas precisiones referidas a la ubicación de estos medios dentro de la Constitución, para luego centrarnos específicamente en la materia cuestionada en este proceso.

§1. Derechos comunicativos y medios de comunicación social

2. La Constitución ha sido muy clara en reconocer los derechos fundamentales comunicativos a través del artículo 2º, inciso 4):

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley

A partir de este enunciado (que es coherente con lo señalado en los instrumentos internacionales a los cuales el Perú se ha adscrito, como el artículo 19º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo IV de la Declaración Americana, el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13º de la Convención Americana) se puede deducir que los derechos que están en juego son tanto la libertad de expresión como la libertad de información. Cada uno de estos tiene un contenido propio, el mismo que ha sido delimitado en la STC N.º 0905-2001-AA/TC, básicamente a través de su fundamento 9:

(...) Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan trasmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

Así, 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. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un *test* de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser.

3. Desde el punto de vista de la teoría institucional, ambos derechos fundamentales cuentan con un ámbito subjetivo de protección conjuntamente con uno objetivo, el cual ha sido reconocido expresamente por este Colegiado en el fundamento 13 de la STC N.º 2262-2004-HC/TC:

(...) ambos derechos tienen un sólido sustento democrático, e incluso se han propuesto garantías para que la injerencia a su ejercicio sea lo más limitada posible. De ello es imposible desdecir lo que significan dentro del ámbito constitucional los derechos a la expresión y a la información. En tal entendido,

(...) tampoco se puede ignorar que en una sociedad democrática, los medios de comunicación social constituyen el principal instrumento de control de la actividad gubernamental[1].

Es decir, retomándose la doctrina ya expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de la Opinión Consultiva 5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, de 13 de noviembre de 1985 y de la Resolución de 5 de febrero de 2002, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), se ha expresado en el fundamento 26 de la STC N.º 0027-2005-PI/TC que

El Tribunal Constitucional no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público (...).

Pero también es cierto que este Tribunal ha puesto una condición para que el fin proveniente del artículo 3º de la Norma Fundamental pueda ser plenamente aceptado en sede constitucional. El fundamento 36 de la STC N.º 6712-2005-PHC/TC ha señalado que

El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia (...).

4. El ejercicio de estos derechos habrá de ejercerse a través de cualquier medio de emisión de un discurso, ya sea éste informativo o expresivo.

Sin embargo, la propia Constitución ha señalado en el artículo 2º, inciso 4), que la forma más concreta de comunicación es la realizada a través de medios especializados, toda vez que establece que su ejercicio se dará 'por cualquier medio de comunicación social', aunque no puede afirmarse que ellos son los únicos vehículos de transmisión de las ideas.

Esta fórmula también ha sido recogida por la Corte Interamericana en el párrafo 31 de la Opinión Consultiva 5/85 y en el párrafo 147 de la sentencia del Caso Baruch Yvcher c/. Perú.

5. Ahora bien, entrando de lleno a lo que son los medios de comunicación social, entre los cuales se encuentran la radio y la televisión, materias de regulación de la ley controvertida en el presente proceso de inconstitucionalidad, se puede señalar que estos pueden ser considerados como instituciones constitucionales. Cabe recordar que las instituciones son realidades con efectiva vida social y política que ameritan una protección jurídica determinada, por lo que son institutos delimitables y efectivamente existentes.

Esta relación entre medios de comunicación social e instituciones ya ha sido aceptada por este Colegiado en el fundamento 11 de la STC N.º 3362-2004-AA/TC, según el cual

(...) la insistencia de nuestra Norma Fundamental en los medios de comunicación social se debe justamente a la tangible preocupación por la responsabilidad que acarrea su actuación en la sociedad. Para limitar su poder se les ha reconocido como una institución constitucional, lo cual fluye de su tratamiento genérico (artículo 2º, inciso 4, de la Constitución) como de la búsqueda para su colaboración con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la nación (artículo 14.º *in fine* de la Constitución). Es más, en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278, se reconoce que la prestación de los servicios de radiodifusión, como medio de comunicación masiva, debe regirse, entre otros, por la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, la libertad de información veraz e imparcial, la tutela del orden jurídico democrático, la promoción de los valores y la identidad nacional, y, claro está, por la responsabilidad social de los propios medios.

Así, bajo el principio de unidad de la Constitución y el de concordancia práctica de los derechos fundamentales, la interpretación correcta del artículo 2º, inciso 4) se debe hacer en correspondencia con lo señalado por el mencionado artículo 14º y también por el artículo 6º (aseguramiento de los programas de educación sobre paternidad y maternidad responsables), y así se puede terminar entendiendo a los medios de comunicación social como verdaderas instituciones.

Lo que sí supone la comprensión institucional de la prensa es la atribución al legislador de una contribución muy importante en el establecimiento de su regulación. Al legislador compete, especialmente, la fijación de su organización interna democrática y la imposición de obligaciones que garanticen la transparencia del accionariado de sus empresas, así como establecer los criterios de su intervención en supuestos de monopolio informativo[2].

Entonces, al igual que sucede en el derecho comparado, con relación a la configuración constitucional de estos derechos comunicativos, puede decirse que los constituyentes

(...) le confirieron el tratamiento inherente a una libertad institucional, puesto que al establecer el derecho de todos los habitantes de la Nación de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, aseguraron la esencia republicana democrática. Es que en la medida en que exista una prensa libre e independiente (...), el pueblo ha de tener conocimiento pleno de la labor de los gobernantes y de todo lo inherente a la cosa pública[3].

6. Como parte de la lógica antes establecida, la radio y la televisión también adquieren la calidad de instituciones constitucionales, por lo que su tratamiento siempre ha de estar en coherencia y en armonía directa con los valores, principios, bienes y derechos que la propia Norma Fundamental reconoce.

Y hacia ello debe propender la LRT, y claro está, dentro de ella, también la norma impugnada. Caso contrario, la radio y la televisión no habrán cumplido con el rol asignado, ni la libertad de expresión o la libertad de información estarán ubicándose dentro de su ámbito de validez.

7. Pero para que la televisión y la radio cumplan el rol que constitucionalmente se les ha asignado, se requiere además de una voluntad estatal; que

(...) pueda surgir de la opinión pública fácticamente generalizada una convicción acreditada desde el punto de vista de la generalización de intereses, que legitime las decisiones políticas[4].

El tema de los medios audiovisuales requiere una participación activa de todos nosotros, pues la implicancia del rol participativo del ciudadano en el Estado, a través de los 'bienes jurídicos de democracia militante', permite a la sociedad superarse, esto es, consagrará un orden fundamental democrático caracterizado por la preservación de la apertura y libertad del proceso de creación de opiniones y voluntades, formación de la voluntad popular que se dé desde el seno de la sociedad -pasando por los partidos- hasta en los propios poderes del Estado[5].

En fin, la eficacia de estos derechos dependerá del ambiente democrático en que incida y, en especial, en el modo en que la televisión y la radio cumplan sus funciones básicas[6]. Por ello,

(...) el objetivo final del control democrático de los medios de comunicación es hacer real y efectivo el libre desarrollo de la personalidad; es decir, garantizar su libre formación y su libre difusión (conformación de una opinión pública libre y plural); de ahí su necesidad como algo vital para cualquier sistema democrático[7].

Para que una democracia funcione en un país se requiere de unos medios, no sólo con una cobertura mayor, sino también que su objetivo esté mejor dirigido, para así superar la consecución de una opinión pública libre y consciente.

§2. La LRT como reflejo de la radio y la televisión en tanto instituciones constitucionales

8. El sector audiovisual tiene una singularidad que hace necesario imponer restricciones aceptables y necesarias a la aplicación incondicionada de las reglas.

La televisión y la radio tienen un doble estatus: uno, como derecho subjetivo, en tanto actividad empresarial que desarrollan las personas en virtud de la libertad empresarial; y, otro, como derecho objetivo, en tanto cumplen una función social de comunicación pública. En este sentido, la libertad empresarial de constituir empresas televisivas y radiales, para que sea legítima constitucionalmente debe asegurar las posibilidades de comunicación de todos los intereses sociales e informar sin manipular, y, por tanto, formar libremente la opinión pública.

No es solamente un servicio a los ciudadanos para mejorar su bienestar o sus condiciones de vida; es también el instrumento por el que se canalizan libertades constitucionales como la de comunicación y se hace posible la preservación de valores constitucionales como la formación de la opinión pública libre. Al mismo tiempo

que es el lugar que permite el ejercicio y consagración de dichas libertades, es también una herramienta imprescindible para que puedan desarrollarse otros valores, como la cultura común o la protección de la infancia. Tal como se irá observando a lo largo de la sentencia, es indispensable ir dibujando los contornos adecuados del ejercicio de los derechos que asisten a las empresas de radiodifusión, para que sean congruentes con los roles que la Constitución les ha asignado.

9. La lógica que guía la LRT debe realmente vislumbrar el fortalecimiento democrático, máxime si la *ocassio legis* de su debate y posteriormente promulgación fue siempre la admisión en el Perú de una ética pública, luego de la experiencia nefasta del decenio pasado con relación a la corrupción de algunos medios radiales, y especialmente televisivos, y la compra de la línea editorial de muchos de ellos a favor del gobierno de entonces.
Por ejemplo, muchos de los casos de la red de corrupción de la década pasada involucraban a propietarios de canales de televisión[8]: Expedientes N.º 025-2001 (investigados: José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, actualmente extraditados), N.º 044-2001 (investigados: Manuel Hugo Delgado Parker y Ernesto César Schütz Landázuri), N.º 17-2001 (investigados: Julio César Vera Abad y Edgardo Daniel Borobio Guede), N.os 034-2002 y 022-2001 (investigados: Mendel Winter Zuzunaga y Samuel Winter Zuzunaga) y N.º 029-2001 (investigado:Genaro Delgado Parker). Asimismo, existen muchos vídeos de reuniones del ex asesor de Fujimori, Vladimiro Montesinos, en la sala del Servicio de Inteligencia Nacional, con los personajes antes citados[9].
Justamente para evitar nuevamente ello, surge la LRT, la misma que en su artículo II del Título Preliminar ha sido muy clara en señalar cuáles son los principios que rigen la prestación de los servicios de radiodifusión:

a) La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.
b) La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
c) El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.
d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.
e) La libertad de información veraz e imparcial.
f) El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.
g) La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.
h) La promoción de los valores y la identidad nacional.
i) La responsabilidad social de los medios de comunicación.
j) El respeto al Código de Normas Éticas.
k) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.
l) El respeto al derecho de rectificación.

Algo similar se puede encontrar en el artículo III, con relación a los principios para la prestación de los servicios de radiodifusión. Así, tales máximas reflejan fielmente lo que la Constitución requiere de los medios de comunicación, especialmente de la radio y de la televisión.

10. En este marco, se ha de colegir que la radiodifusión nacional, en tanto institución reconocida constitucionalmente, debe ser entendida como un servicio esencial, a la vez que como un servicio privado de interés público, el mismo que habrá de ser otorgado en base de una autorización, según los parámetros constitucionales a ser explicados *infra* (fundamento 17). De esta forma, el artículo 3º de la LRTseñala que los servicios de radio y televisión,
Los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general.
Ahora bien, sobre esta consideración, parte de la doctrina ha sido meridianamente alentadora:
(...) si bien los medios radioeléctricos deben estar al servicio del público, sostener que la actividad de los mismos es un servicio público representa el serio problema de que, con ese pretexto, el Estado pretenda su actividad más allá de todo límite razonable y entrar a regular el contenido de los mensajes que se difunden a través de ese medio[10].
Pero, por otro lado, partiendo de considerarlos como servicios esenciales, *Grundversorgung*, la radio y principalmente la televisión deben ofrecer una programación al mayor número de ciudadanos posibles, de manera continuada e igual, y presentarse como elemento esencial para cumplir los fines del Estado social y democrático de derecho.
El concepto de servicio esencial (*Grundvesorgung*) es un elemento básico de las libertades televisivas -y también radiales- en el marco constitucional, como forma básica de la 'procura existencial' del Estado democrático y social de derecho[11]. Por ello,
(...) aunque legalmente las telecomunicaciones no revisten en general el carácter de servicio público y a pesar de que su prestación queda genéricamente abierta al régimen de competencia, la indudable utilidad pública de tales prestaciones ha obligado al legislador a buscar una fórmula que garantice la plena satisfacción del interés general en un contexto de libre competencia (...)[12].
En fin, tal como lo ha señalado la propia normatividad infraconstitucional, el marco en el cual se desenvuelven la radio y la televisión es el de un servicio privado de interés público.

11. Lo significativo de los puntos antes explicados es la insistencia en que la radio y la televisión puedan ser consideradas verdaderas instituciones constitucionales.
Es decir, la regulación existente en la LRT debe ser plenamente congruente con los postulados previstos en la Norma Fundamental, pues un servicio de radiodifusión debe estar siempre enmarcado dentro de los límites admisibles y admitidos por los principios de dignidad de la persona y de vigencia democrática del país. Por ende, siempre se considera necesaria para la radiotelevisión
(...) una regulación que refuerce, por razón de la actividad como tal y no sólo por la del sujeto que la lleve a cabo,

y en garantía de los derechos e intereses concernidos, la protección de base dispensada por el régimen general de la comunicación y la información[13].
El rol social que cumple la radio y la televisión justifica esta decisión y esta necesidad jurídica:
Se le asigna a los medios de comunicación la función de una nueva forma de control social basada en el consentimiento de un modo similar al surgimiento de la democracia (...). El papel eminentemente crítico y esclarecedor que debería desempeñar los medios de comunicación, se vuelve manejable mediante la estructuración de esos medios para que sus mensajes no contradigan radicalmente la ideología hegemónica de la sociedad[14].
De hecho, en el mundo actual, no debe quedar duda que el discurso emitido a través de la radio y la televisión puede ser considerado como una mercancía (tanto así que, tal como se verá más adelante, está en relación directa con los derechos y libertades económicas, sobre todo con libre iniciativa privada y libertad de empresa), en tanto es susceptible de intercambio en el mercado; sin embargo
(...) conviene no olvidar que las plusvalías económicas no son, a diferencia de lo que sucede en otros sectores económicos, el único fin que persiguen estas sociedades, lo que explica tanto situaciones de persistente déficit comercial de empresas de comunicación como las ayudas públicas de que son beneficiarios los medios de comunicación[15].
Es así como resulta lógico, dentro de esos postulados, que la propia LRT haya señalado en su artículo 4° que
Los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

12. Lo que corresponde al TC, como órgano encargado del control de la Constitución, es buscar por todos los medios posibles que la radio y la televisión cumplan con los fines asignados en bloque de constitucionalidad (Constitución – LRT), pues muchas veces estos medios de comunicación social se encuentran lejos de ellos.
Por eso, en el Perú de hoy lo que realmente se necesita es crear una nueva esfera pública, un nuevo espacio público para la confrontación de las opiniones e ideas[16].
Debemos entender, por ende, a la LRT con todas las críticas que a ella se le pueda realizar, como un mecanismo de 'reciprocidad igualitaria', es decir, como el instrumento ideal que abra el diálogo libre y sin restricciones entre individuos racionales, a través de un tratamiento comunicativo con simetría y reflexividad.

§3. Las reglas de las autorizaciones para radio y televisión

13. Los servicios de radiodifusión en tanto servicios privados de interés público se obtienen a través de concesiones, bajo la forma de autorizaciones (sobre la relación entre concesión y autorización, revisar el fundamento 17 de esta sentencia), previstas en el artículo 14° de la LRT y cuyos requisitos están contemplados en el artículo 29° del Decreto Supremo N.° 005-2005-MTC, Reglamento de la LRT. De ello se colige que los medios de comunicación radiales y televisivos deben cumplir algunas exigencias previstas normativamente, a riesgo que el Estado no realice la aprobación correspondiente de su funcionamiento.
Tal aseveración se engloba en el hecho de que según la Constitución, en el ya mencionado artículo 2°, inciso 4), (...) Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.
Queda reconocido, entonces, el hecho de que formar un medio de comunicación social, entre los cuales se encuentran la radio y la televisión, es plenamente amparable y protegible por la Norma Fundamental, razón por la cual su existencia no puede ser objeto de negativa por parte de la entidad administrativa.

14. Pero ello no es impedimento para que el propio Estado defina legalmente las condiciones para el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes, pues tal situación tiene que ver básicamente con la forma de servicio que se está brindando. Son distintas las condiciones para el funcionamiento de un canal de televisión o de una radio a las existentes en un medio escrito.
En la actualidad convergen las infraestructuras para la prestación de servicios, y también comienzan a hacerlo los dispositivos terminales. La convergencia posibilita que las empresas oferten combinaciones de servicios a los usuarios. Gracias a los avances tecnológicos se superponen diferentes modalidades de transmisión que permiten la prestación de servicios nuevos con los medios existentes y la propia generación de nuevas infraestructuras adecuadas para la provisión de servicios combinados[17].
Habrá de recordarse en este punto que la LRT sólo tiene validez para las empresas de radiodifusión privadas en señal abierta (artículo 1° de la LRT), pues no incluye en su seno las existentes en señal cerrada, como en cable, o por internet, sino únicamente las que usan el espectro radioeléctrico, exceptuando también a las empresas públicas de radio y televisión.

15. Una legislación de este tipo, más allá de poderse considerar como una regulación incompleta o insuficiente, pues tampoco admite situaciones como la propiedad cruzada de medios (*cross ownership*), se basa en la existencia de un limitado espectro radioeléctrico, que según el artículo 11° de la LRT,
(...) es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.
Asimismo, el artículo 3°.e de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N.° 26821 -en adelante, LORN- expresamente presenta al 'espectro radioeléctrico' como una forma de recurso natural.

16. Entonces, es lógico que la validez de la actuación

de las empresas radiodifusoras sobre recursos naturales fluya de una norma constitucional como la prevista en el artículo 66°, que expresa que

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Al respecto, es muy clara la LORN, la misma que manifiesta y desarrolla, en su artículo 23°, que

La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella deberán inscribirse en el registro respectivo.

En este esquema, se ha señalado que siempre que una actividad comercial sobre bienes naturales sea susceptible de aprovechamiento económico, podrá ser objeto de gestión concesional[18].

17. Sin embargo, el artículo 14° de la LRT señala que la actuación de las empresas radioeléctricas se dará a través de las autorizaciones que el Estado le otorgue:

(...) La autorización es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (...).

Así, la autorización a favor de las empresas radiodifusores debe ser entendida como una forma de aprovechamiento válido de los recursos naturales del Estado, en el caso concreto del espectro radioeléctrico. Justamente este punto es utilizado por la parte demandada para fundamentar la validez de la norma impugnada, pues

(...) siendo el espectro radioeléctrico patrimonio de la Nación, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, su explotación no puede ser separada del interés nacional por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Además, debe destacarse que el dominio estatal sobre el espectro radioeléctrico es eminente, por lo que el Estado tiene la capacidad de legislar en torno a su mejor aprovechamiento, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política cuando establece en su artículo 70° que el derecho de propiedad 'se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley'[19].

Pero, ¿acaso la Constitución no se refiere a la concesión como el mecanismo jurídico *ad hoc* para permitir a los particulares utilizar los recursos naturales, cuando precisamente el espacio radioeléctrico es un recurso natural? ¿Sería inconstitucional el artículo 14° de la LRT al señalar que es la autorización administrativa la vía de la concesión del espacio radioeléctrico para el caso de la radio y televisión? La respuesta a esta pregunta la encontramos en la propia ley orgánica sobre la materia, que para el caso concreto se convierte en un bloque de constitucionalidad.

Así, el artículo 24° de la LORN señala que

Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales, tienen los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

Por esta razón, es válido, desde el punto de vista constitucional, que la LRT se refiera a la actividad de los medios radiodifusores como una forma de autorización por parte del Estado, pues ésta habrá de entenderse como una concesión.

18. A partir de este entendido, es necesario requerir a los medios de comunicación social televisivos y radiales a que, a partir de la autorización que obtienen para utilizar un recurso natural como es el espacio radioeléctrico, cumplan adecuadamente con los cometidos constitucionales.

A partir del ya mencionado artículo 14° *in fine* de la Norma Fundamental y el rol de promoción de los medios a la educación y a la cultura, se puede entender que la radio y la televisión, en tanto institutos constitucionales, deben buscar primordialmente lo siguiente:

- Que se promueva la existencia de programación nacional, pero no de cualquier tipo, sino que ésta sea coherente con el impulso del desarrollo intelectual, moral, psíquico y físico de los peruanos, toda vez que en el país se debe buscar el bienestar general de la población basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44° de la Norma Fundamental), además que existe el deber constitucional de protección de los intereses nacionales (artículo 38° de la Norma Fundamental).
- Que se proteja convenientemente a los niños y adolescentes, pues la Constitución les reconoce a ellos, a partir del artículo 4°, una titularidad superreforzada de derechos fundamentales, más aún si también se ha previsto que el único límite a la proscripción de censura previa en el ámbito hemisférico dentro de los espectáculos públicos se refiere a la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Que promueva un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental en el artículo 61° *in fine* expresa que los medios de comunicación social, especialmente la radio y televisión, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

- Que la publicidad no sea engañosa, desleal o subliminal, máxime si la Constitución señala en su artículo 65º que se ha de defender el interés de los consumidores y usuarios, exigiéndose una adecuada información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, velándose por la salud y la seguridad de la población.

19. Aparte de lo claro que puede resultar el artículo 14º de la Constitución, hay que observar también que según el artículo 7º de la LORN,

Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva. El Estado impulsa la transformación de los recursos naturales para el desarrollo sostenible.

El cumplimiento de dichos fines constitucionales, además, se hace posible cuando las empresas radiodifusoras asumen el compromiso de lo que se ha venido a denominar la 'responsabilidad social', que incluso puede llegar a ser una 'responsabilidad constitucional'. Para el caso de los medios de comunicación social regulados por la LRT cabe insistir en su capacidad y obligación de educar en la cultura y la moralidad públicas, tal como lo señala el artículo 14º de la Constitución, tal como ya se vino a explicar en el fundamento anterior.

Con relación a la responsabilidad social de la empresa, este Colegiado ya ha señalado, como parte de los fundamentos 14, 15 y 16 de la STC N.º 0048-2004-AI/TC, que

El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término 'social' respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como 'Social y Democrático de Derecho' cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como 'Estado Democrático y Social de Derecho'.

En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Lo 'social' se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi 'natural', permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: 'tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario'.

Por tales consideraciones, las empresas radiodifusoras, en tanto cumplen roles establecidos explícitamente en la Constitución, y a partir de su configuración como instituciones, deben asumir su responsabilidad social; además deberán regirse por la cláusula de progresividad en la protección de las personas, es decir se les debe exigir una no regresividad, razón por la cual en caso de que haya mejorado el nivel de su programación no pueden retornar a los paradigmas netamente comerciales, sino que siempre deben propender a educar y reforzar los valores éticos de la sociedad peruana.

Es por eso que el artículo II del Título Preliminar de la LRT ha sido claro en presentar los principios que rigen la programación de las empresas de radiodifusión, tal como ya se pudo presentar en el fundamento 9 de la presente sentencia. Sólo así se podrá considerar a la empresa televisiva como un titular efectivo de los derechos fundamentales que la Constitución le asigna. Cabe recordar también que es la propia LRT la que impone sanciones a los medios que incumplen con las funciones que se les han asignado (artículo 74º ss.).

20. Por tal razón, resulta admisible que la LRT haya impuesto condiciones para el otorgamiento de autorizaciones, lo que se entiende como la facultad que confiere el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión (artículo 14º de la LRT).

Mediante los principios de libertad de admisión y de renuncia a intervenir en la estructura financiera y organizativa de los medios, el Estado ha brindado las fórmulas generales de actuación económico-privadas para extensas ramas de la comunicación de masas (...)[20].
En primer lugar, como norma para ejercer tal titularidad se ha impuesto la prohibición de exclusividad, monopolio y acaparamiento. Así lo ha establecido el artículo 22° de la LRT, como concretización del artículo 61° *in fine* de la Constitución.
Y en segundo término, y he aquí donde ingresa el cuestionamiento por parte de los demandantes a la LRT, está la norma establecida en el artículo 24° de la LRT, que señala lo siguiente:
Sólo pueden ser titulares de autorizaciones y licencias personas naturales de nacionalidad peruana o personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el Perú.
La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen.
El extranjero, ni directamente ni a través de una empresa unipersonal, puede ser titular de autorización o licencia.
El cuestionamiento central frente a ello se encuentra en lo señalado en el segundo párrafo, pues consideran que esto afecta gravemente lo establecido en la Norma Fundamental. No consideran inconstitucionales los párrafos primero y tercero, sino únicamente el segundo. Por tanto, se acepta que los extranjeros no puedan ser titulares de las autorizaciones, pero no que se vea limitada su participación en el capital de la empresa.

21. Dentro del análisis formal de la inconstitucionalidad, existe una norma que es la que supuestamente estaría siendo vulnerada, y es el artículo 63° de la Norma Fundamental, que a la letra dice:
La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones.
Esta norma tiene un correlato directo, o es una manifestación específica de lo contemplado en el artículo 2°, inciso 2):
Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
Este Colegiado ya ha mencionado, dentro de la STC N.° 0018-2003-AI/TC, el contenido del artículo 63°, como parte de un derecho a la inversión, y lo ha hecho de la siguiente manera:
El artículo 63° de la Constitución señala que 'La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones [...]'.
La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.
La inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o, en otras palabras, la acumulación de capital (...).
Asimismo, será extranjera cuando la acción económica se efectúa dentro del territorio de un Estado por agentes económicos con domicilio en otros países.
Dicha inversión facilita la dinámica económica de un país; conlleva aportes tecnológicos, coadyuva para fomentar una más eficiente organización empresarial y hasta traslada su *know how* (conocimientos, procedimientos, métodos de elaboración, utilización de medios necesarios o aportes de información secreta, etc.).
Pues bien, en cuanto al asunto bajo análisis, es menester puntualizar que la Ley especial lo que hace es distinguir entre aquellas empresas postoras que son proveedoras de bienes o servicios producidos o prestados en el territorio nacional, y aquellas otras que no producen o brindan fuera de él.
Por ende, la ley especial incorpora tanto al inversionista nacional como al extranjero dentro de las reglas de diferenciación. A mayor abundamiento, la distinción no opera en función a la calidad de inversionista, sino en lo que atañe a las empresas que producen y proveen servicios en el interior o desde el exterior del país.
De lo que se concluye que la supuesta violación del artículo 63° de la Constitución también debe desestimarse.
A raíz de ello, es innegable que la pregunta que este Colegiado debe responderse es la siguiente: ¿El segundo párrafo del artículo 24° de la LRT respeta o no el artículo 63° de la Constitución? O dicho de otro modo, y aquí sí seguimos lo previsto en el artículo 75° del Código Procesal Constitucional, ¿el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT es una infracción directa y por el fondo del artículo 63° de la Constitución, afectándose de esta forma la jerarquía normativa de la Norma Fundamental?

22. Ante todo, conviene revisar el marco constitucional en el cual va a desarrollarse la actividad de empresas privadas extranjeras. Éste no puede ser otro que el contenido en la Economía social de mercado. El artículo 58° de la Constitución explica que si bien existe iniciativa privada libre, el sistema económico (en el cual no puede excluirse a las empresas de radiodifusión) debe ser guiado por una Economía social de mercado.
Sobre la base de esta normatividad, los demandantes manifiestan
(...) que las prohibiciones y restricciones impuestas a los inversionistas y accionistas extranjeros en el artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión no resultan compatibles con el ordenamiento constitucional peruano, cuyo régimen económico consagra dentro de sus principios rectores la economía social de mercado, la libre iniciativa privada y de empresa, y la libre concurrencia e igual tratamiento de las inversiones nacionales y extranjeras. Asimismo, si bien hace unas décadas se propiciaron normas restrictivas o prohibiciones a la participación extranjera en determinadas actividades económicas, reservándolas para el Estado o, algunas veces, a la inversión nacional, ello no resulta coherente, en un esquema de globalización e internacionalización de la economía, ni con la política del Estado en esta materia, ni con el régimen económico de nuestra Constitución, más aún si actualmente la regla

predominante en el país es una política de estímulo y promoción a la venida de la inversión extranjera, para que contribuya al desarrollo del país[21].
Sobre el modelo económico y sus implicancias, este Colegiado ha dejado sentado en los fundamentos 13.a y 16 de la STC N.° 0008-2003-AI/TC que
La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios. c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social (...).
Y es que, dado el carácter 'social' del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

23. Conviene recordar, de otro lado, que el sistema de mercado tiende simplemente a establecer un estado de cosas en virtud del cual ninguna necesidad se satisface empleándose un volumen de recursos superior al que realmente se precisa[22].
Esto traducido al ámbito concreto de la inconstitucionalidad planteada viene a significar que las empresas de radiodifusión si bien parten de una iniciativa privada, y así lo demuestra el propio artículo 2°, inciso 4), *in fine* de la Constitución, tampoco pueden estar exentas de parámetros establecidos o dados desde el Estado.
Tomando en cuenta estos argumentos, para resolver una controversia relacionada con derechos fundamentales de índole económico, el juez constitucional
(...) valora el contexto socioeconómico, lo considera relevante para una interpretación vivificante de la Constitución, incorpora los elementos de éste que son pertinentes para ponderar los principios enfrentados y delinear sus alcances e, inclusive, aprecia si las consecuencias económicas de un fallo inciden en el goce efectivo de derechos o en la realización de principios constitucionales (...)[23].
Además, no es posible desdeñar el hecho de que, con el paso del tiempo, se ha llegado a lo que se conoce 'la definitiva instauración del libre mercado audiovisual'[24].

24. Bajo este parámetro, las empresas de radiodifusión podrán ejercer su derecho a la libertad de empresa, pues este derecho es la base de protección que habrá de argüirse para el caso concreto.
Según el artículo 59° de la Constitución que garantiza expresamente la libertad de empresa, siempre como principal expresión de la libre competencia, señala que su ejercicio
(...) no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (...).
Lo que sí no se puede olvidar es que
La conformación pública de la economía de mercado no sólo atiende a la protección de terceros, sino que también afecta a la esencia misma de la libertad de empresa en cuanto potencial generadora de poderes económicos que pueden rivalizar con el poder político[25].
De ello se desprende que
Junto con la ineludible vinculación de la televisión con la libertad de expresión y el derecho a la información, y bajo el imprevisible soporte de la tecnología, la actividad televisiva consta de lo que se ha calificado como una inequívoca vertiente mercantil que se encuentra amparada (...) por la libertad de empresa (...)[26].
Entonces, la actuación de las empresas de radio y televisión habrá de sujetarse al ejercicio de este derecho, que como bien señalamos en el fundamento 26 de la precitada STC N.° 0008-2003-AI/TC está definida como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.
Es decir, y así también lo ha expresado este Tribunal en los fundamentos 12 y 13 de STC N.° 3330-2004-AA/TC,
(...) Según está dispuesta la libertad de empresa, esta también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la economía social de mercado (...).
Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. - En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado (...). - En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros). - En tercer lugar, está la libertad de competencia. - En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.
No está de más señalar que lo que está en juego en el presente caso es lo referido a la libre competencia, en la forma de la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, básicamente de capitales extranjeros, lo cual está en fraternal conexión con la autoconfiguración que gozan las propias empresas de radiodifusión.
Ese derecho no se agota simplemente en la posibilidad de crear las empresas, organizarlas y dirigirlas; sino también en el derecho a instalar redes y acceder a ellas, lo cual es muy importante porque los servicios de radiodifusión no limitan su actividad a la simple difusión

de una señal, sino para hacer que esta llegue realmente a puntos que hayan sido incluidos dentro de la estrategia o desarrollo empresarial planteados por la empresa, se deben valer de servicios portadores -lo cual indica que hay una interacción entre servicios de difusión y servicios portadores, que son servicios de telecomunicaciones puros por así llamarlos-[27].
Lo interesante en este punto está en verificar si los límites impuestos por la LRT a los capitales extranjeros realmente contribuyen a un correcto ejercicio de la libertad de empresa en los medios de comunicación social televisivo y radial, tal como es la intención de los artículos 59° y 63° de la Constitución.

§4. El test de igualdad con relación a la inversión extranjera y nacional en las empresas de radiodifusión

25. Este Colegiado en diversa jurisprudencia (entre ella, STC N.° 0006-2006-PI/TC, STC N.° 0023-2005-PI/TC y STC N.° 0025-2005-PI/TC) ha venido a utilizar, con el fin de analizar la existencia de discriminación en un caso concreto, el *test* de igualdad, el mismo que consta de seis pasos: (a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación; (b) Determinación de la 'intensidad' de la intervención en la igualdad; (c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); (d) Examen de idoneidad; (e) Examen de necesidad; y, (f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
Por esta razón, se debe realizar el *test* señalado a fin de analizar si él es superado o no por el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT. Sin embargo, no haremos un análisis estricto de la igualdad sobre la base de los pasos antes mostrados, sino por una cuestión meramente pedagógica uniremos algunos, por lo que el estudio será en bloque.

26. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter que posee el mencionado artículo 63° en tanto criterio de análisis de igualdad, haciendo un exhaustivo estudio de lo que este principio-derecho significa.
A través de la STC N.° 0018-2003-AI/TC, el TC ya ha señalado que
El principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente: a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y, d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres (...). La idea de igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad.
Aparte de señalarse que el derecho a la igualdad posee dos componentes: igualdad de la ley o en la ley (artículo 103° de la Constitución) e igualdad en la aplicación de la ley (inciso 2 del artículo 2° de la Constitución). En todo ello, lo esencial será mantener el carácter diferenciador que sí pueden tener las normas, lejos de una discriminación.
Y si bien en un caso anterior (específicamente, STC N.° 0018-2003-AI/TC), y que marca nuestra línea jurisprudencial sobre la materia, ya se ha pronunciado como infundada una demanda sobre la base del mismo artículo 63°, este Colegiado considera pertinente señalar que en dicha oportunidad, a diferencia de lo que sucede en el caso actual, consideró que la distinción existente en la norma no operaba en función a la calidad de inversionista, sino en lo que atañía a las empresas que producían y proveían servicios en el interior o desde el exterior del país.

27. Con relación a la **determinación del tratamiento legislativo diferente**, es necesario revisar la validez de los argumentos de cada una de las partes del presente proceso constitucional.
Para los demandantes, esta finalidad de tratamiento diferenciado del artículo 24° de la LRTV obedecería a algunas de estas finalidades, entre las cuales concluye no han sido cumplidas:
a) Proteger la identidad cultural de la nación, en el entendido que el control mayoritario de la empresa por inversionistas nacionales puede incidir en que los contenidos que se difundan respondan, en mayor medida, a los valores, costumbres, tradiciones e idiosincrasia nacional; la que podría verse menoscabada por la preponderancia de valores culturales foráneos, provenientes de los inversionistas y accionistas extranjeros, si se permitiera que estos cuenten con una participación mayoritaria en el capital de la empresa, lo cual podría vincularse con lo dispuesto en el inciso 19) del artículo 2° de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.
b) Proteger y beneficiar al inversionista y accionista nacional, por su condición de tal, frente al inversionista extranjero, asegurando que el control o dominio de la propiedad y dirección de la empresa de radiodifusión sea ejercido por nacionales. Siendo que esta diferenciación tendría como finalidad beneficiar o proteger determinadas personas y limitar a otras en razón de su condición nacional o extranjero, ello apuntaría al origen nacional del inversionista o accionista, supuesto proscrito por la Constitución como motivo para la desigualdad de trato, por lo que resultaría discriminatoria e inconstitucional[28].
Una explicación similar es utilizada también por la demandada para argumentar la validez de su actuación, claro con el fin de justificar lo contrario:
Asimismo, que es el Estado quien debe brindar las condiciones necesarias para cumplir con los deberes constitucionales en la educación y en la formación moral y cultural de la Nación y la protección de la identidad cultural con respeto de la pluralidad cultural de la Nación con la colaboración de la sociedad. Por otro lado, manifiesta que la importancia del artículo 38° de la

Constitución puede equipararse con el artículo 1° de la Constitución, en el que establece que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado", es decir, se estaría ante disposiciones constitucionales a partir de las cuales se regulan los derechos (artículos 1°) y los deberes (artículo 38°) de la persona[29].

No es ilógico el planteamiento mostrado en virtud de que cualquier norma de desarrollo de la Constitución habrá de respetar siempre los intereses del país. Es válido para ello recordar lo que señala el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual los derechos comunicativos poseen determinados límites:

El ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y por lo tanto puede estar sujeta a restricciones establecidas por ley y que sean necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

Nada más cierto. La actuación de la radio y de la televisión siempre tiene que estar ligada a un fin especial, cual es el interés público de la nación, tal como su propia catalogación de servicio privado de interés público. Por lo tanto, el límite del 40% de la inversión extranjera debe responder a esta finalidad pública.

Para una determinación correcta y adecuada, habremos de recordar también que en el mundo actual se

(...) ha abierto el mercado a la radio y la televisión, creando un ordenamiento jurídico para la autorización y la actuación de las empresas privadas[30].

De un estudio preliminar de la cuestión, se puede observar que no existe relación alguna entre lo que se está buscando proteger y el medio utilizado, tema sobre el cual insistiremos líneas abajo. Es cierto que la ley se presume constitucional (artículo 109° de la Constitución), pero también es cierto que la norma impugnada muestra en su contenido un trato diferenciado -o diferenciador, en su inicio- para con los inversionistas extranjeros, motivo por lo cual es obligación de la demandada desvirtuarlos, cosa que no la ha logrado realizar. Expliquemos por qué.

28. Con relación al **examen de idoneidad** y a la **determinación de la 'intensidad' de la intervención en la igualdad**, se plantean algunas razones para entender por qué habrá de admitirse una regulación como la existente en el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT, pues ahora corresponde el análisis de la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto.

La principal de las razones argüidas para sostener la constitucionalidad de la norma es la presentada en el artículo 2°, inciso 9) de la Constitución, referido al derecho que todos tenemos a la

(...) identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Pero también ha manifestado la demandada, a través de sus apoderados[31], que se está tutelando el artículo 38° de la Constitución, referido a que

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Así queda acreditada la diferenciación realizada por el legislador. En tal entendido, sólo la mayoría del capital nacional podría determinar la protección de los intereses nacionales.

Al respecto, el argumento de los demandantes se centra en la supuesta protección de la identidad cultural nacional a través del 60% del capital nacional:

(...) la finalidad de brindar protección a la identidad cultural de la nación peruana supondrá la intención de tutelar el patrimonio cultural inmaterial (integrado por tradiciones y expresiones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y técnicas artesanales tradicionales), entendiéndolo desde perspectiva cultural y diversa. Siendo esto así, para admitir como válida y no discriminatoria la distinción introducida por el artículo 24° de la LRTV entre inversionistas extranjeros y nacionales, esta diferenciación debe resultar adecuada o idónea para el logro de esta finalidad. En consecuencia, que la limitación impuesta a los inversionistas y accionistas extranjeros no resulta idónea para la finalidad perseguida, puesto que no puede establecerse una relación o implicación necesaria entre la protección y promoción de la cultura e identidad nacional, con la propiedad o porcentajes de participación nacional o extranjera en el capital de la empresa de radiodifusión. Lo primero se refiere a los contenidos de la programación de la emisora, mientras lo segundo tiene que ver con el origen nacional o extranjero de los propietarios y accionistas de la empresa[32].

Pese a la argumentación mostrada por parte de la demandada, es claro que su análisis peca de insuficiente, y hasta de incorrecto. Tal como se ha podido ver la discusión en el presente caso no versa sobre si la empresa ha de ser nacional o no (no hay discrepancia sobre ello: debe tener necesariamente la nacionalidad peruana) sino sobre si ella puede tener capitales foráneos más allá del 40% admitido. Y sobre el tope impuesto no se ha dado argumento alguno, menos aún que deba existir algún límite. Hay otras formas en que se podría proteger a la radio y a la televisión con el objeto de tutelar la identidad cultural y los intereses de los peruanos antes que teniendo un determinado porcentaje de capital nacional. Además de esta manera se estaría restringiendo ostensible-mente la capacidad de las empresas de actuar correctamente:

El establecimiento del régimen jurídico de las infraestructuras soporte de las televisiones constituye una opción del legislador que tiene una notable relevancia en orden a la distribución de los costes, de los riesgos que la creación de empresas de televisión supone. Los requerimientos propios de la eficiencia parecen pues que deban ser tomados en consideración, especialmente si atendemos a su relevancia constitucional ya que se inscriben en la libertad de empresa[33].

De otro lado, nadie puede dudar que lo que la radio y la televisión deben ofrecer al público es una especie de mezcla entre ética pública (si bien no es entidad estatal, su impacto sí es general) y ética privada (por el carácter

de las empresas involucradas), y quizás éste también podría ser un argumento a favor de la constitucionalidad de la norma. Queda claro que estos medios han de establecer

(...) modelos de conducta o de comportamiento, estrategias de felicidad, o ideales sobre el bien y la virtud, lo que hemos llamado contenido de planes de vida que se ofrecen a los posibles destinatarios de los mismos (...)[34].

Sin embargo, consideramos inadecuado poder señalar que esta búsqueda de ética se pueda lograr a través de una norma como la impugnada, que hasta puede ser una cortapisa a ello, toda vez que someter a una empresa nacional a los capitales extranjeros la podría volver más expedita al control de la propia inversión.

Entrando específicamente al tema de la intensidad de la vulneración, se ha alegado que ésta es sumamente grave. La argumentación en este extremo se basa en que existe una violación manifiesta de la Norma Fundamental y de los bienes en ella contenidos, máxime si como se ha venido señalando estos medios habrán de ser considerados como instituciones constitucionales. La gravedad de la intensidad se demuestra en la presentación clara de la norma impugnada. Es evidente que el segundo párrafo del artículo 24° de la LRT afecta principios constitucionales, como los que se han ido presentando a lo largo de esta sentencia.

En conclusión, la norma impugnada no supera el examen de idoneidad, y se puede considerar que su intervención es grave.

29. Con relación al **examen de necesidad** y al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, se habrá de entender que no existe otra disposición más adecuada para el cumplimiento de los fines de la LRT que la establecida en la norma impugnada.

Sin embargo, uno puede ver con facilidad que independientemente de dónde provengan los capitales para la empresa de radiodifusión, siempre ella estará sujeta a responsabilidades, tal como el artículo 71° de la LRT lo expresa:

Las personas naturales o jurídicas que incurran en infracciones tipificadas en la presente Ley, son responsables administrativamente ante el Ministerio, independientemente de la responsabilidad civil y penal que pudiera corresponderles.

Las sanciones administrativas que se impongan, son independientes del cumplimiento de obligaciones o requisitos exigidos a los infractores, por lo que su aplicación no convalida, exime o reemplaza ninguna exigencia incumplida, ni los daños ni perjuicios causados.

Asimismo, se puede considerar que no existe un límite alguno más gravoso para los derechos de los accionistas extranjeros, sobre todo respecto a su derecho a la propiedad. Al respecto, y en ello coincidimos con la parte demandada, ella expresó que (...) no está de acuerdo con el demandante cuando éste afirma que 'no existe otra limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros', puesto que el artículo 70° de la Constitución dispone que el derecho de propiedad que ostenta toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. En consecuencia, el bien común y los límites establecidos por ley también resultan una 'limitación constitucional respecto a la propiedad de los extranjeros'[35].

También vale la pena precisar que con independencia de la nacionalidad de los capitales en la empresa, siempre las empresas de radiodifusión deben buscar la observancia y la defensa de toda la Constitución.

A través del fundamento 26 de la STC N.° 0027-2005-PI/TC, este Colegiado ha venido a señalar que

(...) no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público.

Además habrá de recordar que la propia LRT, en su artículo 33° establece que

Los servicios de radiodifusión, sonora y de televisión deben contribuir a proteger o respetar los derechos fundamentales de las personas, así como los valores nacionales que reconoce la Constitución Política del Perú y los principios establecidos en la presente Ley.

Insistimos que la protección, observancia y promoción de la radio y televisión de los derechos fundamentales, sobre la base de su consideración como instituciones constitucionales, no puede hacerlos desconocer la necesidad que tienen de influjos de capitales; lo contrario, sería negarles su capacidad de desarrollo.

En relación con la liberalización del sector, es fundamental facilitar la entrada de nuevos operadores a través de la liberalización de la prestación de servicios de valor añadido y la posterior ampliación de la libertad de prestación al resto de los servicios (...). También tiene gran importancia la credibilidad del sector público en el proceso liberalizador, ya que de este modo se va a evitar la oposición de los grupos de presión y se incentiva simultáneamente la entrada de diferentes agentes económicos en el sector[36].

En el mundo empresarial, la regulación de la radio y televisión está en un proceso de transición desde el servicio público a una situación de mayor liberalización[37]. Las reglas del mercado no pueden imponerse sobre esos valores constitucionales. Todas las regulaciones proporcionadas y razonables que tratan de preservarlos son, por tanto, admisibles. En esencia, la historia de las comunicaciones en los países poderosos, durante las últimas décadas, revela el deseo de los gobernantes por atender las crecientes necesidades y exigencias de los ciudadanos por una mayor y mejor información, por una oferta cultural y recreacional variada, tratando de satisfacerla y atenderla por los mejores medios y técnicas disponibles, a precios accesibles para las grandes mayorías; dicho en otras palabras, la voluntad de establecer unas telecomunicaciones eficientes, como soporte de

una vida económica y cultural activa y creativa[38]. Como punto final de este análisis habrá de recordarse que algunos han propuesto que empresas de este tipo habrán de considerarse como empresas estratégicas en el país, justamente para tutelar los intereses nacionales. Al respecto, sólo podemos mencionar que este tipo de entidades deben estar sujetas a un *numerus clausus*, máxime si lo estratégico, pues, no se refiere a una 'función' económica sino a una calidad jurídica[39]. Normalmente, como característica se encuentra la barrera absoluta de ingreso a los particulares, pero persistimos en el hecho de que lo único que se estaría prohibiendo con el segundo párrafo del artículo 24° es el ingreso de capitales, puesto que la titularidad de la empresa siempre recaerá en un nacional.

A partir de la Constitución de 1993 existe un estudio detallado en materia de las inversiones. Dado que, en el pasado en virtud de una visión nacionalista e ideologizada de las inversiones, se orientó a nuestra legislación proteger la inversión nacional y controlar e imponer un límite a las inversiones extranjeras. Siendo esto así, las inversiones extranjeras se le relacionaba con el gran capital, así como los perjuicios que este traía con relación a los inversionistas nacionales y al propio mercado. Sin embargo, esta visión de la economía resulta distinta en la actualidad, puesto que las economías excesivamente cerradas y proteccionistas solo han generado pobreza y subdesarrollo de los países que las han implementado[40].

Como colofón de este punto, no puede aceptarse la medida impuesta en el plano normativo por no cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

30. Con relación a la **determinación de la finalidad del tratamiento diferente**, se puede señalar que el propósito legislativo de consagrar un 40% como máximo para la inversión extranjera en radio y televisión, con la finalidad de preservar en 60% la inversión nacional conducente a la cautela de la identidad nacional y de los bienes y valores que la constituyen, es equívoco, erróneo e inútil.

En relación a este punto, habrá que tener cuidado con estos medios en vista que

(...) la televisión invierte la evolución de lo sensible en inteligible y lo convierte en un *ictu oculli*, en un regreso al puro y simple acto de ver. La televisión produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender[41].

Por eso el Estado debe saber actuar. No intervenir por intervenir, sino hacerlo conscientemente de que existen derechos y bienes constitucionales en juego.

En efecto, en el marco del derecho societario, que es en el que se inscribe la materia, es perfectamente posible acordar la emisión de diversas clases de acciones, las mismas que pueden conferir distintos derechos y en este orden de ideas, establecer, por ejemplo, unas acciones de fundador, que tenga como atribución la de elegir a la mayoría de miembros en el directorio, así, cuatro de siete miembros o tres de cinco, y con ello será el directorio mayoritario extranjero elegido por la minoría de la junta de accionistas quien dirija las pautas de lo que se difunda y anuncie por el canal de televisión o emisora radial respectiva.

Basta revisar tan sólo el artículo 88° de la Ley General de Sociedad, que señala lo siguiente:

Pueden existir diversas clases de acciones. La diferencia puede consistir en los derechos que corresponden a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez. Todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones.

La creación de clases de acciones puede darse en el pacto social o por acuerdo de la junta general.

La eliminación de cualquier clase de acciones y la modificación de los derechos u obligaciones de las acciones de cualquier clase se acuerda con los requisitos exigidos para la modificación del estatuto, sin perjuicio de requerirse la aprobación previa por junta especial de los titulares de acciones de la clase que se elimine o cuyos derechos u obligaciones se modifiquen.

Cuando la eliminación de la clase de acciones o la modificación de los términos y condiciones con las que fueron creadas implique la modificación o eliminación de las obligaciones que sus titulares pudieran haber asumido frente a la sociedad, a los otros accionistas o a terceros, se requerirá de la aprobación de quienes se vean afectados con la eliminación de la clase de acciones o con la variación de las obligaciones a su cargo.

El estatuto puede establecer supuestos para la conversión de acciones de una clase en acciones de otra, sin que se requiera de acuerdo de la junta general, ni de juntas especiales ni de la modificación del estatuto. Sólo será necesaria del estatuto si como consecuencia de ello desaparece una clase de acciones.

Como si ello fuera poco, también es perfectamente posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 39° de la misma ley que la distribución de beneficios o utilidades no se realice en proporción a los aportes al capital sino de manera distinta, de modo tal que por ejemplo, el 40% de acciones perciba el 80% de las utilidades y el 60% restante de acciones, sólo el 20% de dichas utilidades.

Lo que queremos expresar es que dicho porcentaje accionario (el de 60%) no asegura en absoluto al inversionista nacional porque el pacto social o el estatutario, después de las tratativas y negociaciones empresariales del caso, pueden fijar, con arreglo a ley, modos distintos de dirección y de reparto de utilidades reñidas con lo que supuestamente era la intención legislativa.

Todo esto en el marco estrictamente peruano, sin perjuicio de los otros enfoques que nos viene haciendo conocer la mundialización o globalización de la economía, en donde, existiendo el dinero virtual y el capital del mismo predicamento, ahora ya no es posible conocer, con absoluta certeza, si el capital del inversionista de un determinado país foráneo es verdaderamente de dicho país, o si, por ejemplo, puede ser peruano, proveniente de una empresa nacional y que ha hecho inversiones en el extranjero.

Adicionalmente, se puede señalar que existen temas, tanto en materia societaria como en derecho económico, concernientes a la certeza del lugar de donde proviene la real inversión llevada a cabo, que no han sido tomados en cuenta por la LRT. Esto sin perjuicio de lo que también podemos agregar en el marco del derecho concursal, en donde un inversionista extranjero puede adquirir legítimamente la totalidad de las acreencias comunes de

una empresa radiodifusora en procedimiento concursal. Claramente, se puede concluir que la norma impugnada tampoco supera el análisis del fin del tratamiento diferenciado.

§5. La reciprocidad en el tratamiento igualitario entre la inversión extranjera y nacional

31. Para concluir con el análisis constitucional de la materia impugnada, el TC considera imprescindible dejar señalada una cuestión fundamental para entender correctamente el artículo 63° de la Constitución.

Se ha argüido la existencia tanto de convenios de colaboración entre países para tratamiento igualitario de los capitales (por parte de los demandantes) como de prohibiciones expresas para el ingreso de capital foráneo para las empresas de radiodifusión (por parte de la demandada).

Al respecto, este Colegiado no puede sino remitirse al texto expreso de la Norma Constitucional, y ello va a ser un motivo de modulación de la sentencia que se está emitiendo. El artículo 63° señala explícitamente que Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

Por tal razón, es válido que nuestro Estado tome en cuenta esta consideración para el análisis del tratamiento igualitario entre los capitales extranjeros y nacionales.

32. Insistimos en que la norma impugnada debe ser reputada como inconstitucional, pero es necesario, en pos de tutelar intereses como país soberano, y en la necesidad de demandar reciprocidad económica con otros países, buscar que el trato que podamos brindar a los capitales de un país extranjero sea equitativo al que puedan recibir los nuestros cuando accedan a dicho país.

Al respecto, se ha señalado que

(...) detrás de esos aparentes deseos de mayor libertad, igualdad, calidad y progreso en materia de libertad de expresión, existe una realidad de poder creciente de un número cada vez menor de empresas con idénticos fines e ideología.[42]

Por eso, consideramos imperioso a la luz del propio artículo 63° de la Constitución que se exija en el ámbito del territorio un trato similar, con no menos derechos, al de nuestros nacionales en los países extranjeros, por eso es el mandato expreso de la propia Norma Fundamental.

33. Actualmente no existe prohibición entre los movimientos de capitales en las empresas de radiodifusión, por ejemplo, entre los miembros de la Comunidad Europea, pero siempre ponen límites a esta libertad de circulación de capitales:

(...) los pagos relativos a los servicios (incluidos los de emisión y retransmisión de programas de televisión) debían liberalizarse entre los Estados miembros en la misma medida en que la libre circulación de servicios haya sido liberalizada entre los Estados miembros (...)[43].

Situaciones como la mostrada redundan a favor de que la liberalización en el movimiento de los capitales dentro de los países tenga como objetivos mejorar la cobertura y la calidad de la radio y la televisión, tal como puede ocurrir en el caso peruano dentro de la Comunidad Andina (más aún si, como señala el artículo 44° de la Constitución, se debe promover la integración, particularmente la latinoamericana).

Pero ello necesariamente importa que las contrapartes reciban un trato no discriminatorio, puesto que si ponen trabas o restricciones al ingreso de los capitales, también deberían recibir un trato igual en el país, tal como fue la intención de nuestro constituyente.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, entendiendo que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

Exp. N° 013-2007- PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Estando de acuerdo con el FALLO de esta sentencia y con sus fundamentos, he procedido a suscribirla, pues comparto el pronunciamiento que en ella se hace; no obstante estimo pertinente expresar los siguientes fundamentos propios con el ánimo de brindar un aporte que persuada al estudio de estas propuestas en el marco del Estado Constitucional.

La inversión extranjera y el derecho de propiedad

El presente caso ineludiblemente supone un estudio del tratamiento normativo de rango constitucional que se le ha dispensado a la inversión extranjera. Al respecto la Constitución de 1979 no fue explícita. Sin embargo, el artículo 110 de esa Carta declaró que el régimen económico se fundamentaba en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana; y el artículo 111 se refirió a los planes de desarrollo de la política económica y social. En el artículo 114 se indicó que, por causa de interés social o seguridad nacional, la ley podía reservar para el Estado

actividades productivas o de servicios, o establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos.

Asimismo, el artículo 126 de la propia Constitución de 1979 expresó, literalmente, que "En cuanto a propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática." Empero, en el segundo párrafo de ese precepto, estableció que los extranjeros no podían adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido, salvo que, por causa de necesidad pública, la ley dispusiera lo contrario.

Por su parte, el artículo 61 de la Constitución de 1993 (Título III), en cuanto al régimen económico, indica que "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, 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 ni de particulares."

En cuanto a la inversión nacional y extranjera, el artículo 63 de la actual Constitución declara que se sujetan a las mismas condiciones. Este precepto debe interpretarse y aplicarse conforme al principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 2,2 de esa Carta. Cualquiera sea, pues, la nacionalidad de las personas, las inversiones están garantizadas por el Estado. La norma constitucional se inspira, sin duda, en la necesidad de atraer capitales para el desarrollo de la economía nacional.

El derecho de propiedad está garantizado por el artículo 70 de la vigente Constitución; y, en lo que atañe a los extranjeros, estos están en igualdad de condiciones que los nacionales, salvo la limitación dispuesta en el segundo párrafo del artículo 71 de esa Ley Fundamental, cuando se trata de minas, tierra, bosques, agua, combustibles o fuentes de energía ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera, que sólo pueden adquirirlos cuando se declara la necesidad pública por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Por consiguiente, no estando los derechos de propiedad de los medios de comunicación dentro de la excepción aludida en el artículo 71 de la actual Constitución, considero que no puede establecerse, sin violar esa Carta, restricción ninguna; pues es principio de derecho que las normas que establecen restricciones o excepciones no se pueden interpretar extensivamente.

Los criterios expuestos se mantienen en los artículos 31, 33 y 38 del proyecto de Constitución que integra este voto.

El control de la constitucionalidad y los derechos fundamentales

La Convención Nacional que aprobó la Constitución de 1856 tuvo el buen criterio de declarar (artículo 10) que "Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución." Ochenta años después, el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 recogió el principio de que "cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera." Puedo decir, con la experiencia de un largo y permanente ejercicio de la abogacía, que ningún juez se preocupó de preferir la norma constitucional cuando una legal la violaba, tratándose de casos civiles o comerciales; y, en cuanto a los de naturaleza política, los miles de ciudadanos privados de su libertad, en el curso de decenas de años, no tenían ningún recurso efectivo para hacer concluir el abuso, pues las llamadas leyes de emergencia (8505) o de seguridad interior (11049) o los estatutos revolucionarios (17063) y del gobierno de emergencia y reconstrucción nacional (25418) prevalecieron respecto de las garantías constitucionales y preceptos supranacionales.

La tecnología actual, en permanente desarrollo, permite que la cultura se expanda allende las fronteras. Los medios de comunicación virtualmente llegan a todos los seres humanos, cualquiera que sea el lugar de la tierra en que radiquen; y aun los que circulan por el espacio, en viajes convencionales o de investigación científica hacia otros planetas, pueden ver y oír lo que ocurre en nuestro planeta. Los límites estatales, hace rato, no son sino demarcaciones territoriales sobrepasadas por la humanidad. El fantasma de la guerra entre las naciones se aleja cada vez más, excepto los casos lamentables de países cuyos destinos están dirigidos por personajes paranoicos.

La persona humana, sin que importe el lugar en que haya nacido, es titular de derechos fundamentales que deben y tienen que ser preservados. La discriminación, de cualquier tipo o naturaleza, es inaceptable en este estadio de la civilización. No sólo se proclaman ecuménicamente tales derechos, sino que hay instrumentos para defenderlos, especialmente a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; y más recientemente de la conformación de la Corte Penal Internacional.

El sistema democrático de gobierno fue permanente, aunque frustrada, aspiración del pueblo peruano. De la letra y del espíritu de las Bases de la Constitución Peruana de 17 de diciembre de 1822 se desprende que la soberanía de la Nación reposaba en la voluntad del pueblo, aunque –como examinamos más adelante- el camino recorrido fue siempre difícil y estuvo lleno de obstáculos colocados por la fuerza de los que nunca tuvieron razón.

El artículo 2 de la Constitución de 1979 enunció, clara y meridianamente, los derechos fundamentales de la persona humana, no siendo taxativos. La actual Carta los ha recogido, también en su numeral 2.

En cuanto al ejercicio de los derechos políticos, hemos pasado del sufragio elitista y discriminatorio, mediante "colegios electorales", a la elección directa pero limitada a los varones alfabetos, para llegar a la participación

plena de hombres y mujeres, alfabetos y analfabetos, a partir de los 18 años de edad, en una evolución que apenas tiene medio siglo; y, en algunos casos (no siempre positivos y auténticos), al ejercicio directo de la soberanía popular, en tiempos más recientes.

La participación en la vida política de la Nación es, acaso, uno de los derechos fundamentales que requiere mayor desarrollo en la estructura del Estado, pues de su ejercicio derivan, en gran medida, los demás. Si hay respeto por la voluntad soberana del pueblo, cada uno de sus componentes -las personas- podrán ser iguales ante la ley Y para que cada ciudadano, hombre o mujer, pueda expresar su voluntad respecto de personas a elegir o de opciones a adoptar, se requiere, sin ninguna duda, de una adecuada información, sin privilegios.

Es por ello que, en adición a los fundamentos de las sentencia, me permito exponer algunas consideraciones referidas al desarrollo del régimen constitucional en el Perú, a efectos de acreditar que, hasta hace muy poco y salvo interregnos, hemos soportado gobiernos emanados del golpe de Estado o del fraude electoral, prescindiéndose así de la voluntad del pueblo; para, finalmente, proponer un nuevo texto de Constitución..

El referéndum es la modalidad más acorde con la soberanía popular, pues son los ciudadanos los que, directamente, adoptan las decisiones que conciernen a sus intereses actuales y futuros. Por cierto, ese ejercicio directo de la soberanía popular fue pervertido, en ocasiones, tanto en el Perú como en otros países.

La participación ciudadana en los asuntos públicos debe tener, en lo posible, un marco constitucional adecuado. Empero, en mi concepto no se requiere de una norma específica permisiva, pues tal derecho emana del sistema democrático al que adhiere la Nación. Así, mientras el artículo 64° de la Constitución de 1979 declaró que *"Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, **directamente** o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos, y de acuerdo con las condiciones determinadas por ley"*; la Carta de 1993 es más explícita y dispone en el artículo 2°-17 que toda persona tiene derecho *"a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de **referéndum**"*, y en el artículo 31° reitera que *"Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante **referéndum**; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas."*

Bajo la denominación de "referéndum" o de "plebiscito" en el Perú se han realizado varias consultas ciudadanas, totales o parciales. El plebiscito de 1939 para reformar la Constitución fue una farsa. El "referéndum" de 1993 para aprobar la actual Carta no fue transparente. En cambio, las consultas ciudadanas respecto a la integración de la Región San Martín-La Libertad, de acuerdo a la Ley N° 25294, de la que fui autor; y las concernientes al traslado de distritos de una a otra provincia, en la década de los ochenta, fueron libres y claras.

En el mundo que vivimos no hay Estado sin Constitución, aunque las normas de la misma no siempre se cumplan. Es por ello que Sánchez Viamonte ("El Poder Constituyente", Editorial Bibliográfica Argentina, pag. 33) señala que "La tendencia de las agrupaciones humanas a darse códigos o leyes fundamentales para la organización de su vida social y política, se manifiesta desde muy temprano en la historia. Muchas veces coincide cronológicamente con la historia escrita o historia propiamente dicha. La palabra **ley** tiene la misma raíz que el verbo **leer.** El **derecho** se convierte en ley cuando está escrito, cuando se lee". Sin embargo, en el Imperio de los Incas, según se cree, no hubo escritura, la tradición oral permitió que fueran de cumplimiento obligatorio las máximas **"ama sua, ama quella, ama llulla"**,cuya aparente simplicidad contrasta con su profundo y perdurable contenido ético. Eran suficientes para gobernar aquella comunidad en la cual la ley de la hermandad permitió edificar monumentales obras hidráulicas, caminos, fortalezas y templos y cultivar la tierra con admirable espíritu solidario y de justicia social.

Desde entonces han transcurrido más de cinco siglos. Y, por desgracia, la usurpación del poder político no es historia lejana, sino realidad cercana. La Constitución Política de 1993 no es sino consecuencia del autoritarismo surgido en el último decenio del siglo XX. Su texto es, en gran parte, copia de la Carta de 1979; pero incluyó una norma -el artículo 112- que permitió la reelección presidencial inmediata.

La preocupación principal de la República está signada por la aprobación de numerosas Constituciones de precaria existencia, salvo las de 1860 y 1933, que, con interregnos, rigieron, respectivamente, 60 y 46 años. Sin embargo, ninguna de nuestras Constituciones tuvo cabal cumplimiento: todas sufrieron violaciones. Tales prácticas no fueron ni son privativas del Perú. Han ocurrido y ocurren en muchos países de la América Latina y de otras latitudes.

Germán José Bidart Campos ("Doctrina del Estado Democrático", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pag. 44), con relación al fin del Estado escribe: "El Estado, que existe para el hombre, que es una forma de servir al hombre, tiene un fin que no excluye a ninguno de los individuos que integran su población; un fin que es para el hombre y no para el Estado mismo, ni siquiera para la nación, la clase o el partido. El Estado no existe para sí mismo, ni para lograr su potencialidad económica o política, ni para cumplir vocaciones espirituales o ultratemporales, ni para acelerar el advenimiento de la plenitud nacional, ni para defender la pureza racial, redimir al proletariado, dirigir conciencias, propagar místicas humanas, etc. El Estado no es una institución para gobernar ideas, y menos para imponerlas, sino para regir conductas".

La estructura del Estado se diseña a través de una Constitución, la cual contiene las disposiciones esenciales

para organizar la vida de la comunidad. Aunque superada la teoría del pacto social, es evidente que las personas que forman parte del Estado tienen todas, sin excepción, la obligación de ceñir sus conductas a la Constitución y a las demás normas que integran el sistema jurídico-social.

Empero, la historia está ahíta de hechos que acreditan, precisamente, situaciones inversas. El mismo Bidart Campos (pag. 111) indica: "El desajuste entre el ideal y la vida política, entre las disposiciones constitucionales escritas y las costumbres sociales y políticas, ha sido observado en nuestro continente por Leonardo Pasquel y por Fitzgibon, estimando que ha sido habitual señalar la divergencia entre la prescripción constitucional y la práctica gubernamental".

Con referencia concreta al Perú, resulta pertinente recordar el comentario de Manuel Vicente Villarán ("Páginas Escogidas", Lima, 1962, pag. 45): "República agitada y voluble, el Perú ha vivido haciendo y deshaciendo Constituciones. En ciento diez años ha tenido nueve cartas políticas y pronto tendrá la décima: una por oncenio, sin contar los Estatutos Provisorios ni las Constituciones que organizaron en 1836la Confederación Perú-Boliviana".

Después de escrito tal comentario, en el Perú se han dictado las Constituciones de 1933, 1979 y 1993: tres en sesenta años.

La Carta de 1933 fue aprobada por un Congreso Constituyente con representación cercenada violentamente. Veintitrés de sus miembros fueron, en efecto, desaforados por la fuerza, en cumplimiento de orden emanada de un gobierno autoritario, con fachada constitucional, y luego deportados. Las normas constitucionales sobre descentralización y Senado Funcional, entre otras más, nunca fueron respetadas.

Más de la mitad del tiempo en que formalmente regía la Constitución de 1933, las leyes de excepción 8505 y 11049 hicieron ilusorias las garantías individuales y sociales que su texto reconocía; y la voluntad ciudadana fue falsificada en las "elecciones" de 1939, 1950 y 1956. Se perpetró, también, el acto inicuo de anular el proceso de 1936.

La Constitución de 1979, elaborada por la Asamblea Constituyente que convocó el gobierno militar, como fórmula para alargar el prolongado período de facto que se inició el 3 de octubre de 1968, introdujo saludables reformas en cuanto a equilibrar el ejercicio del poder. Otorgó al Presidente de la República algunas facultades novedosas, como dictar decretos supremos, en materia tributaria urgente, y disolver la Cámara de Diputados si ésta censuraba a tres Consejos de Ministros, pero convocando de inmediato a elecciones para sustituirla; y estableció reglas sobre delegación de facultades legislativas y observación de las leyes y respecto a la ratificación por el Senado de los generales y almirantes, embajadores y otros funcionarios de alto rango.

Para mejorar el texto constitucional planteé en el Senado, en 1980, 19 reformas; y la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Derechos Humanos, con dictamen, en mayoría, de 13 de julio de 1981, recomendó la aprobación de 12 de ellas. Empero, en la sesión del Senado de 3 de setiembre de 1981, volvió el proyecto a Comisión por haber retirado la firma su Presidente.

La Carta de 1979 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales para resguardar la vigencia de los derechos fundamentales de la persona y declarar, en su caso, la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley. Empero, ese importante órgano constitucional fue afectado, a partir de 1986, con el nombramiento de magistrados de una exclusiva militancia partidaria.

En las Primeras Legislaturas Ordinarias de 1990 y 1991 presenté nuevos proyectos de reforma constitucional que tampoco pudieron debatirse, pues se produjo la disolución del Congreso por el golpe del 5 de abril de 1992.

En tal fecha el denominado "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional" asumió funciones legislativas, e hizo uso incontrolado y hegemónico del poder al destituir a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, y disolver, también, el Tribunal de Garantías Constitucionales y los Gobiernos Regionales y otros órganos constitucionales.

El régimen de facto, en busca de solución política, pretendió encargar a una comisión de juristas la elaboración de una nueva Constitución y de someterla a referéndum. Las dificultades derivadas del rechazo que el acto de fuerza tuvo en la comunidad internacional -especialmente en la Organización de Estados Americanos- obligó al gobierno usurpador a variar el planteamiento y convocar a "elecciones" para un Congreso Constituyente Democrático.

Las "elecciones" se realizaron, efectivamente, el 22 de noviembre de 1992. El Presidente del "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional" hizo uso abusivo de los medios de comunicación y de transporte de propiedad del Estado, sin que los partidos y candidatos que participaron en ese evento electoral y los que decidieron abstenerse pudieran hacer de conocimiento de los ciudadanos sus respectivos puntos de vista. Intervino, además, el Presidente del Comando Conjunto y la cúpula militar, para imponer un resultado que, a pesar de todas las coacciones y corrupciones, no reflejó la opinión de la mayoría de los ciudadanos, como se desprende de la información que sigue:

ELECCIÓN DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

Ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú: **11'245,463**

Ciudadanos que votaron para elegir el CCD:	8'191,846
Votos válidos:	6'237,682
Votos nulos:	1'620,887
Votos en blanco:	333,277
Votos en favor de Cambio 90-Nueva Mayoría:	**3'075,422**

En consecuencia, la representación oficial recibió únicamente el apoyo del **36.56** % de los votantes y el **27.34** % del universo electoral.

El proyecto de Constitución, elaborado por la representación minoritaria del pueblo, con algunos adláteres, fue aprobado, también, por un fragmento del universo electoral. El texto mismo de la cédula de sufragio fue formulado para dirigir y confundir a los ciudadanos: **"Aprueba usted la Constitución aprobada por el Congreso Constituyente Democrático?".**

Se presionó, además, a la opinión pública, con el uso abusivo de casi todos los medios de comunicación social; y en las zonas declaradas de emergencia se sustituyó actas. No obstante ello el resultado oficial arrojó sólo una aparente pero pequeña ventaja relativa en favor del "sí", o sea por la aprobación de la Constitución, según los guarismos siguientes:

REFERÉNDUM DEL 31 DE OCTUBRE DE 1993

Número de ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú: **11'518,669**

Número de ciudadanos que votaron:	8'178.742
Votos en favor del "sí":	**3'895,763**
Votos en favor del "no":	3'548,334
Votos nulos:	518,557
Votos en blanco:	216,088

Número de ciudadanos inscritos que no votaron por el "sí": **7'622,906**

La Constitución de 1993 fue, pues, ratificada por el 47.63 % de los votantes que constituyen el 34.1% de los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú.

Únicamente como referencia debe señalarse que la Constitución Española, sometida a referéndum el 6 de diciembre de 1978, fue aprobada por 15'706,078 ciudadanos que votaron en favor, mientras que 1'400,505 lo hicieron en contra. La voluntad del pueblo estuvo, en ese caso, expresada nítida y abrumadoramente, sin intimidación ni violencia.

La Constitución de 1993 no sólo no refleja la opinión de la mayoría de los ciudadanos del Perú, sino que mantiene errores de la Carta anterior a los que adiciona otros dispositivos que conspiran contra la democracia y el destino de la Nación. Debe ser, por ello, urgente e inexorablemente reemplazada por otra más concordante con el interés de la comunidad.

No sólo en la legislación electoral, sino en la propia Constitución, deben existir normas de cumplimiento inexcusable a efectos de que todo tipo de consulta popular esté premunido de las garantías mínimas de información a los electores.

Los medios de comunicación no deben ser instrumentos cautivos del sector que ejerce el control del Estado, sino que en igualdad de condiciones debe estar al alcance de los otros sectores. No debe existir, pues, monopolio en el uso de la prensa, la radio y la televisión.

Los procesos electorales en el Perú

En los Estados organizados democráticamente provienen de la voluntad ciudadana directa los Poderes Legislativo y Ejecutivo, a través de elecciones periódicas, como lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. De manera indirecta, derivan de la misma voluntad ciudadana el Poder Judicial y todos los otros órganos constitucionales autónomos. La Carta de 1993 plantea la participación popular en el nombramiento y en la revocación de los magistrados (artículo 139,17) y la jurisdicción de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, y de las rondas campesinas (artículo 149).

Asimismo, tienen su origen en la voluntad popular, expresada directamente, los gobiernos municipales y regionales.

En los primeros años de nuestra vida republicana, la elección de los miembros del Poder Legislativo fue hecha a través de los "Colegios Electorales"; y la de los Presidentes de la misma manera, y por "cuartelazos" o imposiciones.

A este respecto, es ilustrativa la revisión de nuestras Cartas Políticas, con expresa reserva respecto a la veracidad de los procesos electorales. Según comprobaremos, en las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839 los ciudadanos elegían **electores** para que estos integraran los **Colegios Electorales**. En las Constituciones de 1856, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993 el voto fue directo; y en la de 1860 la elección era de conformidad con la ley.

En la **Constitución de 1823,** el artículo 32 estableció que "constituyen los Colegios Electorales de Parroquia, todos los vecinos residentes de ella que estuviesen en ejercicio de la ciudadanía, presididos por el Alcalde o Regidor que se designare, y asistencia del Secretario y Escrutadores que nombrará el Colegio de entre los concurrentes"; el artículo 33 que "por cada doscientos individuos se nombrará un elector, cualquiera que sea el censo parroquial", y el artículo 34 que "para ser elector parroquial se exige: 1. Ser ciudadano en ejercicio. 2. Ser vecino y residente en la parroquia, y 3. Tener una propiedad que produzca trescientos pesos cuando menos, o ejercer cualquier arte u oficio, o estar ocupado en alguna industria útil que los rinda anualmente, o ser profesor público de alguna ciencia."

La importancia de ser miembro del Colegio Electoral de Provincia era evidente. Los "políticos" se afanaron, entonces, en obtener el mayor número posible de miembros de los Colegios Electorales.

Asimismo, la **Constitución de 1826** declaró en su artículo 20 que "el Poder Electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada cien ciudadanos un elector"; en su artículo 24 que "reunidos los electores en la capital de la provincia, nombrarán, a pluralidad de votos, un Presidente, dos Escrutadores y un Secretario de su seno: éstos desempeñarán su cargo, por todo el tiempo de duración del Cuerpo", y en su artículo

26 que "Los electores se reunirán todos los años en los días dos, tres, cuatro, cinco y seis de enero para ejercer las atribuciones siguientes: 1. Calificar a los ciudadanos que entren en el ejercicio de sus derechos y suspender a aquellos que estén en los casos de los artículos 18 y 19. 2. Nombrar a los miembros de las Cámaras, por la primera vez. 3. Proponer una lista de candidatos: 1. a las Cámaras respectivas de los miembros que han de llenar sus vacantes; 2. al Poder Ejecutivo de los individuos que merezcan ser nombrados Prefecto de su departamento, Gobernador de su provincia y Corregidores de sus cantones y pueblos; 3. al Prefecto del departamento, los Alcaldes y Jueces de Paz que deban nombrarse; 4. al Senado, los miembros de las Cortes del Distrito Judicial a que pertenecen, y los jueces de primera instancia. 4. Recibir las actas de las elecciones populares, examinar la identidad de los nuevos elegidos y declararlos nombrados constitucionalmente. 5. Pedir a las Cámaras cuanto crean favorable al bienestar de los ciudadanos, y quejarse de los agravios e injusticias que reciban de las autoridades constituidas."

Las facultades de los Colegios Electorales fueron ampliadas a efectos de que comprendieran los nombramientos de Prefectos, Alcaldes y Jueces de Paz, y para que adoptaran decisiones respecto al comportamiento de las diversas autoridades.

La **Constitución de 1828**, en su artículo 13, dispuso que "por cada doscientos individuos de la parroquia se elegirá un elector parroquial que tenga las calidades: 1. De ciudadano en ejercicio. 2. Vecino y residente en la parroquia. 3. Tener una propiedad raíz, o un capital que produzca trescientos pesos al año, o ser maestro de algún arte u oficio, o profesor de alguna ciencia. 4. Saber leer y escribir, excepto por ahora los indígenas con arreglo a lo que prevenga la ley de elecciones"; y en su artículo 35 que "cada Cámara calificará las elecciones de sus respectivos miembros, resolviendo las dudas que ocurran sobre ellas."

Se advierte la forma poco democrática de elegir Senadores y el poder que se asigna a la Junta Departamental, cuyas atribuciones están enumeradas en el artículo 75.

En gran medida, estas Juntas Departamentales fueron antecedente lejano de las Asambleas Regionales, respecto de las cuales, incluso, tenían más facultades en el texto constitucional.

También la **Constitución de 1834** consideró en su artículo 12 que "los Colegios Electorales de parroquia se componen de todos los ciudadanos que gozan de sufragio en las elecciones parroquiales con arreglo a la ley"; y en su artículo 14 que "los Colegios Electorales de provincia se forman de la reunión de los electores parroquiales conforme a la ley."

Se eliminó, además, las Juntas Departamentales.

La **Constitución de 1839** mantuvo la elección indirecta, mediante Colegios Electorales, de acuerdo a los artículos 25, 26. 27, 28 y 36; y la calificación de las elecciones por las respectivas Cámaras, conforme al artículo 46.

La **elección popular directa** fue establecida por la **Constitución liberal de 1856**:

Las normas de dicha Carta fueron las siguientes:

"Artículo 37. El sufragio popular es directo: lo ejercen los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen una propiedad raíz, o se han retirado, conforme a la ley, después de haber servido en el Ejército o Armada."

"Artículo 44. Los Representantes del pueblo son elegidos directamente a pluralidad respectiva por los ciudadanos en ejercicio, en la forma prescrita por la ley."

"Artículo 45. Por cada veinticinco mil habitantes, o por una fracción que pase de quince mil, y por toda provincia, aunque tenga menos de quince mil habitantes, se elegirá un Representante y un Suplente."

En cambio, la **Constitución de 1860** remitió la forma de elección a la ley, pero declaró en su artículo 38 que "ejercen el derecho de sufragio, todos los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen alguna propiedad raíz, o pagan al Tesoro Público alguna contribución. **El ejercicio de este derecho será arreglado por una ley.**"

En conformidad con la Constitución de 1860, el Congreso aprobó la ley de 4 de abril de 1861, promulgada por el Presidente Ramón Castilla, que consta de 101 artículos, por la cual se reguló el artículo 38 de dicha Carta. En el artículo 1 de la ley se indicaba que "Ejercen el derecho de sufragio los ciudadanos casados, o mayores de 21 años, que sepan leer y escribir, o sean jefes de taller, o tengan alguna propiedad raíz, o paguen al Tesoro Público alguna contribución; cuyos nombres se hallen inscritos en el Registro Cívico"; y en el artículo 2 se enumeraba que "No pueden sufragar: 1. los que hayan perdido el derecho de ciudadanía o tengan suspenso su ejercicio, según los artículos 40 y 41 de la Constitución; 2. Los Ministros de Estado, los Prefectos, Subprefectos y Tenientes Gobernadores y Agentes de Policía; 3.Los Jefes y Oficiales del Ejército o Armada Nacional, y los de Gendarmería; 4. Los individuos de tropa pertenecientes a la Gendarmería o al Ejército, y los que forman la tripulación de los buques de la Armada Nacional; 5. Los mendigos y los sirvientes domésticos".

El artículo 4 de la ley de 4 de abril de 1861 dispuso que "La elección de Presidente y Vice-Presidentes de la República, Representantes de la Nación, y Funcionarios Municipales, no podrá hacerse directamente por el pueblo sino por medio de electores reunidos en Colegio".

Aunque de breve vigencia, la **Constitución de 1867** retornó al voto directo, pues su artículo 39 indicó que "el sufragio popular es directo: gozan de este derecho todos los ciudadanos en ejercicio"; y su artículo 46 que "la elección de los **Representantes a Congreso** se hará conforme a ley."

En 1896 se creó la Junta Electoral Nacional como organismo máximo, autónomo, en materia electoral.

Ya en este siglo, la **Constitución de 1920** indicó que "el sufragio, en las elecciones políticas, se ejercerá conforme a la Ley Electoral sobre las bases siguientes: 1. Registro permanente de inscripción; 2. Voto popular directo; 3.

Jurisdicción del Poder Judicial, en la forma que determine la ley, para garantizar los procedimientos electorales, correspondiendo a la Corte Suprema conocer de los procesos e imponer las responsabilidades a que hubiere lugar en los casos que igualmente la ley establezca."

Después del derrocamiento de la dictadura del oncenio, la **Constitución de 1933,** entre sus diversas normas dispuso en su artículo 86 que "gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir."

Como último antecedente de la Carta actual, la **Constitución de 1979** ratificó en su artículo 64 que "los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos, y de acuerdo con las condiciones determinadas por la ley; y que es nulo y punible todo acto por el cual se prohíbe o limita al ciudadano o partido intervenir en la vida política de la Nación."

De la revisión de los preceptos de nuestras Constituciones se colige que, hasta 1954, en que mediante la **ley 12391** se reformó la Constitución de 1933, las **mujeres no tuvieron la calidad de ciudadanas** y estuvieron marginadas del sufragio indirecto, primero, y directo, después.

Asimismo, para ser ciudadano se exigió el requisito de saber leer y escribir (aunque en la Carta de 1823, artículo 17, inciso 3, se indicó que esa calidad no se exigiría hasta después del año 1840, y en la de 1839, artículo 8, inciso 2, se exceptuó de ese requisito a los "indígenas y mestizos, hasta el año de 1844, en las poblaciones donde no hubiere escuelas de instrucción primaria). Pero en la Constitución de 1856, alternativamente a la capacidad de leer y escribir, se permitió el voto a los jefes de taller, propietarios de bien raíz y retirados del Ejército y la Armada (artículo 37).

La Constitución de 1860, con mejor técnica, distinguía la ciudadanía y el derecho de sufragio, incluyendo en este derecho a los analfabetos, hasta su reforma en 1895. La efímera Carta de 1867 no exigió saber leer y escribir para ejercer directamente el derecho de sufragio. Las Constituciones de 1920 (artículo 66) y 1933 (artículo 86) limitaron el sufragio a los ciudadanos que supieran leer y escribir.

Tenía la calidad de ciudadano el varón que cumplía veinticinco años o era casado, según las Constituciones de 1823 (artículo 17, inciso 2) y 1826 (artículo 14, inciso 2). Curiosamente, se suspendió el ejercicio del derecho de ciudadanía al varón nacido en la República por "no haber cumplido veintiún años, no siendo casado", conforme a la Constitución de 1828 (artículo 6, inciso 1). Semejante regla adoptó la Constitución de 1834: el "ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía se suspende" por no haber cumplido el varón veintiún años de edad no estando casado (artículo 4, inciso 1).

La Constitución de 1839 indicó que para ser ciudadano en ejercicio se requería "ser casado o mayor de veinticinco años" (artículo 8, inciso 1).

La Constitución de 1856 amplió el ejercicio de la ciudadanía a los varones mayores de veintiún años y a los casados aunque no hubieran llegado a esa edad (artículo 36). El mismo criterio fue mantenido por la Constitución de 1860 (artículo 37).

La Constitución de 1867 declaró que eran ciudadanos en ejercicio los peruanos mayores de veintiún años y los emancipados (artículo 38). La Carta de 1920 repitió la norma de la de 1856 (artículo 62).

La Constitución de 1933 declaró ciudadanos en ejercicio a los peruanos mayores de veintiún años, los casados mayores de dieciocho años y los emancipados. Esta norma, modificada en 1954, incluyó a las mujeres.

La Constitución de 1979 estableció que eran ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años, siendo requisito para el ejercicio de la ciudadanía estar inscrito en el Registro Electoral. Tenían derecho de votar todos los ciudadanos que estaban en el goce de su capacidad civil (artículo 65).

La edad para ser ciudadano fue reducida, progresivamente, de veinticinco a veintiún y dieciocho años de edad.

La reincorporación de los analfabetos, la extensión de la ciudadanía a las mujeres y la ampliación de la misma a los mayores de dieciocho años de edad, produjo un notable incremento de la población electoral. De cada dos peruanos, uno es ciudadano. El sufragio ya no es un privilegio. Pero el respeto a la voluntad popular sigue siendo el problema fundamental que debe resolver el Perú, antes de que concluya este siglo XX.

La democracia representativa se redujo al ejercicio periódico -y fraudulento- del sufragio. Debió existir coherencia entre las formulaciones electorales enunciadas por los candidatos, en favor de las cuales se pronunciaba la ciudadanía, y la gestión que, en los niveles de decisión política, se adoptaba subsecuentemente.

En el afán de resolver problemas de esta naturaleza se han ensayado, en diversos lugares del mundo, soluciones diversas. Los planteamientos son más teóricos que prácticos.

Los sistemas electorales

La democracia directa, a través de asambleas públicas, tal cual se practicó en Grecia y en Roma, tiene que ser descartada en nuestra época; por cuanto el derecho al sufragio es universal y no elitista. Tampoco el sistema representativo de gobierno que se ha venido ejerciendo en las últimas centurias, puede mantenerse inmutable, habida cuenta las imperfecciones que contiene. La elección de representantes, por plazos determinados, para que usando su libre albedrío resuelvan los asuntos colectivos, no es compatible con el principio de igualdad entre las personas y el derecho a revocar el mandato si es mal utilizado. Por otra parte, el desarrollo de la tecnología permite que, con la frecuencia que sea necesaria, el pueblo manifieste su voluntad directamente, en los casos que la Constitución o la ley así lo determinen.

Hasta el siglo XX, las decisiones legislativas y administrativas debieron ser adoptadas por intermedio de representantes. Hans Kelsen ("Teoría General del Estado", pag. 435), explicaba que "Las funciones legislativa y ejecutiva pasan de la masa de súbditos a determinados individuos o grupos. La voluntad de libertad política o autodeterminación se limita a la designación de órganos especializados, hecha por los súbditos."

El propio Kelsen (pag. 436) consideró que "El sistema electoral es decisivo en la realización del grado de democracia, cuando el principio democrático no se traduce en la legislación directa del pueblo, sino en la elección por éste de un parlamento".

Carlos S. Fayt ("Sufragio y Representación Política", pag. 101) piensa que "La representación política se justifica como respuesta en términos de poder, a un cambio de la estructura social, una evolución de las ideas y una transformación de la organización interior del poder en el estado. Las asambleas de representantes, hasta entonces fuera o al margen del poder político, se convierten en centros de poder efectivo".

Fayt (pag. 43) señala, también, que "La democracia representativa, con la adopción del sufragio universal y la aparición de los partidos políticos, se ha convertido en un régimen de partidos. Esto hace que la elección de los gobernantes por los gobernados se reduzca, por lo general, a la elección de los candidatos seleccionados por los partidos".

A mediados del siglo XIX, John Stuart Mill ("Gobierno Representativo", pag. 88) conceptuó que "El gobierno representativo es el tipo ideal de gobierno más perfecto, al cual un pueblo se adapta tanto más alto sea el grado de progreso a que se haya elevado. La idea pura de la democracia, tal como se la concibe hoy en la práctica, es el gobierno de todo el pueblo por una simple mayoría del pueblo representada exclusivamente". Stuart Mill era ferviente partidario del sistema de "representación proporcional".

Hay, desde luego, distintos métodos para la aplicación de la representación proporcional, que han evolucionado a lo largo del tiempo y en diversos países, que incluyen o no el voto preferencial, el voto limitado, el voto acumulativo, etc.

El sistema de representación proporcional conspira contra el bipartidismo. Así lo explica Duverger ("Introducción a la Política", pag. 145) quien sostiene que "La representación proporcional desempeña un papel exactamente contrario. Es decir, que no frena el desarrollo de los nuevos partidos, sino que los registra pasivamente, confiriéndoles a veces una importancia que no tienen, como si fuera una caja de resonancia o un sismógrafo".

Sin embargo, valorando razones en favor y en contra, creemos que es conveniente que el Parlamento sea efectivamente representativo, aunque haya proliferación de partidos. Los países europeos que eligen sus Cámaras con el sistema de la representación proporcional han llegado a fórmulas de convivencia política -mediante el consenso- a fin de resolver sus problemas nacionales o locales. En el Perú, la Asamblea Constituyente de 1978 fue ejemplo de concertación entre los numerosos partidos en ella representados, ejemplo que no se alcanzó en 1963, pero que, con holgura, se practicó en los períodos 1990-92, 2001-2006 y en el actual.

En nuestro país ha regido, primero, el sistema de la simple mayoría o de la mayoría relativa, en virtud del cual era electo Representante el candidato que alcanzaba la mayor votación, cualquiera que fuera el porcentaje. Desde luego, si postulaban al cargo de Senador o Diputado únicamente dos candidatos, uno de ellos obtenía más votos que el otro y representaba a la mayoría de los electores. Pero surgía el problema cuando los candidatos excedían de dos y se agudizaba si habían muchos casos, por la dispersión de los votos, en los que podía acceder a la representación en el Parlamento quien recibía sólo el quince o veinte por ciento de los votos (incluso menos), dejando sin representación a la inmensa mayoría de ciudadanos que sufragaban por los demás candidatos.

Tal sistema electoral se mantuvo en el Perú hasta 1945, cuando los Diputados tenían representación provincial; y los Senadores representación departamental. En 1950 y 1956 se implantó, con restricciones, el sistema empírico de mayoría y minoría, en el que caprichosamente se señaló, de antemano, cuántos cargos correspondían a la mayoría y cuántos a la minoría. Por ejemplo, en Huánuco y Loreto se elegían ocho Diputados (siete por mayoría y uno por minoría), en Arequipa, Ayacucho y La Libertad nueve Diputados (ocho por mayoría y uno por minoría), en Cuzco quince Diputados (once por mayoría y cuatro por minoría), etc.

Si la lista A obtenía la primera votación, con el treinta por ciento de los sufragios, ganaba todos los cargos que correspondían a la mayoría; y la lista B, con el veinticinco por ciento de los sufragios, ganaba sólo 1 cargo o 4 cargos. El cincuenticinco por ciento restante quedaba sin representación.

El estudio de los resultados de las elecciones de 1956 nos permitió afirmar que menos del veinte por ciento de los electores alcanzaron alrededor del sesenta por ciento de las representaciones parlamentarias. Y por tal razón promovimos la reforma electoral.

En el libro "Reforma Parlamentaria", que contiene los discursos de Lord Macaulay (página 14) literalmente se manifiesta: "Guillermo Paley, autor de fines del siglo XVIII, nos dice que de los quinientos cincuenta y ocho miembros que componían la Cámara de los Comunes, doscientos eran nombrados por siete mil electores. En 1793, la Sociedad de Amigos del Pueblo estaba dispuesta a probar que, en Inglaterra y Gales, setenta diputados eran elegidos por treinta y cinco distritos donde apenas había habitantes; que noventa eran elegidos por cuarenta y seis distritos donde no llegaba a cincuenta el número de electores; y treinta y siete por diecinueve distritos cuyos electores no pasaban de ciento. En tanto Birmingham, Leeds, Mánchester, ciudades de cien mil y doscientos mil

habitantes, no tenían representación en el Parlamento. No es posible concebir abuso mayor ni más notorio que la influencia directa de los Pares en la constitución de la Cámara Baja."

En el Perú subsistía, maquillado, un sistema electoral semejante al de la antigua Inglaterra. Los grupos políticos y económicos dominantes se aferraban al sistema. Igual que los Pares ingleses, no querían el cambio.

Ese sistema empírico, nada democrático, motivó que formuláramos una propuesta de legislación electoral para incorporar la representación proporcional, además de otras indispensables reformas. El proyecto respectivo fue presentado al Congreso por los Senadores Miguel Dammert Muelle y Antonio Astete Abril, el 28 de octubre de 1958; pero la mayoría parlamentaria (expresión de la minoría electoral) se negó a debatirlo.

Producido el golpe del 18 de julio de 1962, el gobierno militar designó una Comisión Especial, presidida por el Vocal Supremo Dr. José Tello Vélez y en la cual participó, diligentemente, el doctor Oswaldo Corpancho.

Ante esa Comisión los personeros de algunos de los partidos políticos expresamos nuestras opiniones. El resultado fue altamente positivo. Se dictó el Decreto Ley 14250, en diciembre de 1962, que substancialmente está vigente hasta hoy, bajo la denominación de Texto Único Integrado de la Legislación Electoral (Ley 26343), complementado por la Ley 26486, de 21 de junio de 1995, y normas adicionales.

El Decreto Ley 14250 constituyó la revolución electoral en el Perú. Jamás antes se hizo tanto para que la voluntad del pueblo peruano pudiera ser transparentemente expresada en las ánforas. Nadie sospechó, entonces, que en 1992 y 1995 se le podía sacar la vuelta a la ley y se retornara a las prácticas abominables del soborno y la coacción, sino a la sustitución de las actas electorales, a efectos de crear advenedizas y mediocres mayorías parlamentarias.

Se estableció -en el Decreto-Ley 14250- el escrutinio irrevisable en las Mesas de Sufragios, que debían estar integradas por los ciudadanos con más instrucción, previamente sorteados.

Se introdujo el uso de la "cédula única", que, con los nombres de los candidatos y símbolos de los partidos, debían ser distribuidas por el Jurado Nacional de Elecciones y los organismos de su dependencia a las Mesas de Sufragios.

Se eliminó la intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en la conformación del Jurado Nacional de Elecciones, a fin de que éste sea imparcial.

Se incluyó el sorteo para integrar los Jurados Departamentales de Elecciones. La presidencia de tales Jurados fue ejercida, desde entonces, por un Magistrado jubilado o cesante del Poder Judicial o por el Fiscal más antiguo, a fin de excluir, en lo posible, la influencia oficial.

Sin embargo, todo el esfuerzo hecho para evitar que la voluntad popular sea suplantada o distorsionada, devino inútil en los procesos del 22 de noviembre de 1992, 31 de octubre de 1993, 9 de abril de 1995 y 9 de abril y 28 de mayo de 2000. Lamentablemente, el régimen de Fujimori hizo perder independencia, autonomía e imparcialidad a los Jurados Electorales, pues estos fueron conformados por magistrados provisionales, cuya estabilidad dependía del Poder Ejecutivo, dentro del cual la decisión final la tenía el corrupto-corruptor que fungió de "asesor" presidencial.

En los procesos electorales municipales que se realizaron en el Perú a partir de diciembre de 1963, conforme a la Ley 14669 y supletoriamente al Decreto Ley 14250, se aplicó, sin ninguna limitación, la "cifra repartidora". Como participaron en los comicios municipales tres o más partidos o alianzas o grupos independientes, el sistema de la representación proporcional dio como resultado que, en casi todos los Concejos la mayoría de Regidores fuera adversaria de los Alcaldes. La gestión municipal derivó en ineficiente.

Ante tal hecho, que, además, desprestigiaba al sistema democrático, formulé el correspondiente proyecto de ley, aprobado primero en el Senado y luego en la Cámara de Diputados, que se convirtió en la Ley 23903, según la cual se aplica la "cifra repartidora" para determinar el número de Regidores que corresponde a cada lista, excepto la primera, siempre que la del Alcalde electo alcanzara la mayoría absoluta de los sufragios válidos. En caso que la lista del electo Alcalde sólo ganara con mayoría relativa, le corresponderá la mitad más uno de los Regidores; y la "cifra repartidora" servirá para distribuir los demás cargos de Regidores a las otras listas. Esta solución, que no está en ningún tratado, pero que es fruto de la experiencia, permite que los Concejos Municipales, que son más administrativos que deliberativos, puedan ser eficientes gobiernos locales, si hay naturalmente capacidad y dedicación en quienes reciben la confianza pública.

Debe considerarse, asimismo, la modificación de la legislación electoral municipal y regional a efectos de que las autoridades sean elegidas, necesariamente, con mayoría absoluta de votos, para que, en tal forma, tengan la efectiva representación de la población. En las elecciones de noviembre de 2006 muchos gobiernos municipales y regionales han alcanzado apenas el 20 % de los votos válidos y, en algunos casos, aún menor votación.

En un foro sobre "Sistemas Electorales", organizado por **Transparencia** y **CPEI**, a fines de agosto de 1995, Enrique Chirinos manifestó que en Francia actualmente se estudia modificar la legislación electoral para darle contenido similar al de la Ley 23903; y, en el mismo evento, Henry Pease expresó su desacuerdo con la ley, por cuanto -según su peripecia municipal- era posible llegar a concertar los problemas de la comunidad. Sin embargo, la concertación no se produjo en los casi doscientos municipios provinciales y dos mil municipios distritales, razón por la cual los Alcaldes vieron dificultada su gestión.

La duración y renovación parcial del período parlamentario

De acuerdo a los artículos 55 y 89 de la **Constitución de 1823** el cargo de Diputado duraba cuatro años,

renovándose por mitad cada dos años; y el de Senador doce años, renovándose por tercios cada cuatro años.

Según los artículos 44, 48 y 61 de la **Constitución de 1826**, los Diputados duraban cuatro años, renovándose por mitad cada dos años; los Senadores ocho años, renovándose por mitad cada cuatro años; y los Censores eran vitalicios.

Con arreglo a los artículos 23 y 33 de la **Constitución de 1828**, los Diputados ejercían sus cargos durante cuatro años, renovándose por mitad cada dos años; y los Senadores por seis años, renovándose por tercias partes cada dos años.

Del artículo 50 de la **Constitución de 1834** se infería que los Diputados y Senadores eran elegidos por cuatro años, renovándose por mitad cada dos años.

El artículo 22 de la **Constitución de 1839** dispuso la renovación de la Cámara de Diputados por terceras partes cada dos años y la de Senadores por mitad cada cuatro años. Por tanto, el mandato de los Diputados duraba seis años y el de los Senadores ocho años.

El artículo 53 de la **Constitución de 1856** estableció que el Congreso se renovaba anualmente por terceras partes; y el artículo 56 que, instalado el Congreso, se sacaba, por suerte, la mitad de los Representantes para que formen la Cámara de Senadores, y los demás formaban la Cámara de Diputados. El mandato de unos y otros, por tanto, fue de tres años: el más breve de la historia constitucional.

El artículo 57 de la **Constitución de 1860** estipuló que las Cámaras se renovaban cada bienio por terceras partes, al terminar la Legislatura Ordinaria. Los Senadores y Diputados tuvieron, pues, mandato por seis años.

Por coincidencia, el artículo 57 de la **Constitución de 1867** señaló la renovación del Congreso (unicameral) cada dos años por mitad al terminar la Legislatura Ordinaria. El mandato fue, por ende, de cuatro años.

Dispuso el artículo 70 de la **Constitución de 1920** que la renovación del Poder Legislativo fuera total y simultánea con la del Poder Ejecutivo; que el mandato de ambos Poderes durara cinco años; y que los Senadores y Diputados y el Presidente de la República fueran electos por voto popular directo. Los artículos 93 y 95 (versión original) de la **Constitución de 1933** fijaron en cinco y seis años la duración del mandato de los Diputados y de los Senadores. Una reforma posterior estableció que el mandato presidencial y legislativo tenía duración de seis años.

Los artículos 166 y 167 de la **Constitución de 1979** señalaron en cinco años el mandato de los Diputados y Senadores.

La legislación comparada contiene disposiciones interesantes.

En Bolivia, los Diputados y los Senadores son elegidos para un período de cuatro años (artículos 60 y 65).

En Colombia los Senadores y los Representantes tienen, también, un período de cuatro años (artículos 132 y 172).

En Ecuador (régimen parlamentario unicameral, en proceso de reforma) el mandato es de cuatro años (artículo 57).

En Argentina el período de los Diputados es de cuatro años y el de los Senadores de nueve años (artículos 42 y 47).

En Brasil los parlamentarios son elegidos por cuatro años (artículo 44).

En Chile los Diputados tienen mandato por cuatro años y los Senadores por ocho años (artículos 43 y 45).

En Paraguay Senadores y Diputados duran en sus cargos cinco años (artículo 136).

En Uruguay los Representantes y los Senadores tienen mandato por cinco años (artículos 89 y 97).

Puede afirmarse, por tanto, que predomina en América del Sur el mandato parlamentario por cuatro o cinco años y, excepcionalmente, por más tiempo tratándose de los Senadores.

La Constitución Española de 1978 (artículos 66, 68 y 69) indica que las Cortes Generales están conformadas por el Congreso de los Diputados y el Senado; y ambas Cámaras tienen una duración de cuatro años, salvo el caso de disolución.

Y, como hemos visto, la constante históricoconstitucional ha sido, en el Perú, de períodos parlamentarios de cuatro a seis años, constantemente interrumpidos por actos de fuerza.

Como regla general, se comprueba que la reelección parlamentaria está permitida en todos los países, por cuanto la función requiere cierta especialización y mucha experiencia. La doctrina, a este respecto, es casi unánime.

Así, Sebastián Soler enseña que "Todo legislador trabaja dentro de un mundo de creaciones culturales preexistentes. Por eso el aspecto receptivo de la función legislativa es mucho más importante que la creadora, porque aun en el caso de sancionarse reformas profundas, éstas solamente adquieren sentido en relación a un derecho anterior."

Por su parte, Berolzheimer indica que "En las ciencias que se ocupan de las ciencias del espíritu, sólo el método histórico puede conducirnos por vías de progreso. Ello es debido a la naturaleza de la civilización. En ella hay por todas partes un fluir continuo de evolución. Un nuevo desarrollo no es nunca completamente nuevo. No surge como si surgiera de la nada, sino que más bien promueve y gradualmente cambia algo que ya existía. Hay adiciones y alteraciones, pero no creaciones radicalmente nuevas."

El derecho, según Von Ihering (citado por Soler), es un "precipitado" de la historia o como un "depósito de la razón de millares de individuos."

Si bien es verdad que los chinos descubrieron la pólvora, hace centenares de años, no podemos aceptar el cuento

de que en 1990 recién empieza la verdadera historia del Perú. La gloria de Grau y Bolognesi y la vida ejemplar de Castilla, Piérola, Cáceres, Bustamante y Rivero y tantos ilustres compatriotas enaltece a todos los peruanos. Nuestros muertos han hecho la República.

Hay Constituciones, como las de México y Ecuador, que prohíben o restringen la reelección de los parlamentarios. En el Perú la constante fue y es permitir la reelección, en cuyo caso (salvo la Carta de 1979) se permitía renunciar al cargo.

La renovación parcial del Parlamento es tema en el debate público. Lo será siempre. Como ya se ha visto, las Constituciones establecieron que el Parlamento se renovaba por mitades o por terceras partes, hasta 1920. Incluso, posteriormente, la Constitución de 1933 estableció, también, la renovación por tercios del nonato Senado Funcional.

No es, pues, novedosa la idea. Puede ser una válvula de escape para la opinión pública. Pero la renovación por partes debilita al Presidente de la República, si pierde la elección parlamentaria parcial. Es, por lo tanto, un ingrediente eventual de inestabilidad política, como lo señaló, hace más de cincuenta años, Manuel Vicente Villarán.

Además, la renovación parcial del Parlamento está atada al sistema electoral. Cuando hay representación proporcional resulta difícil establecer la renovación parcial.

La punición de las infracciones constitucionales

El problema del Perú estribaba, en 1992, no en las deficiencias de la Constitución, sino en su incumplimiento por el Presidente de la Nación, no obstante que juró respetarla, cuando asumió el mando.

El nudo gordiano era y es encontrar la fórmula que permita, en cualquier tiempo, sancionar drásticamente a quienes, abusando del gobierno, interrumpen el ordenamiento jurídico.

Conviene recordar que todas nuestras Constituciones han tenido algunas normas relativas a esta cuestión.

Esa fue la preocupación permanente de quienes, desde la fundación de la República, participaron en la elaboración de las diversas Cartas Políticas.

El artículo 29 de la **Constitución de 1823** previno que "Ninguno de los tres Poderes podrán ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos." Los artículos 188 y 189 de esa Carta dispusieron que todo funcionario público, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución y que el Presidente de la República "jurará ante el Congreso."

El artículo 10 de la **Constitución de 1826** prescribió que "Cada Poder ejercerá las atribuciones que le señala la Constitución, sin excederse de sus límites respectivos." Esta y otras normas constitucionales quedaron inmediatamente en suspenso, en la medida que Bolívar requiriera dictar disposiciones distintas para preservar la independencia y liberar del dominio español los territorios ocupados.

El artículo 9 de la **Constitución de 1828** indicó que "Ninguno de los tres Poderes podrá salir jamás de los límites prescriptos por esta Constitución." El mismo texto fue repetido por los artículos 9 y 14 de las Cartas de 1834 y 1839.

El artículo 42 de la **Constitución de 1856** expresó que "Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno pueda salir de los límites prescritos por esa Constitución".

El artículo 43 de la **Constitución de 1860** declaró que "Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución."

El artículo 44 de la **Constitución de 1867** reprodujo el texto anterior: "Ejercen funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución."

El artículo 69 de la **Constitución de 1920** mantuvo la misma redacción: "Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ningún de ellos pueda salir de los límites prescritos por la Constitución."

El artículo 1 de la **Constitución de 1933** estableció que "El Perú es República democrática. El Poder emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen". La redacción es distinta a la tradicional, pero se mantuvo el criterio del ejercicio del poder por los funcionarios "con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen". El artículo 140 se refirió al juramento del Presidente, ante el Congreso, pero sin indicar la obligación de guardar y hacer guardar la Constitución; pero era, en todo caso, aplicable el artículo 12, de acuerdo al cual "Nadie podrá ejercer las funciones públicas designadas en esta Constitución, si no jura cumplirla."

La necesidad de poner límites al ejercicio de la función pública, para prevenir abusos se reflejó en algunos otros preceptos de nuestras Constituciones. El artículo 15 de la **Carta de 1823** declaró que "La fidelidad de la Constitución, la observancia de las leyes, y el respeto a las autoridades, comprometen de tal manera la responsabilidad de todo peruano, que cualquiera violación en estos respectos lo hacen delincuente."

Una de las atribuciones de la **Cámara de Censores**, según el artículo 60, inciso 7, de la **Constitución de 1826**, fue la de "Condenar a oprobio eterno a los usurpadores de la autoridad pública, a los grandes traidores y a los criminales insignes."

El artículo 173 de la **Constitución de 1834** sentenció que "No se conocen otros medios legítimos de obtener el mando supremo de la República que los designados en esta Constitución. Si alguno usurpare el ejercicio del Poder Ejecutivo por medio de la fuerza o de alguna

sedición popular, por el solo hecho pierde los derechos políticos, sin poder ser rehabilitado. Todo lo que obrare será nulo y las cosas volverán al estado en que se hallaban antes de la usurpación, luego que se restablezca el orden."

El artículo 5 de la **Constitución de 1856** declaró que "Nadie puede arrogarse el título de soberano: el que lo hiciere comete un atentado de lesa patria" y el artículo 10 que "Es nula y sin efecto cualquier en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes."

El artículo 5 de la **Constitución de 1860** repitió que "nadie puede arrogarse el título de soberano: el que lo hiciere, comete un atentado de lesa patria." Y el artículo 10 de la misma Carta manifestó que "Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos designados por la Constitución y las leyes."

Asimismo, el artículo 4 de la **Constitución de 1867** reprodujo el mismo precepto de que "Nadie puede arrogarse el título de soberano: el que lo hiciere comete un atentado de lesa patria" y en el artículo 10 expresó que "Son nulos los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos designados por la Constitución y las leyes" y adicionó, en el artículo 9, que "La Nación no es responsable de las obligaciones que contraigan o de los pactos que celebren los gobiernos de hecho, aun cuando imperen en la Capital de la República, a no ser que esas obligaciones y esos actos fuesen aprobados por un Congreso Nacional."

El artículo 13 de la **Constitución de 1920** reiteró que "Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos establecidos por esta Constitución y por las leyes".

El artículo 19 de la **Constitución de 1933**, asimismo, declaró que "Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos que prescriben la Constitución y las leyes."

Hay, pues, tradición constitucional respecto a la nulidad **ipso jure** de los actos de los usurpadores de la función pública. Sin embargo, la preocupación inicial del Congreso Constituyente Democrático, incluyendo a algunos prominentes miembros de la minoría, fue legitimar los actos de usurpación de la función pública perpetrados a partir del 5 de abril de 1992, para cuyo efecto se dictó la Ley Constitucional de 6 de enero de 1993.

La inviolabilidad de los parlamentarios

Quienes ejercen funciones parlamentarias, en representación del pueblo, no pueden estar sujetos a eventuales actos de represalia o de acosamiento por decisión de las autoridades que integran el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial o el Ministerio Público, a fin de tener la necesaria libertad para expresar sus opiniones y emitir sus votos.

La inviolabilidad es el atributo que permite al parlamentario no ser responsable, ante ninguna autoridad, por los votos u opiniones que vierte en el ejercicio de sus funciones. La inmunidad implica que ningún miembro del Parlamento puede ser preso ni perseguido, salvo flagrante delito, caso en el cual debe ser puesto de inmediato a disposición de la Cámara (o del Congreso) a que pertenece.

Nuestro derecho constitucional ha reconocido la inmunidad y la inviolabilidad de los parlamentarios. Incluso, en algún período (182834) no permitió siquiera que sean civilmente enjuiciados.

El artículo 57 de la **Constitución de 1823** expresó que "Los Diputados son inviolables por sus opiniones, y jamás podrán ser reconvenidos ante la ley por las que hubieren manifestado en el tiempo del desempeño de su comisión". No incluyó norma semejante respecto de los miembros del Senado Conservador.

Los artículos 32 y 33 de la **Constitución de 1826** establecieron que "Ningún individuo del Cuerpo Legislativo podrá ser preso durante su diputación, sino por orden de su respectiva Cámara, a menos que sea sorprendido *infraganti* en delitos que merezcan pena capital; y que "Los miembros del Cuerpo Legislativo serán inviolables por las opiniones que emitan dentro de sus Cámaras en el ejercicio de sus funciones". Estas normas comprendían a los Tribunos, Senadores y Censores.

Los artículos 42 y 43 de la **Constitución de 1828** declararon que "Los Diputados y Senadores son inviolables por sus opiniones y jamás podrán ser reconvenidos ante la ley por las que hubieren manifestado en el desempeño de su comisión" y que "Mientras duren las sesiones del Congreso, no podrán los Diputados y Senadores ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas. En las acusaciones criminales contra algún miembro de las Cámaras, desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cesado su cargo no podrá procederse sino conforme al artículo 31" (declaración del Senado de haber lugar a formación de causa).

Los artículos 45 y 46 de la **Constitución de 1834** eran de contenido semejante.

El artículo 17 de la **Constitución de 1839** señaló que "Los Diputados y Senadores son inviolables por sus opiniones en el desempeño de su cargo". Y el artículo 18 declaró que "Los Diputados y Senadores, no pueden ser acusados o presos desde el día de su elección, hasta tres meses después de concluidas las sesiones, sin previa autorización del Congreso, con conocimiento de causa, y en su receso del Consejo de Estado, a no ser en caso de delito infraganti, en el que será puesto inmediatamente a disposición de su Cámara respectiva, o del Consejo de Estado."

Los miembros del Consejo de Estado no gozaban de esta prerrogativa.

Los artículos 50 y 51 de la **Constitución de 1856** precisaron

que "Los Representantes son inviolables en el ejercicio de sus funciones" y que "Los Representantes no pueden ser arrestados ni acusados durante las sesiones sin previa autorización del Congreso. Sólo en el caso de delito *infraganti*, podrán ser arrestados y se les pondrá inmediatamente a disposición del Congreso."

Los artículos 54 y 55 de la **Constitución de 1860** son similares, con la variante de la referencia a la Comisión Permanente, en caso de receso del Congreso.

Los artículos 53 y 54 de la **Constitución de 1867** concordaron con los ya referidos de la de 1856.

El artículo 80 de la **Constitución de 1920** estableció que "Los Senadores y Diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones y no pueden ser acusados ni presos sin previa autorización de las Cámaras a que pertenezcan desde un mes antes de abrirse las sesiones hasta un mes después de cerradas; excepto *infraganti* delito, en cuyo caso serán puestos inmediatamente a disposición de su respectiva Cámara."

Los artículos 104 y 105 de la **Constitución de 1933** declararon que "Los Diputados y los Senadores no son responsables ante ningún tribunal, ni ante ninguna autoridad por los votos u opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones" y que "Los Senadores y los Diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones, y no pueden ser acusados ni presos sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen, desde un mes antes de abrirse la legislatura hasta un mes después de cerrada, excepto en flagrante delito, en cuyo caso serán puestos dentro de las 24 horas a disposición de su respectiva Cámara."

La **Constitución de 1979** contuvo una norma más amplia:

"Los Senadores y Diputados representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo.

No son responsables ante autoridad ni tribunal algunos por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones.

No pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición de su respectiva Cámara o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que autoricen o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento."

Este precepto insume varias disposiciones tratadas separadamente en Cartas anteriores; pero, a diferencia de ellas, amplía la inviolabilidad de los Senadores y Diputados al período comprendido entre la elección y un mes después de cesar en el cargo. La primera fecha es imprecisa, pues el resultado oficial de la elección se conoce, en la práctica, semanas después de la fecha de los comicios. Igual criterio tiene la Constitución de 1993.

El debate parlamentario respecto del levantamiento de la inmunidad y de la suspensión de los congresistas debe ser público, a fin de que los ciudadanos estén cabalmente informados de las decisiones que, en cada caso, adopta el Congreso.

La inmunidad parlamentaria no puede ser absoluta. Las expresiones difamatorias de los miembros del Congreso, fuera del debate, no pueden estar exentas de la responsabilidad prevista en el Código Penal; ni tampoco los otros delitos que puedan perpetrar.

La incompatibilidad de funciones y la dedicación exclusiva de los Congresistas

El ejercicio a exclusividad de la función parlamentaria ha sido y es objeto de discusión permanente, tanto en el Perú como en otros países.

El primer **Congreso Constituyente**, instalado el 20 de setiembre de 1822, acordó que sus miembros no se ocuparan de asuntos vinculados con gestiones administrativas o judiciales.

El artículo 58 de la **Constitución de 1823** dispuso que "Ningún Diputado durante su diputación, podrá obtener para sí, ni pretender para otro, empleo, pensión, o condecoración alguna, si no es ascenso de escala en su carrera". Se privilegió a los militares, integrantes del Congreso, que sí podían ascender. En cuanto a los Senadores no hubo norma alguna.

El artículo 39, inciso 3, de la **Constitución de 1826** señaló, entre las restricciones del Cuerpo legislativo (Tribunos, Senadores y Censores), que "Ningún miembro de las Cámaras podrá obtener para sí, durante su diputación, sino el ascenso en su carrera." La misma excepción de privilegio.

El artículo 45 de la **Constitución de 1828** repitió que "Ningún miembro de las dos Cámaras podrá obtener para sí, durante su comisión, sino el ascenso de escala en su carrera."

Los artículos 47 y 48 de la **Constitución de 1834** declararon que "El nombramiento de Senadores y Diputados es irrevocable por su naturaleza; pero se pierde:

1. Por delito juzgado y sentenciado según los artículos 333 y 101, atribución 5a.

2. Por aceptar el nombramiento de Presidente de la República, el de Consejero de Estado, el de Ministro de Estado, el de Agente Diplomático, el de Vocal de la Corte Suprema de Justicia, y la presentación a Obispado" y que "Los Diputados y Senadores no pueden obtener los demás empleos sin el permiso de su respectiva Cámara."

La redacción de ambas normas es inapropiada. Daba margen a suponer, por ejemplo, que los Senadores y Diputados podían ser nombrados Vocales de las Cortes Superiores, con permiso de sus respectivas Cámaras; o que cualquiera de aquéllos podía ser propuesto para Obispo.

El artículo 21 de la **Constitución de 1839** declaró que "Los Diputados y Senadores durante sus sesiones, no pueden admitir empleo, sino el de escala, conforme a la ley."

El artículo 52 de la **Constitución de 1856** expresó que "Vaca de hecho el cargo de Representante por admitir, durante su período, cualquier empleo, cargo o beneficio, cuyo nombramiento o presentación dependa exclusivamente del Poder Ejecutivo."

Fue la primera vez que se hizo referencia a la vacancia de hecho.

El artículo 56 de la **Constitución de 1860** reitera que "Vacan de hecho los cargos de Senador y Diputado, por admitir cualquier empleo, cargo o beneficio, cuyo nombramiento o presentación dependa exclusivamente del Poder Ejecutivo."

La misma fórmula empleó el artículo 56 de la **Constitución de 1867**.

Los artículos 77 y 81 de la **Constitución de 1920** dispusieron que "Hay incompatibilidad entre el mandato Legislativo y todo empleo público, sea de la administración nacional, sea de la local. Los empleados de Beneficencia o de Sociedades dependientes en cualquier forma del Estado, se hallan incluidos en esta incompatibilidad" y que "Vacan de hecho los cargos de Senador y Diputado, por admitir cualquier empleo, cargo o beneficio cuyo nombramiento, presentación o propuesta haga el Poder Ejecutivo. Sólo se exceptúa el cargo de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, con la aprobación de la Cámara respectiva y no pudiendo en tal caso prolongarse la ausencia del Diputado o Senador en Comisión por más de una Legislatura Ordinaria. Podrán aceptarse, igualmente, comisiones gratuitas del Poder Ejecutivo."

Los artículos 101, 102 y 103 de la **Constitución de 1933** declararon, respectivamente, que "Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquiera función pública, sea de la administración nacional, sea de la departamental o de la municipal. Están comprendidos en esta incompatibilidad los empleados de las Sociedades Públicas de Beneficencia, de los Concejos Departamentales o Municipales y de las corporaciones dependientes en alguna forma del Poder Ejecutivo"; que "La ley fijará las incompatibilidades entre el mandato legislativo y los cargos de gerente, apoderado, gestor o abogado de empresas extranjeras o nacionales que tengan contratos con el Estado, exploten fuentes nacionales de producción o administren rentas o servicios; o de instituciones en las que intervenga directa o indirectamente el Poder Ejecutivo", y que "Vaca de hecho el mandato legislativo por admitir cualquier empleo, cargo o beneficio cuyo nombramiento o cuya presentación o propuesta corresponda al Poder Ejecutivo. Se exceptúa el cargo de Ministro de Estado. Exceptúase también el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, con la aprobación de la respectiva Cámara, sin que pueda, en este caso, prolongarse la ausencia del Diputado o del Senador en comisión por más de un año. Podrán aceptarse, igualmente, comisiones gratuitas del Poder Ejecutivo, previa la autorización de la respectiva Cámara."

Los artículos 173, 174 y 175 de la **Constitución de 1979**, respectivamente, establecieron:

" Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, excepto la de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, previa autorización, en este último caso, de la Cámara respectiva.

También hay incompatibilidad con la condición de gerente, apoderado, representante, abogado, accionista mayoritario, miembro del directorio de empresas que tienen contratos de obras o aprovisionamiento con el Estado o administran rentas o servicios públicos.

Asimismo hay incompatibilidad con cargos similares en empresas que, durante el mandato del Representante, obtengan concesiones del Estado.

Los Senadores y Diputados están prohibidos:

1. De intervenir como miembros del directorio, abogados, apoderados, gestores o representantes de bancos estatales y de empresas públicas o de economía mixta.
2. De tramitar asuntos particulares de terceros ante los órganos del Poder Ejecutivo, y
3. De celebrar por sí o por interpósita persona contratos con la administración pública, salvo las excepciones que establece la ley".

Todas las normas constitucionales, con más o menos amplitud o precisión, han pretendido y pretenden dos objetivos fundamentales: primero, que los Senadores y los Diputados no hagan uso abusivo de sus funciones, procurando para sí o para terceros ventajas indebidas; y, segundo, que los Representantes a Congreso estén excluidos de toda maniobra del Poder Ejecutivo dirigida a que pierdan la probidad e independencia con la cual deben desempeñar sus funciones.

Las excepciones se justifican parcialmente. Hay casos en que por la especial versación de la Representantes, estos deben desempeñar comisiones internacionales, de corta duración, en beneficio del país.

La disposición contenida en el punto 3 del artículo 174 de la **Constitución de 1979** se justificó en razón de que son empresas de la administración pública las que tenían a su cargo, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica, el agua potable y el transporte aéreo.

Las propias Constituciones no incluyeron normas que prohibieran a los Representantes a Congreso ejercer otras actividades.

La redacción de algunos de los preceptos constitucionales, antes transcritos, reflejaba cierta impropiedad, pues limitaron la prohibición de no aceptar empleos del Poder Ejecutivo sólo al tiempo en que duren las sesiones, hecho del cual se podría inferir que, cuando no había Legislatura, no funcionaba la prohibición. Sin embargo, es presumible que la intención de los constituyentes fue que la prohibición abarcara todo el período del cargo parlamentario.

La labor parlamentaria no se limitó ni se limita a la asistencia a las sesiones plenarias del Congreso (y de las Cámaras, en el sistema bicameral), sino que incluyó e incluye el trabajo en las comisiones dictaminadoras o investigadoras, sin sujeción a horario ni a días hábiles. Además, tienen los Congresistas el deber de visitar el país para conocer las necesidades de los pueblos y fiscalizar la administración del Estado; y preparar los proyectos de ley y los pedidos y mociones que requiere la gestión congresal.

Aparte de todo ello, los Representantes atienden (o deben hacerlo) a comisiones y a personas que exponen criterios o problemas en relación a los asuntos que debate el Parlamento, a la vulneración de los derechos humanos y a actos arbitrarios de las autoridades.

La dedicación exclusiva al ejercicio de sus atribuciones es tema de frecuente debate. La cuestión tiene evidente importancia. Se vincula a la eficiencia en la labor del Congresista. Sin embargo, la experiencia acredita que los Representantes que tenían y ejercían sus profesiones en la medicina, la abogacía, la ingeniería, la industria, etc., rindieron mejor que los otros, en todos los períodos parlamentarios.

El rendimiento o la eficiencia son inherentes a la formación de cada persona. No se exige ningún requisito previo de capacidad que, además, sería antidemocrático y de difícil comprobación. Siendo los analfabetos ciudadanos, pueden, también, ser elegidos, si cumplen los requisitos establecidos en la Constitución para cualquier función pública, incluyendo la Presidencia de la República, por lo cual se hace imperativa la reforma pertinente. En todos los países de América Latina, sin ninguna excepción, los Parlamentarios perciben mayor remuneración que en el Perú, a pesar de que el coste de vida es aquí más elevado; pero no puede admitirse que se exagere la percepción de sobresueldos encubiertos.

Los miembros del Congreso acceden a sus cargos después de hacer campaña electoral, que tiene un costo más o menos elevado. Los otros funcionarios reciben sus nombramientos sólo por sus méritos personales o sus vinculaciones políticas, y sin ningún egreso económico.

La duración y el quórum de las Legislaturas

Las Legislaturas del Congreso de la República (prescindiendo de toda referencia a las interrupciones por actos de fuerza) han tenido duración variable.

El período de sesiones se iniciaba cada año el **20 de setiembre**, según los artículos 53 y 29 de las Constituciones de 1823 y 1826, respectivamente; el **29 de julio**, conforme a los artículos 34 y 39 de las Constituciones de 1828 y 1834; y el **28 de julio**, de acuerdo a los artículos 44, 48, 52, 50, 72 y 78 de las Constituciones de 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933. La Carta de 1979 no señaló fecha precisa sobre instalación del Congreso, pero las Cámaras se instalaban el 27 de julio de cada año y, por lo tanto, en esa misma fecha debía hacerlo el Congreso, sin perjuicio de la sesión solemne para que jure el Presidente de la República (y para que lea sus mensajes anuales), el 28 de julio, en aplicación del artículo 208.

En la **Constitución de 1823** (artículo 53) el Congreso, cada año, se reunía el 20 de setiembre, permaneciendo en sus sesiones tres meses consecutivos y, en caso necesario, podía continuarlas por otro mes más. Convocado por el Senado, se reunía el Congreso Extraordinario, para declarar la guerra, hacer tratados de paz o en otras circunstancias de igual gravedad (artículo 90, inciso 3).

No había norma expresa sobre quórum. Sin embargo, para la aprobación de un proyecto de ley y su sanción era indispensable la pluralidad absoluta de los Diputados presentes, que no deberán ser menos de los dos tercios de la totalidad de ellos (artículo 71).

En la **Constitución de 1826**, las tres Cámaras (Tribunos, Senadores y Censores) sesionaban dos meses cada año (artículo 34). A pedido del Presidente de la República el Cuerpo Legislativo podía prorrogar sus sesiones hasta por treinta días (artículo 83, inciso 7).
No existió regla alguna sobre el quórum. La aprobación de los "negocios" de Estado requería mayoría absoluta de los miembros presentes (artículo 37).

En la **Constitución de 1828** (artículo 34) las dos Cámaras sesionaban, anualmente, durante noventa días continuos, y podían prorrogar sus sesiones por treinta días más.
El quórum para sesionar, en las dos Cámaras, era de dos tercios del total de sus respectivos miembros; y los presentes compelían a los ausentes para que concurrieran a llevar sus deberes (artículo 38).

Igual duración tenía el Congreso según la **Constitución de 1834** (artículo 35).
El artículo 38 de esta Carta exigió dos tercios del total de los miembros de cada una de las Cámaras para la apertura de la sesión anual y la mayoría absoluta del total de miembros de cada Cámara para las sesiones siguientes.

La **Constitución de 1839** (artículo 44) fijó en noventa días útiles, prorrogables por treinta días más, la reunión anual del Congreso (artículo 44). Empero, "En lo sucesivo se reunirán cada dos años, de forma que la siguiente legislatura abra sus sesiones el 28 de julio de 1843, y así progresivamente" (artículo 45).

Respecto al quórum: "No se puede hacer la apertura de la sesión bienal, con menos de los dos tercios de los miembros de cada una de las Cámaras" (artículo 48).

El Congreso podía reunirse extraordinariamente, por convocatoria del Presidente de la República (artículo 87, incisos 3 y 4).

La **Constitución de 1856** (artículo 48) dispuso que la duración ordinaria del Congreso era de cien días perentorios y la extraordinaria para el objeto de su convocatoria, pudiendo ser menor; y el quórum (artículo 49) no menos de los dos tercios del número total de Representantes.

La **Constitución de 1860** (artículo 52) indicó que "El Congreso ordinario se reunirá cada dos años el 28 de julio,

con decreto de convocatoria o sin él; y el extraordinario, cuando sea convocado por el Poder Ejecutivo.
La duración del Congreso ordinario será de cien días útiles; el extraordinario terminará llenado el objeto de la convocatoria; sin que, en ningún caso, pueda funcionar más de cien días útiles."
En cuanto a quórum (artículo 53) declaró que "Para que pueda instalarse el Congreso, es preciso que se reúnan los dos tercios de cada una de las Cámaras."

La **Constitución de 1867** (artículo 51) fijó en noventa días naturales y perentorios la duración del Congreso Ordinario; y el Extraordinario terminaba llenado que fuera el objeto de la convocatoria; sin que, en tal caso, pueda funcionar más de cuarenta y cinco días naturales. Para la apertura del Congreso se requería no menos de los dos tercios del número total de Representantes (artículo 52).

En la **Constitución de 1920** (artículo 78) el Congreso ordinario funcionaba cuando menos noventa días al año y ciento veinte días cuando más. El Congreso ordinario no podía clausurarse sino vencido su período máximo. Los Congresos Extraordinarios tenían las mismas facultades que los Ordinarios, dando preferencia a los asuntos que fueran materia de la convocatoria.
El artículo 79 exigió como quórum para instalarse el Congreso el setenta por ciento de los miembros de cada Cámara.

La **Constitución de 1933** (artículo 107) fijó en ciento veinte días naturales la duración de la Legislatura Ordinaria. Por convocatoria del Presidente de la República (a iniciativa propia o a pedido de la mitad más uno de los miembros del Congreso), la Legislatura Extraordinaria debía tener fechas de instalación y de clausura (artículo 108).
El quórum para la instalación fue del cincuenta y cinco por ciento del número legal de miembros de cada una de las Cámaras (artículo 109).
En Legislatura Extraordinaria el Congreso tenía las mismas funciones que en Legislatura Ordinaria, dando preferencia a los asuntos materia de la convocatoria (artículo 111).

La **Constitución de 1979** (artículo 168) determinó que el Congreso se reunía en legislatura ordinaria dos veces al año. La primera legislatura comenzaba el 27 de julio y terminaba el 15 de diciembre. La segunda se abría el primero de abril y terminaba el 31 de mayo.
El Congreso se reunía en legislatura ordinaria a iniciativa del Presidente de la República o a pedido de por lo menos dos tercios del número legal de representantes de cada Cámara.

En la convocatoria, se fijaban la fecha de iniciación y la de clausura.

Las legislaturas extraordinarias sólo trataban de los asuntos materia de la convocatoria. Su duración no podía exceder de 15 días.

El quórum para la instalación del Congreso en Legislatura Ordinaria o Extraordinaria era de la mitad más uno del número legal de miembros de cada Cámara (artículo 169).

Las disposiciones constitucionales transcritas persuaden que, salvo el caso de la Constitución de 1839 (que dispuso la reunión bienal del Congreso), todas las demás Cartas Políticas establecieron que el Parlamento se reunía anualmente, en legislatura ordinaria, cuya duración varió de noventa días útiles a ciento veinte días naturales.

Excepción a esa regla fue la Constitución de 1979, que dispuso dos legislaturas ordinarias, fijando las fechas de iniciación y de clausura de cada una de ellas.

El quórum para la instalación del Congreso era, inicialmente, de dos terceras partes de sus miembros; reduciéndose al cincuenta y cinco por ciento, en la Constitución de 1933 y a la mitad más uno en la de 1979. Lo ocurrido en 1947 y 1948 en el Senado de la República, cuando era indispensable el quórum del cincuenta y cinco por ciento para la instalación de esa Cámara y del Congreso, motivó, presumiblemente, a los miembros de la Asamblea Constituyente de 1978, a reducir el quórum a la mitad más uno de los miembros de cada una de las Cámaras, para la instalación de éstas y del Congreso. Sin embargo, ese no es, en mi opinión, el remedio más adecuado, porque facilita (o promueve) el ausentismo en las sesiones del Parlamento. Lo que se requiere es, precisamente, la solución inversa: aumentar el quórum y sancionar a los renuentes.

Me parece necesario, en efecto, que el quórum para la instalación y el funcionamiento del Congreso sea de las dos terceras partes de sus miembros; que si hay inconcurrencia persistente de los Senadores o Diputados, se proceda a llamar a los accesitarios; y que en las Legislaturas Extraordinarias se traten, preferentemente, los asuntos que motivan la convocatoria, sin perjuicio de los otros que las Cámaras estén en aptitud de aprobar.

Así se haría menos engorrosa la labor parlamentaria y se excluiría del Congreso a quienes, con su ausencia, no honran la confianza que recibieron de los pueblos.

Los asuntos que sean necesarios tratar en el Congreso pueden ser objeto de la correspondiente Legislatura Extraordinaria, cuya duración puede ser hasta de sesenta días.

La última Segunda Legislatura Ordinaria de cada período, entre abril y mayo, coincide con el período electoral y, definitivamente, como lo acredita la experiencia, la mayor parte de los que concluyen su período parlamentario no alcanza la reelección. Se trata de una Legislatura Ordinaria con Representantes que ya no representan la voluntad popular.

Hay opiniones en contrario. Se basan en que es peligroso que falte control del Parlamento en un período trascendente para el país, en el cual el Poder Ejecutivo puede perpetrar excesos, especialmente para torcer la voluntad del pueblo. Ese riesgo se evita, en mi concepto, convocando, si es preciso, a Legislatura Extraordinaria, para cuyo efecto debe quedar suficientemente clara la norma constitucional que atribuya al Presidente del Congreso la facultad de convocarla, a pedido de la mitad más uno de los miembros de cada Cámara; sin perjuicio

de la potestad del Presidente de la República de hacer la convocatoria a Legislatura Extraordinaria, cuando lo considere conveniente.

Alternativamente, la Comisión Permanente del Congreso (que existió durante la vigencia de la Constitución de 1860 y fue revivida por la de 1979) debe tener atribuciones adicionales a efectos de prevenir el autoritarismo.

Una de esas atribuciones debe ser la de declarar la vacancia de la Presidencia de la República cuando quien la ejerce, obsesionado o no por la concupiscencia del poder, impida la reunión o el funcionamiento del Congreso o cometa otras graves infracciones constitucionales.

La Constitución de 1993 no determina los períodos de las legislaturas ordinarias. En el Reglamento del Congreso se subsana la omisión: la primera legislatura se inicia el 27 de julio y concluye el 15 de diciembre, y la segunda legislatura empieza el 1 de marzo y termina el 15 de junio. Además, se deja a criterio del Presidente del Congreso ampliar dichas legislaturas, sin perjuicio de las extraordinarias.

El vacío constitucional permitió que, previa modificación del Reglamento del Congreso, se estableciera dos legislaturas ordinarias, entre el 27 de julio y el 15 de diciembre de 2000, a fin de reformar la Constitución y reducir a un año el período presidencial y congresal emanado del fraude 1995-2000.

El régimen presidencial y el régimen parlamentario

Las atribuciones del Presidente de la República y las del Poder Legislativo han variado, según el examen que hemos practicado, en cada una de las Constituciones. Han sido transferidas algunas facultades del Congreso al Poder Ejecutivo, y viceversa.

Las Constituciones de 1933 y 1979 han sido explícitas en cuanto a permitir que los Ministros puedan ser llamados al Congreso o a las Cámaras, para participar en los debates (además de su concurrencia espontánea, facultativa).

En la Carta de 1933 cualquiera de las Cámaras podía interpelar a los Ministros y, también, podía hacerlo el Congreso en pleno. La interpelación a los Ministros es atribuida exclusivamente a la Cámara de Diputados en la Constitución de 1979.

Al margen de las atribuciones de cada Poder, la realidad acredita que no sólo por ser quien personifica a la Nación, sino por ser –frecuentemente– adalid del pueblo, el Presidente de la República tiene un poder incuestionable en la vida de la Nación.

Luego de su instalación, el 20 de setiembre de 1822, el primer Congreso Constituyente designó, de su seno, una Junta Gubernativa, integrada por La Mar, Alvarado y el Conde de Vista Florida, para que asumiera la administración de la República. "Tres no se unen para oprimir", dijo Sánchez Carrión. Se ensayó un gobierno parlamentario, que no dio resultado. Fue reemplazada por el Presidente Riva Agüero. La Junta Gubernativa dictó la ley de 15 de octubre de 1822, que contuvo los Capítulos referentes al Poder Ejecutivo Provisional, a las obligaciones de la Junta Gubernativa con relación al Congreso, con relación al Poder Judiciario, con relación al Tesoro Público, con relación al gobierno interior del Estado, con relación a los negocios diplomáticos, con relación a la fuerza armada y sobre el despacho de los negocios. Igualmente, promulgó la ley de 17 de diciembre de 1822, con las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, integrada por 24 artículos. La primera lleva la firma de Javier de Luna Pizarro, José Sánchez Carrión y Francisco Javier Mariátegui, Presidente y Secretarios del Congreso; y la segunda está firmada por todos los integrantes del Congreso. Después de la Presidencia "vitalicia" de Bolívar, los textos constitucionales se decidieron por el sistema presidencial, más o menos atenuado. La personalidad o el control de la fuerza derivó en que asumieran el mando del Perú sucesivos caudillos militares, hasta 1872. Después, se intercalaron los gobiernos de hecho con otros, real o aparentemente, emanados de la voluntad de los ciudadanos.

De acuerdo a la teoría del Derecho, el gobierno es parlamentario cuando el Ejecutivo está subordinado al Legislativo; y es el gobierno presidencial cuando el Presidente designa su Consejo de Ministros, sin que la función de estos pueda ser objeto de censura ni remoción por el Congreso, como es el caso de los Estados Unidos de América.

Como se indicó al tratar de la Constitución de 1860, en el artículo 103 de esa Carta se dispuso que los Ministros estaban obligados a contestar las interpelaciones que se les hicieran. Tal norma está repetida literalmente en el artículo 95 de la Constitución de 1867. Pero la Constitución de 1920 fue más allá. En su artículo 133 estableció que los Ministros contra los cuales alguna de las Cámaras emitía un voto de falta de confianza no podían continuar en sus cargos.

Se acentuó la autoridad del Parlamento en la Constitución de 1933, que permitió al Congreso y a ambas Cámaras censurar al Gabinete o a cualquiera de los Ministros, los cuales estaban obligados a renunciar. Y, en la Constitución de 1979, se limitó la interpelación y la censura a la Cámara de Diputados, según hemos comentado.

La confrontación entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo ha sido frecuente en la historia del Perú. En 1914 el Presidente Billinghurst intentó disolver el Congreso. Senadores y Diputados buscaron el apoyo de la Fuerza Armada y el coronel Benavides asumió provisionalmente la Presidencia. En 1931 la minoría aprista fue expulsada del Congreso Constituyente, por disposición del Presidente.

En el período 194548 el absurdo enfrentamiento entre el Congreso y el Presidente Bustamante y Rivero, que tenían el mismo origen popular e integraban el Frente Democrático Nacional, concluyó con el golpe del 27 de octubre de 1948, la deposición del Presidente y la disolución del Congreso.

El sistema democrático de gobierno presupone que cada uno de los Poderes del Estado respeta sus atribuciones constitucionales y respeta las que corresponden a los otros órganos. La historia del Perú –y la de otras naciones- acredita que ha sido frecuente la ruptura del equilibrio en el ejercicio de las funciones constitucionales. Esa realidad la ha sufrido nuestra República hasta la última década del milenio pasado; y la confrontan algunos países vecinos.

Mientras que el Poder Legislativo ha tenido interregnos, producidos por sucesivos golpes de Estado e incluso porque sus reuniones son en legislaturas de duración preestablecida constitucional o reglamentariamente, el Poder Ejecutivo ha sido continuo, ininterrumpido; pero también prepotente, arbitrario, usurpador.

Las facultades exclusivas del Congreso, según el artículo 60 de la **Constitución de 1823**, fueron:

1. Decretar y sancionar las leyes, interpretarlas, modificarlas o derogarlas.
2. Conceder indultos generales o particulares.
3. Aprobar los reglamentos de cualesquiera cuerpos, o establecimientos nacionales.
4. Crear Milicias Nacionales, y aumentar y reducir las fuerzas de línea.
5. Decretar el aumento o disminución de las fuerzas navales.
6. Decretar la guerra con presencia de las instrucciones del Poder Ejecutivo, y requerir a éste para que negocie la paz.
7. Aprobar los tratados de paz, y demás convenios procedentes de las relaciones exteriores en todos respectos.
8. Establecer los medios de pagar la deuda pública al paso que vaya liquidándose.
9. Decretar las contribuciones, impuestos y derechos para el sostén y defensa de la República.
10. Aprobar la repartición de las contribuciones entre los departamentos y las provincias.
11. Arreglar anualmente la tarifa de los gastos públicos en vista de los datos que suministre el Poder Ejecutivo.
12. Abrir empréstitos en caso necesario, dentro o fuera de la República, pudiendo empeñar el crédito nacional.
13. Examinar y aprobar la inversión de los caudales públicos.
14. Determinar la monda en todos sus respectos, fijar y uniformar los pesos y medidas.
15. Crear o suprimir empleos públicos, y asignarles la correspondiente dotación.
16. Conceder cartas de naturaleza y ciudadanía.
17. Conceder títulos de villa, o de ciudad a los lugares.
18. Arreglar la demarcación interior del territorio para su mejor administración, y fundar nuevas poblaciones, previo el informe del Poder Ejecutivo.
19. Conceder premios a los beneméritos de la Patria, y decretar honores a su memoria.
20. Conceder privilegios temporales a los autores de alguna invención útil a la República.
21. Instituir fiestas nacionales para mantener la unión cívica, avivar el patriotismo, y perpetuar la memoria de los sucesos más célebres de la Independencia Nacional.
22. Decretar todo lo necesario para la instrucción pública por medio de planes fijos, e instituciones convenientes a la conservación y progreso de la fuerza intelectual y estímulo de los que se dedicaren a la carrera de las letras.
23. Crear establecimientos de caridad y beneficencia.
24. Elegir al Presidente y Vicepresidente de la República, de entre los individuos que le proponga el Senado.
25. Designar por escrutinio los Senadores de cada departamento de entre los elegidos por las provincias, cuidando de que no salgan dos de una misma provincia.
26. Nombrar cada bienio los individuos de la Junta Conservadora de la libertad de imprenta.
27. Proteger la libertad de imprenta de modo que jamás pueda suspenderse su ejercicio, ni muchos menos abolirse.
28. Prestar o negar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras, y estación de escuadras en el territorio y puertos de la República; y en caso de otorgarlo, prescribir al mismo tiempo las precauciones con que deban admitirse.
29. Prestar o negar igualmente su consentimiento para la salida de tropas nacionales fuera del territorio de la República.
30. Gozar del derecho de policía en la casa de sus sesiones y fuera de ella en todo lo conducente al libre ejercicio de sus atribuciones, y a la respetabilidad de sus miembros; y hacer castigar con las penas establecidas a todo el que le faltare el debido respeto, o que amenazase atentar contra el cuerpo, o contra la inmunidad de sus individuos, o que de cualquier otro modo desobedeciere o embarazare sus órdenes y deliberaciones.
31. Trasladarse a otro lugar cuando lo exijan graves circunstancias, siempre que lo resuelvan los dos tercios de los Diputados existentes.

En lo que correspondía al Senado, las atribuciones eran:

1. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, y sobre la conducta de los magistrados y ciudadanos.
2. Elegir y presentar al Poder Ejecutivo los empleados de la lista civil de la República, y elegir los de la eclesiástica que deban nombrarse por la Nación.
3. Convocar a Congreso Extraordinario, si fuere necesario declarar la guerra o hacer tratados de paz, o en otras circunstancias de igual gravedad, o cuando para ello lo excitare el Poder Ejecutivo.
4. Convocar al Congreso Ordinario, cuando no lo hiciere el Poder Ejecutivo en el tiempo prescrito por la Constitución.
5. Decretar, tanto en los casos ordinarios como en los extraordinarios, que ha lugar a formación de causa contra el Magistrado que ejerciere el Poder Ejecutivo, sus Ministros, y el Supremo Tribunal de Justicia.
6. Prestar su voto consultivo al Poder Ejecutivo en los negocios graves de Gobierno, y señaladamente

en los que respectan al interés particular de los departamentos, y en los de paz y guerra.
7. Abrir empréstitos dentro de la República en caso necesario.
8. Resolver en conformidad con el artículo 63 (deliberar consultivamente en los proyectos de ley, aprobados en Congreso y remitidos al Poder Ejecutivo).
9. Examinar las bulas, decretos y breves pontificios para darles el pase, o decretar su detención.
10. Velar por la conservación y mejor arreglo de las reducciones de los Andes; y promover la civilización y conversión de los infieles de su territorio, conforme al espíritu del Evangelio.
11. Hacer su respectivo Reglamento y presentarlo para su aprobación al Congreso.

En lo que atañe al Poder Ejecutivo, el artículo 79 de la propia Constitución de 1823 declaró que "El Presidente es jefe de la administración general de la República, y su autoridad se extiende tanto a la conservación del orden público en lo interior, como a la seguridad exterior conforme a la Constitución y a las leyes".

Y, precisando las facultades exclusivas del Presidente, el artículo 80 enumeró las siguientes:

1. Promulgar, mandar ejecutar, guardar, y cumplir las leyes, decretos y resoluciones del Congreso, y expedir las providencias indispensablemente necesarias para su efecto.
2. Tiene el mando supremo de la fuerza armada.
3. Ordenar lo conveniente para que se verifiquen las elecciones populares en los días señalados por la Constitución.
4. Declarar la guerra a consecuencia de la resolución del Congreso.
5. Entrar en tratados de paz y de alianza, y otros convenios procedentes de relaciones extranjeras con arreglo a la Constitución.
6. Decretar la inversión de los caudales destinados por el Congreso a los diversos ramos de la administración pública.
7. Nombrar los oficiales del ejército y armada, y de Coronel inclusive para arriba, con acuerdo y consentimiento del Senado.
8. Nombrar por sí los Ministros de Estado; y los agentes diplomáticos de acuerdo con el Senado.
9. Velar sobre la exacta administración de justicia en los Tribunales y Juzgados y sobre el cumplimiento de las sentencias que éstos pronunciaran.
10. Dar cuenta al Congreso en cada Legislatura de la situación política y militar de la República, indicando las mejoras o reformas convenientes en cada ramo.

También fijó la **Constitución de 1823** las limitaciones del Poder Ejecutivo:
1. No puede mandar personalmente la fuerza armada, sin consentimiento del Congreso, y en su receso sin el del Senado.
2. No puede salir del territorio de la República sin permiso del Congreso.
3. Bajo ningún pretexto puede conocer en asunto alguno judicial.
4. No puede privar de la libertad personal a ningún peruano; y en caso de que fundamentalmente exija la seguridad pública el arresto o detención de alguna persona, podrá ordenar lo oportuno, con la indispensable condición de que dentro de veinticuatro horas pondrá al detenido a disposición de su respectivo Juez.
5. Tampoco puede imponer pena alguna. El Ministro que firmare la orden, y el funcionare que la ejecutare, atentan contra la libertad individual.
6. No puede diferir ni suspender en ninguna circunstancia las sesiones del Congreso.

La **Constitución de 1826** estableció en el artículo 30 las siete atribuciones generales del Poder Legislativo; en el artículo 39 las restricciones del Cuerpo Legislativo; en el artículo 43 las atribuciones de la Cámara de Tribunos; en el artículo 47 las de los Senadores; y en el artículo 51 las correspondientes a los Censores.
Respecto del Poder Ejecutivo, el artículo 83 de la Constitución de 1826 enumeró las 30 atribuciones y el artículo 84 las 5 restricciones. Se advierte el propósito de darle mayores facultades al Presidente de la República, con mengua de las del Poder Legislativo.

En la **Constitución de 1828**, el artículo 48 determinó cuáles eran las 24 atribuciones del Congreso y los artículos 90 y 91 indicaron, respectivamente, las 32 atribuciones del Presidente de la República y las 5 restricciones.

El artículo 51 de la **Constitución de 1834** señaló las 29 atribuciones del Congreso y los artículos 85 y 86, cada cual, las 33 atribuciones y las 5 restricciones del Presidente de la República.

Además, la Constitución de 1834 estableció un Consejo de Estado, compuesto por dos Consejeros por cada uno de los departamentos, siendo sus atribuciones, según el artículo 101:
1. Prestar necesariamente su voto consultivo al Presidente de la República en todos los negocios sobre que le pida su dictamen.
2. Acordar por sí solo, o a propuesta del Presidente de la República, la convocatoria a congreso extraordinario, debiendo concurrir en el primer caso las dos terceras partes de sufragios de los Consejeros presentes.
3. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, requiriendo al Poder Ejecutivo para su cumplimiento: y en caso de contumacia formar expediente para dar cuenta al Congreso.
4. Desempeñar en receso del Congreso la atribución 27, artículo 51 (autorización de facultades extraordinarias), debiendo concurrir tres cuartos de sufragios de los consejeros presentes. Si el término de la declaración del Consejo no hubiese expirado al abrirse la sesión inmediata del Congreso, deberá éste ratificarla o suspenderla.
5. Desempeñar en receso del Congreso las funciones del Senado según el artículo 32 (declaración de si ha o no lugar a formación de causa), haciendo el Fiscal de la Suprema de acusador de algún miembro de las Cámaras, Vocal de la Corte Suprema, o miembro del

mismo Consejo en los delitos de traición, atentados contra la seguridad pública, y demás que merezcan pena corporal.
6. Para hacer efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema o de alguno de sus miembros y para los recursos de nulidad que se interpongan de las sentencias que pronuncie en última instancia, nombrará en cada renovación suya un tribunal compuesto de siete Vocales y un Fiscal elegidos a pluralidad absoluta de entre sus miembros; pudiendo recaer la elección en tres individuos que no sean de su seno, pero que tengan las calidades que la Constitución exige para ser Consejero.
7. Recibir en receso del Congreso el juramento al que se encargue del Poder Ejecutivo, cuando llegue el caso de los artículos 81, 82 y 83 (encargatura o suspensión del Presidente).
8. Examinar la Cuenta de los gastos hechos en el año anterior, y el Presupuesto de gastos del año entrante, que tres meses antes de abrir el Congreso su sesión anual, debe presentarle el Ministro de Hacienda, y con sus observaciones pasar una y otro a la Cámara de Diputados.

El artículo 55 de la **Constitución de 1839** determinó las 26 atribuciones del Congreso y los artículos 87 y 88 las 44 atribuciones y las 10 restricciones del Presidente de la República. Mantuvo el Consejo de Estado, regulado por los artículos 96 a 110.

En la **Constitución de 1856**, el artículo 55 fijó las 23 atribuciones del Congreso y los artículos 89 y 90 las 20 atribuciones del Presidente y sus 2 restricciones.

Por haber durado cerca de 60 años, es necesario detallar las atribuciones del Congreso y del Presidente de la República en la Constitución de 1860.

El artículo 59 declaró como atribuciones del Congreso:
1. Dar leyes, interpretar, modificar y derogar las existentes.
2. Abrir y cerrar sus sesiones en el tiempo designado por la ley; y prorrogar las ordinarias hasta cincuenta días.
3. Designar el lugar de sus sesiones y determinar si ha de haber o no fuerza armada, en qué número y a qué distancia.
4. Examinar de preferencia las infracciones de la Constitución, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
5. Imponer contribuciones, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 8 (en proporción a las facultades del contribuyente): suprimir las establecidas: sancionar el Presupuesto y aprobar o desaprobar la Cuenta de gastos que presente el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 102 (obligación del Ministro de Hacienda).
6. Autorizar al Poder Ejecutivo para que negocie empréstitos, empeñando la Hacienda nacional y designando fondos para la amortización,
7. Reconocer la deuda nacional y señalar los medios para consolidarla y amortizarla.
8. Crear o suprimir empleos públicos, y asignarles la correspondiente dotación.
9. Determinar la ley, el peso, el tipo y la denominación de la moneda: igualmente que los pesos y las medidas.
10. Proclamar la elección del Presidente y de los Vicepresidentes de la República: y hacerla, cuando no resulten elegidos según la ley.
11. Admitir o no la renuncia de su cargo al Jefe del Poder Ejecutivo.
12. Resolver las dudas que ocurran sobre la incapacidad del Presidente, de que se encarga el inciso primero del artículo 88 (vacancia de la Presidencia).
13. Aprobar o desaprobar las propuestas que, con sujeción a la ley, hiciere el Poder Ejecutivo para Generales del Ejército y de la Marina, y para Coroneles y Capitanes de Navío efectivos.
14. Prestar o negar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República.
15. Resolver la declaración de guerra, a pedimento o previo informe del Poder Ejecutivo, y requerirle oportunamente para que negocie la paz.
16. Aprobar o desaprobar los tratados de paz, concordatos y demás convenciones celebradas con los Gobiernos extranjeros.
17. Dictar las disposiciones necesarias para el ejercicio del derecho de Patronato.
18. Rehabilitar a los que hayan perdido la ciudadanía.
19. Conceder amnistías e indultos.
20. Declarar cuándo la Patria esté en peligro: y suspender por tiempo limitado las garantías consignadas en los artículos 18, 20 y 29 (libertad personal, vivir en territorio nacional y asociación).
21. Determinar en cada Legislatura ordinaria, y en las extraordinarias cuando convenga, las fuerzas de mar y tierra que ha de mantener el Estado.
22. Hacer la división y demarcación del territorio nacional.
23. Conceder premios a los pueblos, corporaciones o personas, por servicios eminentes que hayan prestado a la Nación.
24. Examinar, al fin de cada periodo constitucional, los actos administrativos del Jefe del Poder Ejecutivo, y aprobarlos, si fuesen conformes a la Constitución y a las leyes; en caso contrario, entablarála Cámara de Diputados ante el Senado la correspondiente acusación.

A su vez, las atribuciones del Presidente de la República estuvieron enumeradas, como sigue, en el artículo 94:
1. Conservar el orden interior y la seguridad exterior de la República, sin contravenir a las leyes.
2. Convocar al Congreso ordinario, sin perjuicio de lo dispuesto en la primera parte del artículo 52; y al extraordinario, cuando haya necesidad.
3. Concurrir a la apertura del Congreso, presentando un mensaje sobre el estado de la República y sobre las mejores reformas que juzgue oportunas.
4. Tomar parte en la formación de las leyes, conforme a esta Constitución.
5. Promulgar y hacer ejecutar las leyes y demás resoluciones del Congreso; y dar decretos, órdenes, reglamentos e instrucciones para su mejor cumplimiento.

6. Dar las órdenes necesarias para la recaudación e inversión de las rentas públicas con arreglo a ley.
7. Requerir a los jueces y tribunales para la pronta y exacta administración de justicia.
8. Hacer que se cumplan las sentencias de los tribunales y juzgados.
9. Organizar las fuerzas de mar y tierra: distribuirlas, y disponer de ellas para el servicio de la República.
10. Disponer de la Guardia Nacional en sus respectivas provincias sin poder sacarlas de ellas, sino en caso de sedición en las limítrofes, o en el de guerra exterior.
11. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados, poniendo en ellos la condición expresa de que serán sometidos al Congreso, para los efectos de la atribución 16, artículo 59.
12. Recibir a los Ministros extranjeros y admitir a los Cónsules.
13. Nombrar y remover a los Ministros de Estado y a los Agentes Diplomáticos.
14. Decretar licencias y pensiones, conforme a las leyes.
15. Ejercer el Patronato con arreglo a las leyes y práctica vigente.
16. Presentar para Arzobispos y Obispos, con aprobación del Congreso, a los que fueren electos según la ley.
17. Presentar para las Dignidades y Canonjías de las Catedrales, para los curatos y demás beneficios eclesiásticos, con arreglo a las leyes y práctica vigente.
18. Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso.
19. Conceder o negar el pase a los decretos conciliares, bulas, breves y rescriptos pontificios, con asentimiento del Congreso; y oyendo previamente a la Corte Suprema de Justicia, si fueren relativos a asuntos contenciosos.
20. Proveer los empleos vacantes, cuyo nombramiento le corresponda según la Constitución y las leyes especiales.

Como restricciones, los artículos 95 y 96 establecían que el Presidente no podía salir del territorio de la República, durante su mandato, sin permiso del Congreso, y en su receso de la Comisión Permanente; ni concluido dicho período, mientras esté sujeto al juicio que prescribe el artículo 66 (cuando el Senado declaraba que había lugar a formación de causa); y que el Presidente no podía mandar personalmente la fuerza armada, sin permiso del Congreso y, en su receso, de la Comisión Permanente.

La **Constitución de 1867**, en su artículo 59 determinó las 30 atribuciones del Congreso unicameral; y en su artículo 85 las 20 atribuciones del Presidente. También, en sus artículos 86 y 87, repitió las restricciones que afectaban al Presidente.

El artículo 25 de la **Constitución de 1920** indicaba cuáles eran las 25 atribuciones del Congreso; y el artículo 121 las del Presidente de la República. Asimismo, los artículos 123 y 124 prohibían al Presidente salir del territorio nacional y mandar personalmente la fuerza armada, en ambos casos sin permiso del Congreso.

La **Constitución de 1933**, en su artículo 123, estableció 23 atribuciones del Congreso y en el artículo 154 las 27 del Presidente de la República; quien tampoco podía salir del territorio nacional, ni mandar personalmente la fuerza armada, sin permiso del Congreso, según los artículos 152 y 153.

En la **Constitución de 1979** las atribuciones del Congreso, conforme al artículo 186, se redujeron a 8:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados o convenios internacionales de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que propone el Poder Ejecutivo, y
8. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.

Este último inciso era norma abierta. Le permitía al Senado ejercer las atribuciones referentes a ratificar determinados nombramientos y hacer alguna elección (como se señala en otra parte de esta Exposición de Motivos) y a la Cámara de Diputados interpelar y, eventualmente, censurar Ministros.

La delegación de facultades legislativas, prevista en los artículos 188 y 211, inciso 10, no excluía la posibilidad de que los Senadores y Diputados integraran comisiones para elaborar proyectos de decretos legislativos, como efectivamente ocurrió, entre otros casos, para los Códigos Civil (1984), Penal (1991), de Ejecución Penal (1991) y Procesal Civil (1992), cuyas comisiones tuve el honor de presidir.

La Comisión Permanente tenía, asimismo, sus propias atribuciones, que, además de las enumeradas en la Constitución, fueron establecidas en su Reglamento, cuyo proyecto formulé en diciembre de 1990.

Fueron 26 las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, enumeradas en el artículo 211:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.
3. Dirigir la política general del Gobierno.
4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.
5. Convocar a elecciones para Presidente de la República y para representantes a Congreso, así como para Alcaldes y Regidores y demás funcionarios que señala la ley.
6. Convocar al Congreso a Legislatura Extraordinaria.
7. Dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y,

obligatoriamente, en forma personal y por escrito, al instalarse la primera legislatura ordinaria anual, así como al concluir su mandato. Los mensajes presidenciales requieren previa aprobación del Consejo de Ministros.

Los mensajes anuales contienen la exposición detallada de la situación de la República y las mejoras y las reformas que el Presidente juzga necesarias y convenientes para su consideración por el Congreso.

8. Concurrir mediante iniciativa a la formación de las leyes y resoluciones legislativas y ejercer el derecho de observación.
9. Promulgar y ejecutar las leyes y ordenar su cumplimiento así como el de las resoluciones legislativas.
10. Dictar decretos legislativos con fuerza de ley, previa delegación de facultades por parte del Congreso, y con cargo de dar cuenta a éste.
11. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.
12. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los tribunales y juzgados y requerirlos para la pronta administración de justicia.
13. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales.
14. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, y celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.
15. Nombrar Embajadores y Ministros Plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros. El nombramiento requiere ratificación por el Senado.
16. Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los Cónsules el ejercicio de sus funciones.
17. Presidir el Sistema de Defensa Nacional, y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
18. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía en caso de agresión.
19. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.
20. Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos; y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.
21. Aprobar los planes nacionales de desarrollo.
22. Regular las tarifas arancelarias.
23. Conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley.
24. Conferir condecoraciones a nombre de la Nación, con acuerdo del Consejo de Ministros.
25. Autorizar a los peruanos para servir en ejército extranjero, y
26. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan. Se trata, también, de una norma abierta.

De la lectura y comparación de las atribuciones que, con arreglo a las diversas Constituciones, han tenido y tienen los Poderes Legislativo y Ejecutivo puede advertirse mucha semejanza.

Ambos Poderes debían cumplir la Constitución y las leyes y velar por la observancia de una y otras.

En la Constitución de 1979 asumió el Presidente de la República las atribuciones de regular las tarifas arancelarias y de autorizar a los peruanos para servir en ejército extranjero, que antes eran de competencia del Poder Legislativo.

La ratificación de los altos cargos de las Fuerzas Armadas y de los Vocales y Fiscales Supremos en la Carta del 33 se hacía por el Congreso y en la de 1979 por el Senado, volviéndose a la normatividad dela Constitución de 1860 y de otras.

La ratificación parlamentaria de los Embajadores y Ministros Plenipotenciarios fue suprimida en la Constitución de 1933 y restablecida en la de 1979, como competencia del Senado.

Lo más resaltante en la Constitución de 1979 es que permitió la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, de acuerdo al moderno Derecho constitucional y con el objeto de agilizar la legislación del país.

Aunque no hubo, anteriormente, facultad expresa para semejante delegación, el Congreso, en 1967, aprobó la ley 17044, que permitió modernizar la legislación tributaria. Varios de los Códigos fueron, también, promulgados por el Poder Ejecutivo, en uso de facultades delegadas por el Parlamento. Estos antecedentes acreditan que la realidad forja la ley.

A ellos se agrega la situación creada, en 1936, cuando el Congreso concluyó sus funciones y por la Ley 8463, de 21 de noviembre de 1936, prorrogó el gobierno del general Benavides por tres años, autorizándole a dictar leyes presidenciales.

Hay numerosas disposiciones de la Constitución de 1823 que se repiten en las posteriores, literalmente o con algunos cambios adjetivos. Pero, la afinidad entre las normas de la Constitución de 1828 con las siguientes es mucho mayor. Y, a pesar de que, teóricamente, son de distintas vertientes las Constituciones de 1856, 1860 y 1867, no sólo hay repetición de los principios básicos, sino que, en algunos casos, se llega al extremo de que coinciden los números de los artículos correspondientes. La diferencia sustancial radica en que la Carta del 67 pretendió, sin éxito, el parlamento unicameral.

Respecto a las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 hay que señalar que las tres, inicialmente, establecieron el período presidencial de cinco años; que consideraron el congreso bicameral, renovado, en la práctica, íntegramente, junto con el Presidente de la República; que declararon autónomo e independiente al Poder Judicial, lo que en la realidad, lamentablemente, no

ocurrió; que mediante Juntas Departamentales, Concejos Departamentales (sustituidos por Corporaciones Departamentales) y Asambleas Regionales, trataron de desconcentrar la administración pública.

Las innovaciones dignas de resaltar de la Carta del 79 fueron las creaciones del Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Empero, la organización regional no fue definida eficientemente. Se estableció que sólo el cuarenta por ciento, a lo más, de los miembros de las Asambleas Regionales serían elegidos por voto directo, secreto, igual y obligatorio de los ciudadanos; y se integró las referidas Asambleas con los Alcaldes Provinciales de la región y con representantes de las actividades económicas y culturales de la región, hecho que les restó legitimidad popular.

Los antecedentes de las Regiones están en las Juntas Departamentales, creadas por la Constitución de 1828 (artículos 66 a 81), cuyos miembros debían ser elegidos en la misma forma que los diputados.

Las Juntas Departamentales fueron restablecidas por la Constitución de 1856 (artículos 104 a 113). Igualmente aparecen incorporadas en la Constitución de 1867 (artículos 106 a 114).

La Constitución de 1920 (artículo 140) estableció los Congresos Regionales del Norte, Centro y Sur de la República.

La Constitución de 1933 (artículos 189 a 202) creó los Concejos Departamentales, que debían tener origen electivo. Nunca funcionaron.

La reelección del Presidente de la República

Tema polémico en cualquier debate constitucional es el que se refiere a la reelección presidencial. Mientras algunos sostienen que nadie debe ejercer la Presidencia de la República por más de un período, otros argumentan que la experiencia es importante para el buen manejo de los asuntos del Estado y que quienes han hecho un segundo gobierno realizaron más fructífera gestión.

El Presidente Franklin D. Roosevelt fue tres veces Presidente de los Estados Unidos y, para que tal hecho no se repitiera, fue enmendada la Constitución de ese país, a fin de permitir una sola reelección.

En Argentina, Perón estableció la reelección presidencial inmediata. Menem siguió su ejemplo.

En Francia, no obstante que el período presidencial es de siete años, se permite una reelección.

En Venezuela, el régimen autoritario del Presidente Hugo Chávez ha establecido la reelección inmediata e indeterminada.

Ecuador tuvo cinco veces como Presidente a Velasco Ibarra. La Constitución de ese país suprimió la reelección inmediata. Actualmente, una Asamblea Constituyente dará solución al problema; pero parece que seguiría el ejemplo venezolano. Bolivia, con dificultades, también intenta seguir el mismo rumbo.

En México no hay reelección presidencial.

En el Perú sólo la Constitución de 1828 permitió la reelección inmediata. La Carta de 1920, con sucesivas reformas, también la permitió. Y, finalmente, la Constitución de 1993 sigue ese criterio.
Examinemos el texto de nuestras leyes fundamentales.

Constitución de 1823:
"Artículo 74. El ejercicio del Poder Ejecutivo nunca puede ser vitalicio, y mucho menos hereditario. Dura el oficio de Presidente de la República cuatro años; y no podrá recaer en el mismo individuo, sino pasados otros cuatro."

Constitución de 1826:
"Artículo 77. El ejercicio del Poder Ejecutivo reside en un Presidente Vitalicio, un Vicepresidente, y cuatro Secretarios de Estado."

Constitución de 1828:
"Artículo 84. El ejercicio del Poder Ejecutivo no puede ser vitalicio, y menos hereditario. La duración del cargo de Presidente de la República será la de cuatro años; pudiendo ser reelegido inmediatamente por una sola vez, y después con la intermisión del período señalado."

Constitución de 1834:
"Artículo 77. La duración del cargo de Presidente de la República es la de cuatro años; y ningún ciudadano puede ser reelegido, sino después de un período igual."

Constitución de 1839:
"Artículo 78. La duración del cargo de Presidente de la República es la de seis años, y ningún ciudadano puede ser reelegido, sino después de un período igual."

Constitución de 1856:
"Artículo 80. El Presidente durará en su cargo cuatro años; y no podrá ser reelecto Presidente, ni elegido Vicepresidente, sino después de un período igual."

Constitución de 1860:
"Artículo 85. El Presidente durará en su cargo cuatro años; y no podrá ser reelecto, ni elegido Vicepresidente, sino después de un período igual."

Constitución de 1867:
"Artículo 76. El Presidente de la República durará en su cargo cinco años; y no podrá ser reelecto sino después de un período igual.

Constitución de 1920:
"Artículo 113. El Presidente durará en su cargo cinco años y no podrá ser reelecto sino después de un período igual de tiempo." (texto original).

Constitución de 1933:
"Artículo 142. No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformatoria o derogatoria, y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el desempeño

de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública."

Constitución de 1979:
"Artículo 205. El mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección debe haber transcurrido un período presidencial."

Del texto de las disposiciones constitucionales transcritas resulta evidente que el Perú proscribió la reelección presidencial inmediata, salvo la Carta de 1828 que la permitió por una vez.

La Constitución de 1920 prohibió, también, la reelección presidencial inmediata; pero sucesivas reformas la permitieron, en beneficio de Leguía.

Para prevenir situaciones semejantes, la Constitución de 1933 no sólo prohibió la reelección presidencial inmediata, sino que sancionó con inhabilitación permanente al autor o autores de la proposición reformatoria o derogatoria, y a quienes la apoyaran directa o indirectamente.

Las Constituciones de 1828, 1834 y 1860 fijaron en cuatro años la duración de la Presidencia; la de 1839 en 6 años; y las de 1867, 1920, 1933 y 1979 en 5 años. La Carta del 33 fue reformada a efectos de ampliar el período presidencial a 6 años.

La Constitución de 1933 (artículo 155) dispuso que el Presidente de la República, al terminar su mandato, pasaba a formar parte del Senado por un período senatorial.

La Constitución de 1979 (artículo 166) declaró que tenían la calidad de Senadores vitalicios los ex Presidentes Constitucionales de la República.

Respecto de la Constitución de 1993, hay comentario aparte.

Los Vicepresidentes de la República

El artículo 76 de la **Constitución de 1823** indicó que "Habrá un Vicepresidente en quien concurran las mismas calidades (que para ser Presidente). Administrará el Poder Ejecutivo por muerte, renuncia, destitución del Presidente, o cuando llegare el caso de mandar personalmente la fuerza armada".

El Título VI de la **Constitución de 1826** trató del Poder Ejecutivo. El Capítulo I se refirió al Presidente y el Capítulo II al Vicepresidente, comprendiendo 7 artículos. Según el artículo 85, "El Vicepresidente es nombrado por el Presidente de la República, y aprobado por el Cuerpo Legislativo, del modo que se ha dicho en el artículo 57" (a pluralidad de votos). Lo singular es que (artículo 88) "El Vicepresidente de la República es el Jefe del Ministerio."

El artículo 83 de la **Constitución de 1828** decidió que "Habrá también un Vicepresidente, que reemplace al Presidente en casos de imposibilidad física o moral, o cuando salga a campaña; y en defecto de uno y otro ejercerá el cargo provisionalmente el Presidente del Senado, quedando entre tanto suspenso de las funciones de Senador."

La **Constitución de 1834** no consideró el cargo de Vicepresidente. El artículo 81 determinó que "Cuando vacare la Presidencia de la República, por muerte, renuncia o perpetua imposibilidad física, se encargará provisionalmente del Poder Ejecutivo el Presidente del Consejo de Estado; quien en estos casos y en el de destitución legal convocará a los Colegios Electorales dentro de los diez días de su Gobierno, para la elección de Presidente."

Semejante fue el criterio de los artículos 83, 84 y 85 de la **Constitución de 1839**. A falta del Presidente de la República, ejercía el cargo el Presidente del Consejo de Estado.

El Vicepresidente de la República, elegido al mismo tiempo y con las mismas calidades que el Presidente, suplía a éste temporalmente o hasta concluir su mandato, según los casos, de acuerdo a los artículos 84 y 85 de la **Constitución de 1856**. A falta de Vicepresidente, ejercía el cargo de Presidente de la República el Presidente del Consejo de Ministros, hasta que se verificara la elección de Presidente y Vicepresidente (artículo 86).

El artículo 89 de la **Constitución de 1860** declaró que "Habrá dos Vicepresidentes de la República, denominados primero y segundo, que serán elegidos al mismo tiempo, con las mimas calidades y para el mismo período que el Presidente."

La **Constitución de 1867** suprimió el cargo de Vicepresidente de la República. El artículo 83 indicó que, a falta de Presidente, asumía el cargo el Presidente del Consejo de Ministros, convocando a elección de Presidente.

La **Constitución de 1920** tampoco consideró el cargo de Vicepresidente de la República. En caso de vacancia elegía el Congreso al reemplazante, gobernante interinamente el Consejo de Ministros, cuando el impedimento era temporal (artículo 117). Producida la revolución de Arequipa, Leguía fue reemplazado, sucesivamente, por varios Presidentes.

En el texto original de la **Constitución de 1933** (artículos 146 y 147) se soslayó el cargo de Vicepresidente. Le correspondía al Congreso la elección del Presidente, para que concluyera el mandato respectivo. A la muerte de Sánchez Cerro, el 30 de abril de 1933, el Congreso eligió en su reemplazo a Benavides.

La **ley 8237** creó los cargos de Vicepresidentes, denominados primero y segundo, elegidos al mismo tiempo, en igual forma, con las mismas calidades y para el mismo período que el Presidente.

El artículo 208 de la **Constitución de 1979** señalaba "Por falta temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste el Segundo. Por impedimento de ambos, el Presidente del Senado, quien convoca de inmediato a elecciones."

Las Constituciones de Argentina (artículo 77), Bolivia (artículo 86), Brasil (artículo 79), Colombia (artículo 202), Ecuador (artículo 80) y Uruguay (artículo 150) estatuyen

un cargo de Vicepresidente de la República.

No se necesita dos Vicepresidentes, pus, a falta de Presidente y Vicepresidente, ejercería dicha función el Presidente del Senado.

Es menester dejar constancia que, en el período 1980-1985, el Presupuesto de la República no consideró suma alguna de dinero para los Vicepresidentes.

Los Ministros, la censura y la disolución del Congreso

Desde antaño, son nulos los actos del Presidente de la República que no tienen refrendación ministerial. Son tan importantes los actos que corresponden al Jefe del Estado que, necesariamente, debe su voluntad estar acompañada de la voluntad del Consejo de Ministros o del Ministro respectivo.

En la **Constitución de 1823** (artículos 82 a 86) se estableció tres Ministerios: uno de Gobierno y Relaciones Exteriores, otro de Guerra y Marina y otro de Hacienda. A partir de estos Ministerios, el Protocolo establece el régimen de prelación de los Ministros en los actos oficiales. Como el Protocolo está a cargo de los funcionarios de Relaciones Exteriores, éste tiene prioridad sobre el de Gobierno, hoy Interior.

En la **Constitución de 1826** (artículos 92 a 96) se trató de los Secretarios de Estado, que eran cuatro y que despachaban bajo las órdenes inmediatas del Vicepresidente.

Ningún Tribunal ni persona pública podía dar cumplimiento a las órdenes del Ejecutivo que no estén firmadas por el Vicepresidente y el Secretario del despacho del departamento correspondiente. Eran responsables, junto con el Vicepresidente, de las infracciones a las leyes y a la Constitución. Les competía formular sus presupuestos.

En la **Constitución de 1828** (artículos 95 a 102) se indicó que los negocios del gobierno de la República se despacharán por los Ministros de estado, cuyo número designará la ley. Se mantuvo el principio de que los Ministros firmarán los decretos y órdenes del Presidente, sin cuyo requisito no serán obedecidos. Se reiteró la responsabilidad de los Ministros, en caso de que autoricen con sus firmas los actos del Presidente contrarios a la Constitución y las leyes.

En la **Constitución de 1834** (artículos 87 a 95) se repitieron similares normas; pero se señaló que los Ministros presentarían una memoria del estado de su respectivo ramo, en la apertura de las sesiones del Congreso y se les facultó para concurrir a los debates de cualquiera de las Cámaras, retirándose antes de la votación.

En la **Constitución de 1839** (artículos 89 a 95) se fijó en cuatro el número de Ministros. No hubo otras innovaciones importantes.

En la **Constitución de 1856** (artículos 91 a 97) se mantuvieron las normas anteriores, pero se dejó a la ley fijar el número de Ministros. Los ministros reunidos formaban el Consejo de Ministros.

La **Constitución de 1860** (artículos 97 a 104) adicionó a las facultades de los Ministros las de presentar proyectos de ley y de concurrir por propia determinación o a pedido del Congreso o de las Cámaras a los debates y a las interpelaciones. Se repitió que los Ministros reunidos formaban el Consejo de Ministros, cuya organización y funciones se detallarían por la ley.

En la **Constitución de 1867** (artículos 89 a 96) se exigió, para ser Ministro, tener diez años de residencia en la República. No hubo otros cambios.

En la **Constitución de 1920** (artículos 125 a 133) se requirió para ser Ministro las mismas calidades personales que para ser Diputado. Se indicaba que no podía haber Ministros interinos. En caso de necesidad el Presidente encargaba a un Ministro el despacho de otro, por el tiempo máximo que la ley establezca. Los Ministros, con acuerdo del Presidente, podían presentar proyectos de ley. Se permitía que los Senadores o Diputados fueran Ministros de Estado, quedando en suspenso las funciones legislativas. Un Ministro no podía continuar si había voto de falta de confianza de algunas de las Cámaras.

En la **Constitución de 1933** (artículos 156 a 179) hubo varias modificaciones. Creó la figura del Presidente del Consejo de Ministros. El Presidente de la República nombraba y removía al Presidente del Consejo. Nombraba y removía a los demás Ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo. El Presidente del Consejo refrendaba su propio nombramiento y los nombramientos de los demás Ministros.

El Presidente de la República convocaba extraordinariamente y presidía el Consejo de Ministros, y tenía el derecho de presidirlo cuando ordinaria o extraordinariamente era convocado por el Presidente del Consejo.

El Consejo de Ministros tenía voto deliberativo y voto consultivo, en los casos que señalaba la ley.

El Presidente del Consejo al asumir sus funciones concurría a la Cámara de Diputados y al Senado, separadamente, en compañía de los demás Ministros, para exponer la política general del Poder Ejecutivo.

Había lugar a interpelación en el Congreso o en las Cámaras, cuando la pedía no menos de un quinto de los votos válidos de los Senadores y Diputados.

Los Ministros censurados debían dimitir.

En el período 1963-1968 la oposición en el Congreso fue mayoría; y no sólo interpeló a los Ministros en uso abusivo de sus atribuciones, sino que censuró a varios Ministros sin interpelación, entre ellos el suscrito, que fue Ministro de Gobierno y Policía (15 de setiembre de 1965 a 27 de octubre de 1966).

En la **Constitución de 1979** (artículos 212 a 223) se mantuvieron las disposiciones básicas respecto del Consejo de Ministros. Se indicaba que eran atribuciones del Consejo de Ministros:

1. Aprobar los proyectos de ley que el Presidente somete a las Cámaras.
2. Aprobar los decretos legislativos que dicta el Presidente de la República.
3. Deliberar sobre todos los asuntos de interés público, y
4. Las demás que otorgan la Constitución y la ley.

Además, en cuanto a sus relaciones con el Poder Legislativo, disponía que el Presidente del Consejo de Ministros concurría a las Cámaras, reunidas en Congreso, en compañía de los demás Ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno y las principales medidas políticas y legislativas que requería su gestión. La exposición no daba lugar a voto de censura.

El Consejo en pleno o cualquiera de los Ministros podía ser interpelado, cuando la Cámara de Diputados los llamaba para ese efecto. El pedido de interpelación requería la firma del quince por ciento del número legal de Diputados. La admisión el tercio.

Había voto de censura, por iniciativa parlamentaria, o de falta de confianza, por iniciativa ministerial.

El Presidente de la República estaba facultado (artículo 227) para disolver la Cámara de Diputados si ésta censuraba o negaba confianza a tres Consejos de Ministros. El decreto de disolución expresaba la causa que la motivaba e incluía la convocatoria a elecciones en el plazo perentorio de treinta días. A falta de elecciones la Cámara disuelta se reunía de pleno derecho y cesaba el Consejo de Ministros.

El Presidente de la República (artículo 229) estaba prohibido de disolver la Cámara de Diputados durante el estado de sitio y en el último año de su mandato.

El Senado no podía ser disuelto en ningún tiempo (artículo 230).

El 5 de abril de 1992, el ingeniero Fujimori disolvió no sólo a la Cámara de Diputados (que únicamente había censurado al Ministro de Agricultura, en veinte meses) sino también al Senado de la República.

De todos los actos perpetrados por el Presidente de la República son y serán solidariamente responsables los Ministros que integraron el Gabinete en esa fecha. **Sin embargo, hasta la fecha el Poder Judicial no ha sentenciado a nadie por ese delito, que tiene pena privativa de libertad de hasta veinte años y, además, expatriación por diez años, conforme al artículo 364 del Código Penal.**

En relación a las anteriores Constituciones, la Carta de 1979 fue la más lograda. Los Ministros de Estado podían, antes, enviar al Congreso proyectos de ley, personales, eventualmente contradictorios de los de otros Ministros y, acaso, sin que reflejen el criterio del Presidente de la República o contrarios a ese criterio. En la Constitución de 1979 los proyectos de ley debían ser aprobados por el Consejo de Ministros, antes de su remisión al Congreso. Por otra parte, la presentación del Consejo de Ministros Cámara por Cámara, separadamente, tal como disponía la Constitución de 1933, resultaba ministerialmente fatigosa y parlamentariamente absurda.

Empero, la figura del Presidente del Consejo de Ministros no estaba bien definida. Debía desempeñar, necesariamente, una Cartera. Formalmente, él proponía los Ministros al Presidente. En la práctica no fue así. La única función del Presidente del Consejo de Ministros era dar lectura en el Congreso a la exposición sobre la política general del Gobierno y proponer las medidas políticas y legislativas.

Los Ministros no podían ni pueden estar al margen de la fiscalización del Congreso. Es indispensable que cada uno de los actos de los Ministros esté sujeto al control parlamentario, especialmente si esos actos se refieren al manejo de los recursos económicos.

Opiniones hay en el sentido de que los Ministros deben estar sujetos, como a principios de la República, al juicio de residencia.

Sólo para prevenir excesos, represalias o venganzas, los altos funcionarios del Estado están y deben estar sujetos al antejuicio constitucional, en el cual la Cámara de Diputados formula acusación y el Senado decide si hay o no lugar a formación de proceso.

La decisión del Senado se expresaba mediante una resolución senatorial de cumplimiento imperativo. Como consecuencia de esa resolución senatorial debía el Poder Judicial abrir el pertinente proceso de investigación. Concluida ésta, el Poder Judicial en ejercicio de su autonomía resolvía la procedencia o no del juzgamiento y, en su caso, la sanción prevista para el delito por la ley penal.

Con la Constitución de 1993, la Comisión Permanente asume las atribuciones que, a este respecto, tuvo la Cámara de Diputados; y el Congreso, sin la Comisión Permanente, adopta la resolución que antes era competencia del Senado.

La Comisión Permanente tiene, además, las atribuciones que le señala el artículo 101° de la Constitución de 1993.

La observación de las leyes

El equilibrio en el ejercicio de las atribuciones que corresponden a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial requiere de normas que permitan el recíproco control. Es este, acaso, uno de los asuntos más discutidos y difíciles de resolver.

La ciencia del Derecho político ha creado, además, otro ente autónomo que fiscaliza los excesos en que puedan eventualmente incurrir los referidos Poderes: en el Perú el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales (hoy Tribunal Constitucional).

El Poder Legislativo tiene la atribución de dictar leyes. Las leyes, en lo formal o esencial, pueden violar disposiciones de la Constitución; o ser, simplemente, inconvenientes para la comunidad. En uno u otro caso, el Presidente

de la República, tradicionalmente, ha tenido el derecho a observarlas. Empero, si la promulga y publica, hay ley.

Sólo hay ley cuando se produce la promulgación y la publicación de la norma aprobada por el Congreso. La promulgación es un acto que normalmente realiza el Presidente de la República, con el indispensable refrendo ministerial; pero, también, puede ser practicado por el Presidente del Congreso, cuando fenece el plazo de 15 días dentro del cual debió hacerlo el Presidente.

Sin mengua de esa atribución, la ley es inaplicable al caso concreto que se ventila en el Poder Judicial, si resulta incompatible con alguna norma de la Constitución.

El Tribunal de Garantías Constitucionales declaraba la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, si contravenían la Constitución; y, como consecuencia, la disposición pertinente debía ser derogada o quedaba sin efecto. Resolvía, en casación, las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y de amparo, agotada la vía judicial.

El artículo 299 de la Constitución de 1979 señaló que estaban facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:
1. El Presidente de la República.
2. La Corte Suprema de Justicia.
3. El Fiscal de la Nación.
4. Sesenta Diputados.
5. Veinte Senadores, y
6. Cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Ese órgano de defensa de la Constitución rompió el esquema tradicional de autonomía y competencia de los tres clásicos poderes del Estado; pero el ejercicio de sus atribuciones fue menguado por el copamiento partidario.

Además, la iniciativa en la formación de las leyes se amplía, progresivamente, en la evolución del Derecho Constitucional, peruano y comparado, como se aprecia del examen de nuestras Constituciones.

De acuerdo a los artículos 61, 62 y 63 de la **Constitución de 1823**, sólo a los Representantes en Congreso correspondía la iniciativa de las leyes y su discusión, al término de la cual pasaban los proyectos al Poder Ejecutivo para que éste hiciera las observaciones oportunas, después de lo cual lo remitía al Senado, en el término de tres días. El Senado, según el artículo 64, deliberaba sobre ellos consultivamente y dentro del tercer día los debía devolver al Congreso, para que, discutiéndolos nuevamente, les diera o no fuerza de ley.

El Poder Ejecutivo, según dicha Constitución, intervenía, por ende, en el curso del debate parlamentario, expresando su opinión.

Luego de la aprobación y promulgación de la ley por el Congreso, no tenía sino que disponer que se ejecute, guarde y cumpla la ley.

El Senado tampoco tenía iniciativa para formular las leyes.

Conforme a los artículos 64, 65, 66, 67, 75 y 76 de la **Constitución de 1826** la ley podía ser propuesta, indistintamente, en las Cámaras de Tribunos, de Senadores o de Censores y aprobada en la forma prescrita en esas disposiciones. El Presidente tenía el derecho de observar las leyes (artículo 70). Pero si las Cámaras insistían la ley debía ser cumplida (artículo 72).

Al Presidente de la República le correspondía la atribución de promulgar la ley (artículo 74).

El Poder Ejecutivo tuvo derecho a observar las leyes, de acuerdo a los artículos 57 y 58 de la **Constitución de 1828**.

El Congreso tenía la atribución de promulgar la ley (artículo 64) y el Poder Ejecutivo debía mandar se la imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento (artículo 65).

En la **Constitución de 1834** (artículo 56) correspondía al Poder Ejecutivo la facultad de formular observaciones a las leyes. El Congreso promulgaba sus leyes (artículo 64) y el Poder Ejecutivo las mandaba ejecutar, guardar y cumplir (artículo 65).

En la **Constitución de 1839** (artículo 59) el Presidente de la República tenía atribución para hacer observaciones a las leyes. El Congreso las promulgaba (artículo 65) y el Poder Ejecutivo las hacía ejecutar, guardar y cumplir (artículo 66).

Se advierte una incongruencia en el artículo 67, que literalmente expresó: "Si el Ejecutivo no promulgare la ley después de seis días de comunicada por el Congreso, lo requerirá el Consejo de Estado para que la promulgue dentro de tercero día; y, no haciéndolo, el Presidente del Consejo la circulará a las autoridades de la República, quedando así promulgada, y dará cuenta al Congreso." Confundía el acto de promulgación con el de publicación.

Los artículos 65, 66 y 72 de la **Constitución de 1856** se referían, también, a la potestad de observar y, por primera vez, de promulgar las leyes que correspondía al Presidente de la República.

Los artículos 69, 70 y 77 de la **Constitución de 1860** concedían al Presidente de la República facultad para observar las leyes y para promulgarlas. Empero, el artículo 72 no admitió observaciones respecto de las resoluciones o leyes referentes a:
1. Abrir y cerrar las sesiones del Congreso en el tiempo designado por la ley, y prorrogar las ordinarias hasta cincuenta días.
2. Designación del lugar de sus sesiones y determinar si ha de haber o no fuerza armada, en qué número y a qué distancia.
3. Proclamación del Presidente y de los Vicepresidentes de la República; y hacerla, cuando no resulten elegidos según ley.

Los artículos 61, 62 y 69 de la **Constitución de 1867** atribuyeron al Presidente de la República la observación y promulgación de las resoluciones y leyes, con las reservas indicadas en el artículo 63, o sea:

1. Abrir y cerrar las sesiones del Congreso en el tiempo designado por la ley.
2. Designación del lugar de sus sesiones y si ha de haber o no fuerza armada, en qué número y a qué distancia.
3. Examinar de preferencia las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
4. Sancionar el Presupuesto y aprobar o desaprobar la cuenta anual de gastos que presente el Poder Ejecutivo.
5. Prestar o negar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República.

Los artículos 104, 105 y 110 de la **Constitución de 1920** reconocieron competencia al Presidente de la República para observar y promulgar las leyes.

Igualmente, no podían ser objeto de observaciones las resoluciones o leyes que dictara el Congreso, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los incisos 2, 3, 12, 13 y 14 del artículo 83, vale decir:

1. Abrir y cerrar sus sesiones en el tiempo fijado por la ley.
2. Designar el lugar de sus sesiones y determinar si ha de haber o no fuerza armada, en qué número y a qué distancia.
3. Proclamar la elección del Presidente de la República y hacerla en los casos consignados en el artículo 116 de esta Constitución (casos de muerte o dimisión del Presidente).
4. Admitir o no la renuncia a su cargo al Jefe del Poder Ejecutivo.
5. Resolver la incapacidad del Presidente en los casos a que se refiere el inciso 1 del artículo 115 (permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso).

La **Constitución de 1933** suprimió la atribución del Presidente de la República de observar las leyes, pues el artículo 128 fue terminante: "Dentro de los diez días siguientes a la recepción por el Presidente dela República de una ley aprobada por el Congreso, debe aquél promulgarla y mandarla cumplir." Sin embargo, la sexta disposición transitoria mandó tener como segunda parte de ese precepto, mientras se constituyera el Senado Funcional, el siguiente texto: "Si el Ejecutivo tuviese observaciones que hacer, las presentará al Congreso en el término de diez días perentorios. Reconsiderada la ley en el Congreso con las observaciones del Ejecutivo, si no obstante ellas fuese aprobada nuevamente, quedará sancionada y se mandará promulgar y cumplir."

En el período 194548, en que fue Presidente de la República el doctor José Luis Bustamante y Rivero, se suscitó una polémica acerca de los alcances de la citada disposición transitoria, al haber observado el Poder Ejecutivo algunas leyes expedidas por el Parlamento en el que tenía mayoría el Partido Aprista.

Algunos juristas sostuvieron que regía esa norma mientras no se constituyera el Senado Funcional; mientras otros afirmaron que el Presidente carecía ya de la facultad de observar las leyes, por cuanto existía un Senado elegido directamente por el pueblo. La polémica fue parte del enfrentamiento entre ambos Poderes que derivó en el golpe militar del 27 de octubre de 1948.

En lo que atañe a la **Constitución de 1979** es indispensable algún comentario. El artículo 190 se refiere a "leyes" y a "resoluciones legislativas", que no estaban claramente diferenciadas en las Cartas anteriores.

La iniciativa para la formación de las leyes correspondía a los Senadores y Diputados, al Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, a la Corte Suprema de Justicia, en materia judicial y al órgano de la Región en asuntos de su competencia.

El artículo 193 indicó:

"El proyecto de ley, aprobado en la forma prevista por la Constitución, se envía al Presidente de la República para que lo promulgue dentro de quince días. En caso contrario, lo hace el Presidente del Congreso o el de la Comisión Permanente.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer, en todo o en parte, respecto del proyecto de ley aprobado en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

Reconsiderado el proyecto de ley, el Presidente del Congreso lo promulga, siempre que voten a favor del mismo más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara."

Del texto transcrito se infieren varios hechos jurídico-políticos:

1. Sólo los proyectos de ley se enviaban al Presidente de la República, para su promulgación.
2. El Presidente de la República debía promulgar u observar el proyecto de ley, dentro de quince días de su recepción.
3. Si no había promulgación ni observación, dentro del indicado plazo, le correspondía al Presidente del Congreso o al Presidente de la Comisión Permanente hacer la promulgación, no siendo necesario que ese acto se realizara en sesión de Congreso o de la Comisión Permanente.
4. El proyecto de ley observado, en todo o en parte, debía ser presentado (o enviado) por el Presidente al Congreso. No procedía, en consecuencia, la promulgación parcial de una ley, mientras se tramitaba las observaciones formuladas aparte del proyecto.
5. La reconsideración del proyecto implicaba un trámite semejante a la consideración del proyecto, o sea que debía ser aprobado, nuevamente, en cada Cámara, pero con el voto favorable de más de la mitad del número legal de Senadores y Diputados.

6. El Presidente del Congreso promulgaba el proyecto reconsiderado, aunque hubieren sido aceptadas las observaciones del Poder Ejecutivo.

En el lapso de casi doce años de vigencia de la Constitución de 1979 se produjeron numerosos casos de observaciones formuladas por el Presidente de la República a los proyectos de ley aprobados por el Congreso.

Por su singularidad, destaca el caso del proyecto de ley de creación de la provincia de Chepén, en 1983. El proyecto fue elaborado por el Instituto Nacional de Planificación y aprobado por el Consejo de Ministros, conforme al inciso 1 del artículo 218 de la Constitución. Incluyó al distrito de Guadalupe dentro de la nueva provincia. La población de Guadalupe expresó su deseo de continuar dentro de la provincia de Pacasmayo. Aprobado el proyecto por el Congreso, tal como fue enviado por el Ejecutivo, fue observado por éste. El Congreso aceptó la observación y el proyecto fue aprobado y promulgado por el Presidente del Congreso.

El trámite de los proyectos de ley observados por el Presidente de la República no fue parejo. Faltaba afinar el Reglamento de cada una de las Cámaras, a este respecto; y, sobre todo, era indispensable dictar un nuevo Reglamento del Congreso.

Tema que motivó, también, confrontación entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo fue el concerniente a si el proyecto de Ley del Presupuesto de la República podía ser objeto o no de observaciones por el Presidente de la República.

Hemos visto que Constituciones anteriores excluyeron, expresamente, de la facultad presidencial de observar las leyes a la ley de presupuesto de la República.

Una reforma constitucional pudo establecer que la aprobación del proyecto de ley de presupuesto debía hacerse a más tardar el 30 de noviembre y el plazo para observar leyes de diez días. Así se resolvía el problema.

En lo que se refiere a las resoluciones legislativas, éstas son de naturaleza especial. No requieren promulgación por el Presidente de la República, pues están excluidas de la fórmula del artículo 196.

En la Constitución de 1979 existían varias modalidades de resoluciones legislativas, por el fondo o por la forma.

El Congreso, en pleno, aprobaba los tratados o convenios internacionales.

El Congreso, en pleno, declaraba la vacancia de la Presidencia de la República, además del caso de muerte, en los casos previstos en el artículo 206.

El Congreso, en pleno, suspendía el ejercicio de la Presidencia de la República, en los casos señalados en el artículo 207.

El Congreso, mediante sus Cámaras, aprobaba las pensiones de gracia que proponía el Poder Ejecutivo.

El Senado, mediante resoluciones senatoriales:

Ratificaba el nombramiento de Vocales de la Corte Suprema y de Fiscales ante la misma Corte.

Ratificaba el nombramiento de Embajadores en el exterior.

Ratificaba los ascensos en los altos cargos de la Fuerza Armada y Policía Nacional.

Ratificaba el nombramiento del Contralor General de la República.

Ratificaba el nombramiento del Superintendente de Banca y Seguros.

Ratificaba el nombramiento del Presidente del Banco Central de Reserva del Perú.

Elegía a tres miembros del directorio del referido Banco.

El Senado podía remover, por falta grave, al directorio del Banco Central de Reserva.

El Senado podía remover, por falta grave, al Contralor General de la República.

El Senado podía remover, por falta grave, al Superintendente de Banca y Seguros.

El Senado podía evaluar a los Magistrados de la Corte Suprema y del Ministerio Público, cuyo nombramiento le correspondía.

Las resoluciones legislativas eran promulgadas por el Presidente del Congreso o por el Presidente del Senado, según los casos.

Las resoluciones legislativas no eran susceptibles de observación por el Presidente de la República.

El artículo 87, segundo parágrafo, estableció que la publicidad era esencial para la existencia de toda norma del Estado.

No existían, por ende, leyes, decretos legislativos, resoluciones legislativas, decretos leyes, decretos supremos y otras normas de carácter general susceptibles de ser mantenidas en secreto.

Los decretos legislativos, diseñados en el artículo 188 de la Constitución de 1979, permitían dar agilidad al Estado de Derecho. El Congreso no se despojaba de su facultad de dar leyes, sino que, temporal y concretamente, hacía la delegación en el Presidente de la República; pero la atribución legislativa estaba sujeta a las mismas formalidades que las propias leyes y podía, al igual que éstas, ser modificada o derogada.

Esto último no entendió (o aparentó no entender) el golpista del 5 de abril de 1992, que llegó incluso a la agresión verbal contra el Parlamento que enmendó algunos decretos legislativos y derogó parcialmente otros, tanto por los errores de contenido y forma, cuanto porque había exceso en el uso de las facultades delegadas.

De acuerdo al artículo 206 de la Constitución de 1993, el Presidente de la República no puede observar la ley de reforma de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional tiene atribución para examinar, si hay

demanda de inconstitucionalidad, si la ley de reforma constitucional, por la forma o por el fondo, viola la Constitución.

El juramento de cumplir la Constitución

Desde que se fundó la República los altos dignatarios del Estado, al asumir sus funciones, debían prestar juramento. El Presidente y los Vicepresidentes de la República y los Senadores y Diputados lo hicieron siempre en el Congreso. Los magistrados del Poder Judicial en la sede jurisdiccional respectiva.

Creados otros órganos constitucionales, hubo innovaciones. El Fiscal de la Nación, por ejemplo, juró y jura el cargo –al igual que los Ministros de Estado–ante el Presidente de la República.

Durante los dos períodos del Presidente Belaunde, cada cual con diferente Constitución, el juramento de los Ministros de Estado se realizó con la misma fórmula (presuntamente elaborada en la Cancillería) referida a desempeñar fielmente las obligaciones del cargo.

El juramento del Presidente de la República fue en términos semejantes, en 1963, 1980, 1985 y 1990.

En lo concerniente al juramento de los Parlamentarios, éste se hacía de conformidad con la práctica y el Reglamento. El juramento se refería, también, a cumplir las funciones del cargo.

Propuse, por ello, una reforma en el Reglamento del Senado, que fue aprobada, a efectos de que el juramento (o la promesa) sea de **cumplir la Constitución**. Aunque la Constitución de 1993 no tiene norma sobre esta materia, los Congresistas y el Presidente y Vicepresidentes **juraron cumplir la Constitución.**

Los antecedentes sobre esta materia son los siguientes:

El artículo 52 de la **Constitución de 1823** dispuso que "Todo Diputado antes de instalarse el Congreso, para ejercer su cargo, prestará juramento ante el Presidente del Senado en la forma siguiente:

–Juráis a Dios defender la Religión Católica, Apostólica, Romana, sin admitir el ejercicio de otra alguna en la República?
–Sí, Juro.
–Juráis guardar y hacer guardar la Constitución Política de la República Peruana, sancionada por el Congreso Constituyente?
–Sí, Juro.
–Juráis haberos bien y fielmente en el cargo que la Nación os ha hecho, mirando en todo por el procomunal de la misma Nación?
–Sí, Juro.
–Si así lo hiciereis, Dios os premie, y si no, os lo demande.

Sin excepción, los funcionarios públicos debían prestar juramento. En efecto, el artículo 188 de dicha Constitución indicó que "Todo funcionario público, de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución, prometiendo bajo de él cumplir debidamente sus obligaciones respectivas."

En cuanto a los altos dignatarios, el artículo 189 señaló que "El Presidente de la República jurará ante el Congreso, como asimismo el de la Suprema Corte de Justicia y el del Senado; los Obispos jurarán en presencia de sus respectivos Cabildos."

El juramento o promesa de cumplir la Constitución no debe seguir siendo un simple ritual, habida cuenta el hecho de que la violación de esa Ley Fundamental es una constante en la vida republicana.

El Poder Judicial

La impartición de justicia es uno de los actos humanos más trascendentes. En las antiguas civilizaciones, al rey le correspondió esa excelsa función. Célebre fue la decisión del rey Salomón frente a la disputa de un niño por dos mujeres. La evolución del Derecho hizo indispensable la división de los poderes y, por consiguiente, la creación del judicial. Sin otear en la época virreinal, puede afirmarse que en la República hubo y hay reticencias respecto de la eficacia de la justicia y de la honestidad de quienes la disciernen. La independencia y la autonomía del Poder Judicial han sido preocupación constante del país.

La **Constitución de 1823** dedicó su Capítulo VIII al Poder Judiciario. Los artículos 95, 96 y 97 indicaron que "Reside exclusivamente el ejercicio de este Poder en los Tribunales de Justicia y Juzgados subalternos en el orden que designen las leyes"; que "No se conocen otros jueces que los establecidos en la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinaren las leyes"; y que "Los jueces son inamovibles y de por vida, si su conducta no da motivo para lo contrario conforme a ley." El artículo 121 dejó en vigencia "todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio."

El Título VII de la **Constitución de 1826**, con cinco Capítulos, trató del Poder Judicial. Los artículos 97, 98 y 99 señalaron que "Los Tribunales y Juzgados no hacen otras funciones que la de aplicar las leyes existentes"; que "Durarán los Magistrados y Jueces tanto cuanto duren sus buenos servicios"; y que "Los Magistrados y Jueces no pueden ser suspendidos de sus empleos, sino en los casos determinados por las leyes: cuya aplicación, en cuanto a los primeros, corresponde a la Cámara de Senadores y a las Cortes del distrito, en cuanto a los segundos, con previo conocimiento del Gobierno".

El Título Sexto de la **Constitución de 1828** se ocupó del Poder Judicial; y sus artículos 103 y 104 declararon que "El Poder Judicial es independiente y se ejercerá por los Tribunales y Jueces"; y que "Los Jueces son perpetuos, y no pueden ser destituidos sino por juicio y sentencia legal."

El Título Sexto de la **Constitución de 1834** se refirió al Poder Judicial, estableciendo, en sus artículos 107 y 108, que "El Poder Judicial es independiente y se ejerce por

los Tribunales y Jueces"; y que "La duración de los Jueces es en razón de su buen comportamiento, y no podrán ser destituidos sino por juicio y sentencia legal."

El Título XIV de la **Constitución de 1839**, en cuanto al Poder Judicial, en sus artículos 111 y 112, precisó que "se ejerce por los Tribunales y Jueces"; y que "Podrán ser destituidos por juicio y sentencia legal."

El Título XVII de la **Constitución de 1856**, relativo al Poder Judicial, dispuso en sus artículos 124 y 125 que "La justicia será administrada por los Tribunales y Juzgados" y que "Son amovibles los miembros del Poder Judicial, y la ley fijará la duración de sus empleos."

El Título XVII de la **Constitución de 1860**, también destinado al Poder Judicial, indicó en su artículo 124 que "La justicia será administrada por los Tribunales y los Juzgados, en el modo y la forma que las leyes determinen".

El Título XVII de la **Constitución de 1867**, referido al Poder Judicial, determinó, en su artículo 121, que "La justicia será administrada por los Tribunales y Juzgados."

El Título XVIII de la **Constitución de 1920**, que se ocupó del Poder Judicial, entre otras normas, señaló en sus artículos 152 y 153, que "La carrera judicial será determinada por una ley que fije las condiciones de los ascensos. Los nombramientos judiciales de Primera y Segunda Instancia serán ratificados por la Corte Suprema cada cinco años"; y que "La no ratificación de un magistrado por la Corte Suprema, no le priva de su derecho a los goces adquiridos conforme a ley."

El Título XIII de la **Constitución de 1933**, también referido al Poder Judicial, en su artículo 220, declaró que "El Poder de Administrar Justicia se ejerce por los tribunales y juzgados, con las garantías y según los procedimientos establecidos en la Constitución y en las leyes."

El Capítulo IX del Título IV de la **Constitución de 1979** regula el Poder Judicial y, en sus artículos 232 y 242, inciso 2, señala que "La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen"; y que el Estado garantiza a los Magistrados "su permanencia en el servicio hasta la setenta años y la inamovilidad en sus cargos, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función."

De las disposiciones constitucionales transcritas se infiere que, en principio, los cargos judiciales fueron siempre inamovibles, a condición de que los Magistrados observen la indispensable probidad y capacidad. De acuerdo a las primeras Cartas, era forzoso que mediante sentencia se destituyera a los Magistrados. Posteriormente, la ratificación debía ser hecha periódicamente por la Corte Suprema, respecto de los de primera y segunda instancias.

El nombramiento de los Magistrados Judiciales se hacía por el Poder Político. Por ejemplo, la **Constitución de 1826** (artículo 83, inciso 25) enumeró que una de las atribuciones del Presidente de la República era la de "Proponer a la Cámara de Censores, en terna, individuos para el Tribunal Supremo de Justicia". Esa norma concordaba con el artículo 60, inciso 1, relativo a las atribuciones de la Cámarade Censores.

Inversamente, la **Constitución de 1828** (artículo 90, inciso 20) atribuyó al Presidente de la República nombrar "a propuesta en terna del Senado a los Vocales de la Corte Suprema y Cortes Superiores de Justicia, y a los demás jueces y empleados o dependientes de estos Tribunales, a propuesta en terna de las Cortes respectivas."

El artículo 51, inciso 26, de la **Constitución de 1834** atribuyó al Congreso el "Elegir conforme a la ley a los Vocales de la Corte Suprema de Justicia, de las listas que remitan los Colegios Electorales de provincia de los respectivos departamentos."

El artículo 87, inciso 24, de la **Constitución de 1839** estableció que era atribución del Presidente de la República "Nombrar los Magistrados de los Tribunales de Justicia y demás funcionarios del Poder Judicial, conforme a esta Constitución."

El artículo 127 de la **Constitución de 1856** prescribió que "Los Vocales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo; los de las Cortes Superiores y los Jueces de Primera Instancia, lo serán por el Ejecutivo a propuesta en terna doble de las Juntas Departamentales."

El artículo 126 de la **Constitución de 1860** preceptuó que "Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores."

El artículo 123 de la **Constitución de 1867** dispuso que "Los Vocales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso. Para este nombramiento la Corte Suprema remitirá al Congreso, en caso de vacante, una lista de todos los magistrados que tengan quince años de servicios y de todos los abogados que tengan veinte años de estudio abierto.

Los Vocales de la Corte Superior serán nombrados por el Congreso a propuesta en terna doble de la Corte Suprema: la una de magistrados con diez años de servicios y la otra de abogados con diez años de estudio abierto.

Los Jueces de Derecho serán nombrados por la Corte Suprema a propuesta de la respectiva Corte Superior. Los de Paz serán nombrados por la Corte Superior respectiva a propuesta en terna del Juez de Primera Instancia.

Los Representantes no pueden ser propuestos ni elegidos para ninguna Vocalía."

Los artículos 147 y 148 de la **Constitución de 1920** ordenaron que "Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos, propuestos por el Gobierno de acuerdo con la ley" y que "Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores, de conformidad con la ley."

Los artículos 222, 223 y 224 de la **Constitución de 1933** dispusieron que "Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo"; que "Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales, a propuesta, en terna doble, de la respectiva Corte Superior"; y que "Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los Jueces y Agentes Fiscales, serán ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y en la forma que determine la ley. La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a ley; pero sí impide el reingreso en el servicio judicial."

El artículo 245 de la **Constitución de 1979** indicó que "El Presidente de la República nombra a los Magistrados, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura. El Senado ratifica los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema."

El Consejo Nacional de la Magistratura fue un ente autónomo, regido por una ley especial y con la integración señalada en el artículo 246 de dicha Carta. Además de la selección de los postulantes a Magistrados, se le dio la atribución de investigar, en forma permanente y obligatoria, bajo responsabilidad, la conducta funcional de los jueces.

Un asunto que debe ser resuelto, referido al Poder Judicial, es el concerniente a la responsabilidad civil y penal de los Magistrados de la Corte Suprema. En relación a los Magistrados de Primera y Segunda instancias, no existe mayor problema: ellos pueden ser demandados civilmente o denunciados penalmente, en la forma prescrita por la ley. En uno u otro caso el respectivo proceso termina en la Corte Suprema.

Empero, cuando se trata de la responsabilidad penal de los Vocales de la Corte Suprema (previa la declaración de que hay lugar a formación de causa) son otros Magistrados de la misma Corte Suprema los que tienen que juzgar a sus colegas. Y cuando se trata de la responsabilidad civil de los Vocales de la Corte Suprema, se agrava la situación, en razón de que, siendo numerosos los procesos, unos Vocales deciden los casos en que están involucrados otros, y viceversa.

Ya el artículo 100, inciso 4, de la **Constitución de 1823** estableció que a la Corte Suprema le correspondía "Conocer de todas las causas criminales que se promovieren contra los individuos de su seno. Y si fuere necesario hacer efectiva la responsabilidad de toda ella, nombrará el Congreso un tribunal de nueve Jueces, sacados por suerte de un número doble que elegirá a pluralidad absoluta."

El artículo 101, inciso 6, de la **Constitución de 1834** atribuyó al Consejo de Estado "hacer efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema o de alguno de sus miembros y para los recursos de nulidad que se interpongan de las sentencias que pronuncie en última instancia nombrará en cada renovación suya un tribunal compuesto de siete Vocales y un Fiscal, elegidos a pluralidad absoluta entre sus miembros".

Otras Constituciones obviaron el asunto.

El sistema de nombramientos judiciales ha sido y es deficiente en el Perú. Las remuneraciones poco atractivas de los cargos judiciales han excluido de integrar el Poder Judicial a muchos abogados con evidentes aptitudes, que prefieren el ejercicio profesional. Casos hay, ciertamente, de profesionales del Derecho que se han decidido por la magistratura, sacrificando expectativas de carácter económico.

La función judicial es ingrata. El Juez debe resolver conflictos de intereses, de diversa índole. Quien gana un pleito, nada agradece, pues estima que simplemente se ha hecho justicia. A la inversa, quien pierde un pleito, salvo excepciones, considera que se ha cometido injusticia con él. Pero, al margen de la naturaleza humana, proclive a semejantes criterios, la comunidad tiene la percepción de que hay malos Magistrados (Jueces y Fiscales) que han convertido la justicia en un concurso de postores. Cuando hay importantes intereses patrimoniales o está de por medio la libertad de las personas, la corrupción acecha.

En el curso de 1992 han sido separados centenares de Jueces y Fiscales, sin expresión de causa. Junto a Magistrados cuya falta de idoneidad era cierta, otros, probos y capaces, fueron cesados por razones meramente políticas. Mediante disposiciones legislativas y resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura o del Tribunal Constitucional las destituciones arbitrarias han sido reparadas.

La crisis del Poder Judicial es permanente en el Perú. El Estado no afronta con seriedad el problema. Son miles los procesos civiles y penales que son tramitados con excesiva morosidad. La falta de una legislación moderna y realista ha dado lugar a que los anaqueles de la Corte Suprema se llenaran de expedientes, en los cuales las cuestiones que se ventilaban, por su simplicidad o cuantía, debían concluir en las Cortes Superiores.

Códigos procesales anacrónicos permitieron el uso de recursos dilatorios. Los Jueces, muchas veces, optaron por declarar nulidades procesales intranscendentes, en vez de resolver la materia de fondo, propiciando así el retardo de la justicia.

La autonomía y la independencia del Poder Judicial estuvieron ausentes durante los periodos en que el Perú afrontó dictaduras.

Hace dos años el Poder Judicial planteó una demanda de conflicto competencial al Poder Ejecutivo, respecto de la elaboración de su presupuesto, para que el Tribunal Constitucional resolviera, como efectivamente ocurrió, materia tan importante para atender los bienes y servicios de aquel Poder.

El Poder Judicial debe sustentar su presupuesto directamente en el Congreso, como lo hacen o deben hacer el Poder Ejecutivo, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público y los otros órganos autónomos, sin perjuicio de las coordinaciones con el Ministerio de Economía a efectos de buscar el equilibrio presupuestal.

El Consejo Nacional de la Magistratura, ya con independencia, ha procedido en los últimos años a designar los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, atendiendo al mérito de los postulantes.

El Ministerio Público

El artículo 98 de la **Constitución de 1823** estableció que la Corte Suprema estaba compuesta por dos Fiscales. El artículo 101 dispuso que las Cortes Superiores tuvieran los Fiscales que fueran necesarios.

El artículo 103 de la **Constitución de 1826** integró la Corte Suprema con un Fiscal. No hubo otra norma.

El inciso 6 del artículo 94 de la **Constitución de 1828** dispuso que el Fiscal haría de acusador de algún miembro de las Cámaras o Vocal de la Corte Suprema en los delitos de traición, atentados contra la seguridad pública y demás que merezcan pena corporal. El artículo 108 señaló que la Corte Suprema tenía al menos un Fiscal. El Tribunal de Siete Jueces contaba, también, con un Fiscal, de acuerdo al artículo 112.

Al Tribunal de Siete Jueces, conforme al inciso 6 del artículo 101 de la **Constitución de 1834**, le correspondía un Fiscal. Los artículos 110, 111 y 115 de la propia Carta integraban el Consejo Supremo de Guerra, la Corte Suprema y las Cortes Superiores con sendos Fiscales.

Los artículos 115 y 119 de la **Constitución de 1839** establecieron Fiscales para la Corte Suprema y las Cortes Superiores.

Fue en la **Constitución de 1856** que, por vez primera, se crea el cargo de Fiscal de la Nación. En efecto, los artículos 132 y 133 de esa Carta dispusieron: "Para vigilar sobre el cumplimiento de las leyes, habrá un Fiscal de la Nación en la capital de la República, Fiscales y gentes Fiscales en los lugares y con las atribuciones que la ley designe" y "El Fiscal de la Nación será nombrado en la misma forma que los Vocales de la Corte Suprema, los departamentales como los Vocales de las Superiores; y los Agentes Fiscales como los Jueces de Primera Instancia."

El artículo 126 de la **Constitución de 1860** señaló que los Fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores serían nombrados en la misma forma que los Vocales respectivos y los Agentes Fiscales al igual que los Jueces de Primera Instancia.

El artículo 124 de la **Constitución de 1867** repitió el texto antes referido.

De acuerdo a los artículos 147 y 148 de la **Constitución de 1920** los Fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores eran nombrados en la misma forma que los Vocales respectivos.

Los artículos 222, 223 y 224 de la **Constitución de 1933** equipararon el nombramiento de los Fiscales Supremos y Superiores y Agentes Fiscales a los Vocales respectivos y a los Jueces de Primera Instancia.

La **Constitución de 1979** reguló lo concerniente al Ministerio Público, en forma separada del Poder Judicial. El artículo 250 indicaba que es autónomo y jerárquicamente organizado. Fijaba sus atribuciones. El artículo 251 enumeraba cuáles son los órganos del Ministerio Público.

Se colige del examen constitucional que antecede que, aunque dentro del Título del Poder Judicial, la Constitución de 1856 le dio cierta autonomía y, sobre todo, la denominación de **Fiscal de la Nación** al funcionario encargado de "**vigilar sobre el cumplimiento de las leyes**".

El Reglamento de los Tribunales, de 1852, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1912, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1962, y la Ley Orgánica del Ministerio Público (decreto legislativo 52), además de las leyes procesales, civiles y penales, y de la legislación electoral, han determinado, con más precisión, las atribuciones de los magistrados del Ministerio Público.

El 9 de octubre de 1895 se dictó una resolución suprema que nombró una comisión compuesta por los doctores Alberto N. Elmore, Miguel Antonio de la Lama y Manuel Aurelio Fuentes, para que forme una compilación metódica de todas las disposiciones legales relativas a las atribuciones, responsabilidades y prerrogativas del Ministerio Público, "teniendo en consideración: que las atribuciones del Ministerio Fiscal, en los diversos grados que constituyen esta importante institución, no están determinadas, ni reunidas en una sola ley; que tales atribuciones se encuentran diseminadas en los Códigos Civiles y Penales y en leyes especiales, circunstancia que puede explicar, tal vez, las omisiones en que suelen incurrir algunos representantes del Ministerio Público en ejercicio de sus funciones..."

La ley de 21 de marzo de 1873 dispuso que "El Supremo Tribunal de Responsabilidad Judicial se compondrá de nueve Vocales y un Fiscal elegidos por el Congreso."

Diversas leyes, dictadas en el lapso 1992-99, intervinieron el Ministerio Público, con una Comisión Ejecutiva, en la que tenía un poder omnipotente la obsecuente Fiscal Suprema Blanca Nélida Colán, vinculada directamente al asesor presidencial Vladimiro Montesinos. El

sometimiento del Ministerio Público sólo concluyó con el retorno de la democracia al Perú, hacia fines del año 2000.

La investigación del delito corresponderá al Ministerio Público, con el apoyo de la policía. Para cumplir con esa atribución constitucional, una comisión especial, que me honré en presidir, elaboró el proyecto de Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo 638, de 2 de agosto de 1991; pero que, por intereses creados más que por razones técnicas, no entró en vigencia sino parcialmente. Una nueva comisión actualizó ese Código y el Decreto Legislativo 957, de 22 de julio de 2004, lo ha puesto también en vigencia escalonada. De manera que en le Perú tres leyes procesales penales rigen simultánea y fragmentadamente.

Los derechos humanos

Del artículo 4 de la **Constitución Política de 1823** se infiere que ella tenía el carácter de un pacto social destinado a conservar y proteger los derechos legítimos de todos los individuos que componen la Nación. Empero, ese "pacto social" excluía el ejercicio de cualquier otra religión que no sea la Católica, Apostólica y Romana (artículo 8) y obligaba a cualquier habitante de la República a "respetarla inviolablemente" (artículo 9).

La referida Constitución declaraba que nadie nacía esclavo en el Perú y que quedaba abolido el tráfico de negros (artículo 11).

Perdía la nacionalidad el peruano que hiciere ese tráfico y prohibía nacionalizarse al extranjero que la practicara (artículo 12).

Declaraba delincuente al que violara la Constitución (artículo 15).

Obligaba a todos a tributar (artículo 16).

Establecía la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (artículo 23).

Declaraba que todos los ciudadanos participaban, mediante el sufragio, en la elección de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (artículo 30) y en las Juntas Departamentales (artículo 132).

Daba acceso a la función pública a todos los ciudadanos (artículo 22).

Daba, también, acceso a la justicia (artículo 110).

Prohibía la confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental (artículo 115).

Nadie podía ser detenido más de 24 horas, sin ser puesto a disposición de la autoridad judicial competente (artículos 117 y 127).

El domicilio era inviolable (artículo 118).

Había acceso a la instrucción pública (artículo 183).

Reconocía el derecho de petición (artículo 187 y 194).

Reiterativamente, el artículo 193 declaraba inviolables:

1. La libertad civil.
2. La seguridad personal y la del domicilio.
3. La propiedad.
4. El secreto de las cartas.
5. El derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno.
6. La buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.
7. La libertad de imprenta en conformidad con la ley que la arregle.
8. La libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes.
9. La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.

Estos mismos derechos fundamentales del ciudadano (no de la persona) fueron reconocidos en las Constituciones posteriores, que incluyen, además, los principios de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda o impedido de hacer lo que ella no prohíbe; de que ninguna ley puede tener efecto retroactivo; de que todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República; de que se garantiza la instrucción primaria gratuita; etc.

Cada una de las Cartas ordena, de manera peculiar, las garantías constitucionales.

La **Constitución de 1839** diferenciaba las garantías constitucionales de las garantías individuales. Entre las primeras (artículos 151, 152 y 153) se determinó que "La Nación no reconoce pacto o estipulación alguna celebrada con las potencias extranjeras que no sea aprobada por el Poder Legislativo"; que "No hay otros medios de obtener el Supremo Poder Ejecutivo que los designados en esta Constitución"; y que "Son nulos todos los actos del que usurpe el Poder Supremo, aunque sean conforme a las leyes."

La **Constitución de 1856** estableció las garantías constitucionales (artículos 5 al 14) y las garantías individuales (artículos 15 al 31), entre éstas el derecho de asociación y la igual protección de las leyes: podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de los objetos pero no por solo la diferencia de las personas.

La **Constitución de 1860** hizo la distinción entre garantías nacionales (artículos 5 al 13) y garantías individuales (artículos 14 al 32).

Asimismo, la **Constitución de 1867** enumeró las garantías nacionales (artículos 4 al 12) y las garantías individuales (artículos 13 al 37).

La **Constitución de 1920** clasificó las garantías nacionales (artículos 6 al 21), las garantías individuales (artículos 22 al 36) y las garantías sociales (artículos 37 al 58).

Entre las garantías sociales estableció:

- La libertad de asociarse y de contratar.
- La inviolabilidad de la propiedad, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.
- La igualdad de los extranjeros y de los peruanos, en cuanto a propiedad, no pudiendo aquéllos adquirir

ni poseer propiedad ninguna dentro de los 50 kilómetros de las fronteras.
- La posibilidad de establecer, por razones de interés nacional, restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad.
- La imprescriptibilidad de los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas.
- La pertenencia al Estado de la propiedad minera.
- La propiedad intelectual.
- El derecho del Estado a tomar a su cargo o nacionalizar transportes u otros servicios públicos.
- La libertad de comercio e industria.
- La libertad de trabajo.
- La legislación sobre organización y seguridad del trabajo industrial, las condiciones máximas de trabajo, los salarios mínimos y la indemnización por accidentes de trabajo.
- El arbitraje obligatorio en los conflictos laborales.
- La organización de los tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar los conflictos entre el capital y el trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos.
- La prohibición de los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales.
- La determinación legal del interés máximo por los préstamos en dinero.
- La prohibición de los juegos de envite.
- La obligatoriedad de la enseñanza primaria y la garantía de su gratuidad.
- El profesorado como carrera pública.
- El fomento de los servicios sanitarios y de asistencia pública.
- El fomento de las instituciones de previsión y de solidaridad social.
- El dictado de leyes o medidas para abaratar los artículos de consumo para la subsistencia.
- La protección a la raza indígena y el reconocimiento legal de las comunidades indígenas.

La **Constitución de 1933** incluyó en el título de "Garantías Constitucionales" a las Garantías Nacionales y Sociales (artículos 7 a 54) y a las Garantías Individuales (artículos 55 a 70). Repitió el texto de la mayor parte de las garantías referidas en la Constitución de 1920, pero agregó otras. Incluso, no siendo garantía, estableció dos supuestos en que se perdía la nacionalidad peruana.

Dispuso que las tarifas de pasajes y fletes se fijaran y cobraran sólo en moneda nacional, sin ninguna excepción.

Declaró que el Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras.

Prohibió toda estipulación en el contrato de trabajo que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales.

Declaró que la libertad de conciencia y de creencia es inviolable y que nadie será perseguido por razón de sus ideas.

El artículo 70 precisó los casos en que podía decretarse la suspensión de las garantías constitucionales.

(Las leyes 8505 y 11049, entre otras, hicieron írritas estas garantías constitucionales).

La **Constitución de 1979** usó mejor técnica para garantizar los derechos fundamentales que corresponden a la persona, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Previa la declaración respecto a que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado y que todos tienen la obligación de respetarla y protegerla (artículo 1), enumeró los derechos que correspondían a la persona (artículo 2). Esa enumeración no era taxativa (artículo 4).

Mientras que todas las anteriores Constituciones se refirieron a las garantías del ciudadano, la Carta de 1979 trató de los derechos de la persona humana. La diferencia no sólo era gramatical, sino también esencial, pues el concepto de "persona" incluía a los menores de 18 años y a los extranjeros.

Otras disposiciones de la Constitución de 1979 (artículos 5 al 11) sobre la familia (artículos 12 al 20), la seguridad social (21 al 41), la educación, ciencia y cultura (42 al 57), el trabajo (64 al 71), los derechos y deberes políticos, (72 al 78), ampliaron la cobertura de garantías básicas.

Adicionalmente, la Constitución de 1979 dedicó el Título V a las Garantías Constitucionales (artículos 295 a 305).

Reconoció el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo.

Indicó que había acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos o normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, en el Perú, tenía su sede en la ciudad de Arequipa. La verdad es que, en más de diez años, sus miembros se reunían en Lima; y sólo ocasionalmente en Arequipa, para tratar algunos asuntos de resonancia pública. La carga procesal provenía –entonces como actualmente- de los distritos judiciales de Lima, Callao, Cono Norte de Lima y Huaura.

La mayor labor del TGC fue referida a resolver las acciones de amparo y hábeas corpus.

Las cuestiones relacionadas con la inconstitucionalidad de las leyes fueron desestimadas al no haber alcanzado el número de votos (dos tercios) del número legal de sus miembros.

El Derecho constitucional comparado acredita que la tendencia mundial es a crear órganos especiales

encargados del control de la constitucionalidad de las leyes y garantizar la vigencia plena de los derechos humanos. Así, puede afirmarse que todos los países de Europa y muchos del África cuentan con tribunales, cortes, consejos o salas constitucionales.

En América, ocurre algo semejante. En Chile, el artículo 81 de su Constitución establece un Tribunal Constitucional, integrado por siete miembros, para la guarda de esa Carta. En Colombia, el artículo 239 crea la Corte Constitucional, con número impar de miembros, fijado por la ley. En Uruguay, le corresponde a la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de una ley, por razón de forma o de fondo, según los artículos 256 y 257 de su Constitución. El Supremo Tribunal Federal de Brasil tiene semejante atribución, de acuerdo a los artículos 101 y 102 de su Constitución.

La pena de muerte

La pena de muerte ha sido, desde los albores de la civilización, objeto de opiniones contradictorias. Hubo y hay partidarios de la pena capital y adversarios o abolicionistas.

Hay miles de libros escritos en favor o en contra de la pena de muerte. Existen legislaciones que mantienen la pena de muerte para los delitos más execrables.

La pena capital es irreparable. Si, después de aplicada, se acredita la inocencia del sentenciado, no es posible la reparación. En épocas remotas era ejecutada discrecionalmente, incluso por motivos religiosos.

En muchos pueblos se aplicó a los delitos contra las divinidades y a los de naturaleza política. Las leyes de Dracón y de Licurgo fueron severas. La pena de muerte se ejecutaba con la horca, el hacha, el veneno o el despeñamiento.

La ley de las XII Tablas, en la antigua Roma, estableció la pena de muerte, entre otros delitos, para los perpetrados en agravio del pater familia y demás homicidios calificados y para los autores de profanación de templos. Los magistrados prevaricadores eran arrojados desde la roca Tarpeya. Otras formas de ejecutar la pena de muerte era el estrangulamiento, la decapitación y el ahogamiento.

La mujer adúltera era condenada al apedreamiento.

Jesucristo fue crucificado.

Túpac Amaru sufrió descuartizamiento.

Juana de Arco fue quemada viva.

La Inquisición fue protagonista de la intolerancia religiosa y causó la muerte de multitud de inocentes.

La guillotina funcionó incansable durante el siglo XVIII.

En la evolución históricolegislativa se puede advertir la tendencia ecuménica a humanizar la pena a efectos de rehabilitar al delincuente. Todos los países de Europa, con alguna excepción, proscriben la pena de muerte. En los Estados Unidos de América la pena de muerte se mantiene en varios Estados.

En el Perú dos Cartas Políticas abolieron la pena de muerte. El artículo 16 de la **Constitución de 1856** declaró: "La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer la pena de muerte." Igualmente, el artículo 15 de la **Constitución de 1867** estableció: "La vida humana es inviolable: la ley no podrá imponer la pena de muerte." El contenido de ambos preceptos es, pues, idéntico. La única variante es la puntuación.

La **Constitución de 1834** no contuvo norma alguna respecto de la pena de muerte. El artículo 154 dispuso: "En ningún caso puede imponerse la pena de confiscación de bienes, ni otra alguna que sea cruel. No se puede usar la prueba de tormento ni imponer pena de infamia trascendental."

Asimismo, la **Constitución de 1839** tampoco reguló la pena de muerte. El artículo 133 preceptuó: "Queda abolida la pena de confiscación de bienes, y ninguna pena afectará a otro que al culpado."

Si se toma en consideración el hecho de que, entre las atribuciones del Presidente de la República (artículo 87, inciso 40) estuvo la concerniente a "Conmutar la pena capital de un criminal, previo informe del Tribunal o del Juez de la causa, siempre que concurran graves y poderosos motivos; no siendo los casos exceptuados por la ley", hay que inferir que la pena de muerte no estaba excluida.

Todas las demás Cartas Políticas admitieron, aunque fuera con algunas restricciones, la pena de muerte.

Así tenemos:

Constitución de 1823:
"Artículo 115. Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El Código Criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente la merezcan."

Constitución de 1826:
"Artículo 122. Queda abolida toda confiscación de bienes y toda penal cruel y de infamia trascendental. El Código Criminal limitará en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital."

Constitución de 1828:
"Artículo 129. Quedan abolidos:
5. La pena capital se limitará al Código Penal (que forme el Congreso) a los casos que exclusivamente la merezcan."

Constitución de 1860:
"Artículo 16. La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado."

Constitución de 1920:
"Artículo 21. La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la Patria, en los casos que determine la ley."

Constitución de 1933:
"Artículo 54. La pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la Patria y homicidio calificado, y por todos aquéllos que señale la ley."

Constitución de 1979:
"Artículo 235. No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria, en caso de guerra exterior."

Adicionalmente, la Constitución de 1979, en su Décimo Sexta Disposición General y Transitoria, ratifica, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; y ratifica, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los países de Europa han abolido la pena de muerte; y los de América Latina están en esa misma ruta.

Por lo tanto, la pena de muerte en el Perú está limitada exclusivamente a los supuestos previstos en la Carta de 1993.

La responsabilidad de los funcionarios públicos

Históricamente, todos los funcionarios públicos son directa y personalmente responsables por los actos y por las omisiones que cometan en el ejercicio de sus cargos. No existe país en el mundo en que los funcionarios no estén sujetos a las responsabilidades previstas en cada Constitución y en sus leyes; excepto, naturalmente, las pocas naciones en que hay soberanos con poderes absolutos.

En la antigüedad, la situación fue distinta. Los soberanos no eran responsables, aunque perpetraran crímenes horrendos.

A partir de las **Bases de la Constitución** de la República Peruana, de 17 de diciembre de 1822 (artículo 15), se declaró que "Los que ejercen el Poder Ejecutivo y los Ministros de Estado son responsables in solidum por las resoluciones tomadas en común, y cada Ministro en particular por los actos peculiares a su departamento."

El artículo 78 de la **Constitución de 1823** expresó que "El Presidente es responsable de los actos de su administración." El artículo 84 de la misma Carta indicó que "Son responsables in solidum los Ministros por las resoluciones tomadas en común, y cada uno en particular por los actos peculiares a su departamento."

Por excepción, el artículo 80 de la Constitución de 1826, formulada para que Bolívar fuera Presidente vitalicio, dispuso que "El Presidente de la República es el Jefe de la administración del Estado, sin responsabilidad por los actos de dicha administración." Pero los artículos 88, 89 y 94 señalaron, respectivamente, que "El Vicepresidente de la República es el Jefe del Ministerio", que "Será responsable con el Secretario del despacho del departamento respectivo de la administración del Estado" y que "Los Secretarios del despacho serán responsables con el Vicepresidente, de todas las órdenes que autoricen contra la Constitución, las leyes y los tratados políticos."

Hay duplicidad de disposiciones, por falta de técnica; pero fue inequívoca la voluntad del constituyente de que existiera responsabilidad solidaria entre el Vicepresidente, que era Jefe del Gabinete, y el Secretario competente.

Los artículos 88 y 100 de la Constitución de 1828 prescribieron que "El Presidente es responsable de los actos de su administración" y que "Los Ministros son responsables de los actos del Presidente que autoricen con sus firmas, contra la Constitución y las leyes."

Los artículos 78 y 94 de la Constitución de 1834 indicaron que "El Presidente es responsable de los actos de su administración" y que "Los Ministros son responsables de los actos del Presidente, que autoricen con sus firmas contra la Constitución y las leyes."

Los artículos 79 y 95 de la Constitución de 1839 declararon que "El Presidente es responsable de los actos de su administración, y la responsabilidad se hará efectiva concluido su período" y que "Los Ministros son responsables de los actos del Presidente que autoricen con sus firmas contra la Constitución y las leyes, pudiendo hacerse efectiva esta responsabilidad durante su cargo."

La peculiaridad de la norma del artículo 79 es que se difería la responsabilidad presidencial, hasta la conclusión de su mandato.

Los artículos 81 y 97 de la Constitución de 1856 expresaron que "Durante el período del Presidente de la República, sólo podrá hacerse efectiva su responsabilidad en los casos que vaque de hecho la Presidencia conforme a esta Constitución. En los demás casos se hará efectiva la responsabilidad de que hablan los artículos 11 y 12, concluido su período" y que "Los Ministros son responsables solidariamente por las resoluciones dictadas en Consejo, si no salvasen su voto; e individualmente, por los actos peculiares a su departamento."

(Los casos de vacancia de hecho y de derecho fueron enumerados en el artículo 83).

Se advierte que se diferencia los casos en que los Ministros son responsables solidaria e individualmente.

Aunque no hay norma alguna, específica, sobre la responsabilidad del Presidente en la Constitución de 1860, se estableció en el artículo 86 que "El Presidente de la República, al concluir su período, dará cuenta al Congreso de sus actos administrativos, para los efectos de la atribución 24, artículo 59 (que atribuye al Congreso la facultad de examinar, al fin de cada período constitucional, los actos administrativos del Jefe del Poder Ejecutivo, y aprobarlos, si fuesen conformes a la Constitución y a las leyes; en el caso contrario, entablará la Cámara de Diputados ante el Senado la correspondiente acusación). Además, en el artículo 104 se declaró que "Los Ministros son responsables

solidariamente por las resoluciones dictadas en Consejo, si no salvasen su voto; e individualmente por los actos peculiares a su departamento."

Asimismo, el artículo 82 de la Constitución de 1867 dispuso que "No podrá ser acusado el Presidente de la República durante el período de su mando; excepto en los casos a que se refieren los incisos 2, 3 y 4 del artículo 79 (vacancia de hecho por incapacidad moral o física, atentar contra la forma de gobierno y por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo). En cuanto a los Ministros de Estado, el artículo 96 señaló que "Los Ministros son responsables solidariamente por las resoluciones dictadas en Consejo, si no salvasen su voto, e individualmente por los actos peculiares a su departamento."

En la Constitución de 1920 ((Título XI relativo al Poder Ejecutivo) no hay norma alguna sobre responsabilidad del Presidente de la República; pero el artículo 96 (incluido en el Título X sobre las Cámaras Legislativas) disponía que "El Presidente de la República no podrá ser acusado durante su período excepto en los casos de traición, de haber atentado contra la forma de Gobierno, de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión o suspendido sus funciones." El artículo 132 expresó que "Los Ministros son responsables solidariamente por las resoluciones dictadas en Consejo si no salvasen sus votos e individualmente por los actos peculiares a su departamento."

En la Constitución de 1933, el artículo 150 determinó que "El Presidente de la República sólo puede ser acusado durante su período por traición a la patria; por haber impedido las elecciones presidenciales o parlamentarias; por haber disuelto el Congreso, o impedido o dificultado su reunión o su funcionamiento, o la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones."

No se incluyó en esta norma igual sanción por impedir las elecciones de los Concejos Departamentales (artículo 190), ni de los Concejos Municipales (artículo 204).

La Constitución de 1979, en su artículo 210, dispuso que "El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo 227; y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales." Adicionalmente, el artículo 221 indicaba que "Los Ministros son responsables, individualmente, por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan. Todos los Ministros son solidariamente responsables por los actos delictuosos o infractorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente."

Los casos en que el Presidente de la República podía ser acusado, durante su mandato, están ampliados en el aludido numeral a los supuestos de impedir las elecciones regionales o locales y la reunión y funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Es claro que, concluido su mandato, el Presidente de la República puede ser acusado por cualquier otro delito que haya cometido en el ejercicio del cargo.

En nuestro Derecho constitucional sustantivo, el procesa-miento del Presidente de la República siempre estuvo sujeto a la previa declaración de que había lugar a formación de causa. Así lo establecieron el artículo 90, inciso 5, de la Constitución de 1823 (atribución del Senado Conservador); los artículos 22 y 32 de la Constitución de 1828; los artículos 22 y 32 de la Constitución de 1834; los artículos 35 y 42 de la Constitución de 1839; los artículos 61 y 62 de la Constitución de 1856; los artículos 64 y 66 de la Constitución de 1856; el artículo 59, inciso 30, de la Constitución de 1867; los artículos 95 y 97 de la Constitución de 1920; los artículos 121 y 122 de la Constitución de 1933; y los artículos 183 y 184 de la Constitución de 1979..

Aunque las diversas Cartas Políticas hacen alusión no sólo a "delito", sino también a "infracción de la Constitución", resulta un imposible jurídico abrir proceso y aplicar pena cuando el Presidente de la República, los miembros del Congreso, los Ministros, los Vocales de la Corte Suprema y otros altos funcionarios violan la Constitución, en razón de que el hecho es atípico penalmente.

Como observó alguna vez Manuel Vicente Villarán, comentando la Constitución de 1860, no existía entonces norma legal alguna para hacer efectiva la responsabilidad del Presidente, de los Senadores y Diputados, de los ministros y de otros altos funcionarios del Estado, por "infracciones a la Constitución".

El vacío subsistió durante la vigencia de las Constituciones de 1920 y 1933 y ha continuado mientras rigió la Carta de 1979. En el propósito de que ese "nudo del poder" se desate, presenté un proyecto de ley, que igualmente ha quedado pendiente de aprobación en el Parlamento Nacional.

Ese proyecto (No. 101290S), de fecha 10 de abril de 1991, tuvo dos artículos, con el texto siguiente:

"Artículo 1o. Son infracciones a la Constitución Política del Perú:

1) Ejercer las funciones públicas designadas en la Constitución, sin juramento o promesa de cumplirla;
2) Desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno o más por función docente;
3) Dejar de hacer declaración jurada de bienes y rentas estando el funcionario público obligado legalmente a formularla;
4) Ejercer el derecho de petición los miembros de la Fuerza Armada y Policía Nacional;
5) Asumir función o empleo públicos designados por gobierno usurpador;
6) Atentar contra la unidad de la República;
7) La creación, modificación, supresión o exoneración de tributos, sin ley expresa;

8) La creación, modificación, supresión o exoneración de tributos o de contribuciones sin facultad legal, por los gobiernos regionales o locales;
9) La contratación con fondos públicos de obras o suministros, así como la adquisición o enajenación de bienes del Estado, sin licitación pública, o, cuando la ley lo autoriza, sin concurso público, salvo las excepciones legales respectivas.

Los agentes de tales infracciones serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenticinco díasmulta e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4, del Código Penal, por doble tiempo de la condena.

Artículo 2°. Serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de quince años los que infrinjan, según los casos, los artículos 148, 149, 155, 173, 174, 182, 210, 219, 232, 233, 243, 247, 250, último párrafo, 251, 266, 286 y 288 de la Constitución.

Se les impondrá, además, inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4, del Código Penal."

¿Cuáles son los casos previstos en los referidos artículos constitucionales? Los siguientes:

La emisión inorgánica de billetes y moneda, sin acuerdo del directorio del Banco Central de Reserva del Perú.

Violar la autonomía del Banco Central de Reserva del Perú, no cumplir las funciones de regular la moneda y el crédito del sistema financiero, no defender la estabilidad monetaria, no administrar las reservas internacionales, no cumplir las demás obligaciones que señala al directorio la ley, no informar periódica y exactamente sobre el estado de las finanzas nacionales.

Violar la autonomía de la Superintendencia de Banca y Seguros o no ejercer el control de las empresas bancarias, financieras, de seguros y las demás que operan con fondos del público.

Violar la incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, excepto la de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, previa autorización, en este último caso, de la Cámara respectiva; o la incompatibilidad con la condición de gerente, apoderado, representante, abogado, accionista mayoritario, miembro del directorio de empresas que tienen contratos de obras o aprovisionamiento con el Estado o administran rentas o servicios públicos; o cargos similares en empresas que, durante el mandato del Representante, obtengan concesiones del Estado.

Violar la prohibición que los Senadores y Diputados tienen de intervenir como miembros del directorio, abogados, apoderados, gestores o representantes de bancos estatales y de empresas públicas o de economía mixta; de tramitar asuntos particulares de terceros ante los órganos del Poder Ejecutivo; y de celebrar por sí o por interpósita persona contratos con la administración pública, salvo las excepciones que establece la ley.

Violar la obligación que tiene el Presidente de la República de poner a disposición del Congreso y de cada Cámara los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que demanda el Presidente de la respectiva Cámara o de la Comisión Permanente; o disponer el ingreso de las Fuerzas Armadas al recinto del Congreso ni al de las Cámaras, sino con autorización del respectivo Presidente o del Presidente de la Comisión Permanente.

Perpetrar el Presidente de la República, durante su período, los siguientes actos:

1. Traición a la Patria (por ejemplo, permitir o consentir el ingreso de tropa extranjera al territorio nacional, sin permiso del Congreso, o suscribir tratados que importan renuncia a la soberanía nacional sobre ese territorio, que incluye el espacio aéreo y el dominio marítimo).
2. Impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales, en las fechas previstas.
3. Disolver el Congreso, salvo el caso de la Cámara de Diputados cuando censura o niega confianza a tres Consejos de Ministros.
4. Impedir la reunión o funcionamiento del Congreso.
5. Impedir la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones.
6. Impedir la reunión o funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales.

- Ejercer los Ministros otra función pública, salvo la legislativa; o ejercer actividad lucrativa o intervenir, directa o indirectamente, en la dirección o gestión de empresa ni asociación privada.
- Violar las garantías y procedimientos que la Constitución y las leyes establecen para la administración de justicia.
- Violar la autonomía y la independencia del Poder Judicial; la publicidad en los juicios penales; la motivación de las resoluciones judiciales; dejar de administrar justicia; aplicar analógicamente la ley penal; privar del derecho de defensa; condenar en ausencia; revivir procesos fenecidos; ejercer función jurisdiccional por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución, etc.
- Violar la incompatibilidad entre la función judicial con toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria; o la prohibición que afecta a los Magistrados de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga.
- Violar el Consejo Nacional de la Magistratura los procedimientos para formular las propuestas de Magistrados Judiciales.
- Violar el Ministerio Público las atribuciones que le son inherentes y las incompatibilidades que le afectan.
- Violar las Asambleas Regionales la delegación de competencia que acuerda el Poder Legislativo, violar la legislación nacional, atentar contra el carácter unitario de la República o el interés nacional.
- Violar la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones o los procedimientos electorales.
- Violar la incompatibilidad de miembro del Jurado Nacional de Elecciones con otra función pública.

- Violar la autonomía del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Desde luego, las penas aplicables, en caso de que, además de las infracciones constitucionales, se perpetren actos delictuosos previstos en el Código Penal, serían las más graves, de acuerdo a lo que dispone el artículo 48 de dicho Código.

La aprobación de este proyecto, lamentablemente, no ocurrió. Quedó pendiente de dictamen. **Requiere ser actualizado.**

La ley, ciertamente, es indispensable. La experiencia lo demuestra. Habría sido aplicada a los autores del golpe del 5 de abril de 1992 y a todos los que le han prestado colaboración.

El más grande "nudo del poder" es ponerle cascabel al gato. En un país como el Perú, que sufre frecuentes interrupciones constitucionales, todas las cuales quedan impunes, es indispensable introducir las normas que sancionen efectivamente a los usurpadores de la función pública.

La **Constitución de 1823** tuvo algunos preceptos encaminados a sofrenar el abuso del poder. El artículo 3 indicó que la soberanía reside esencialmente en la Nación y su ejercicio en los magistrados a quienes ella ha delegado sus poderes. El artículo 4 declaró que si la Nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen ataca el pacto social: así como se extrae de este pacto cualquiera que viole alguna de sus leyes fundamentales. El artículo 29 señaló que ninguno de los tres Poderes podía ejercer las atribuciones de los otros. El artículo 179 preceptuó que todo militar no es más que un ciudadano armado en defensa de la República. Y así como esta circunstancia le recomienda de una manera particular para las recompensas de la Patria, el abuso de ella contra la libertad le hará execrable a los ojos de la Nación y de cada ciudadano.

Según el artículo 10 de la **Constitución de 1826**, cada poder ejercía sus atribuciones sin excederse de sus límites; y, de acuerdo a su artículo 150, los poderes constitucionales no podían suspender la Constitución, ni los derechos que corresponden a los peruanos.

Con arreglo al artículo 22 de la **Constitución de 1828**, la Cámara de Diputados tenía el deber de acusar ante el Senado al Presidente y Vicepresidente, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado y a los Vocales de la Corte Suprema de Justicia por delitos de traición, atentados contra la seguridad pública, concusión, infracciones de la Constitución; y en general por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones a que esté impuesta pena infamante. Al Senado, según el artículo 31, le correspondía conocer si había lugar a formación de causa en tales acusaciones, resolviendo con dos tercios de los votos.

Los artículos 23 y 32 de la **Constitución de 1834** son semejantes a los artículos 22 y 31 de la Carta del 28. Además, el artículo 86 de la Constitución de 1834 declaró que el Presidente de la República no podía diferir las elecciones, ni disolver el Congreso.

Con ligeras variantes los artículos 33 y 42 de la **Constitución de 1839** mantuvieron el criterio de los aludidos preceptos constitucionales.

Los artículos 61 y 62 de la **Constitución de 1856** igualmente atribuyeron las funciones de acusación y de declaración de haber lugar a formación de causa a las Cámaras de Diputados y de Senadores.

Los artículos 64 y 66 de la **Constitución de 1860** fueron de semejante contenido; pero es preciso destacar que el artículo 65 indicaba que el Presidente de la República no podía ser acusado durante su período, excepto en los casos de traición, de haber atentado contra la forma de gobierno, de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión o suspendido sus funciones.

En la **Constitución de 1867**, que tuvo precaria vigencia, el artículo 9 declaró que la Nación no es responsable de las obligaciones que contrajeran o de los pactos que celebraran los gobiernos de hecho, aun cuando imperaren en la Capital de la República, a no ser que esas obligaciones o actos fuesen aprobados por un Congreso Nacional. El artículo 82 señalaba cuáles eran las causales para la acusación al Presidente de la República.

Los artículos 96 y 97 de la **Constitución de 1920** eran homólogos de los artículos 64 y 66 de la Carta de 1860.

En la **Constitución de 1933** los artículos 121 y 122 reprodujeron los textos antes citados.

Finalmente, la **Constitución de 1979** consagró, con texto ampliado, el mismo principio en sus artículos 183 y 184.

Además, en el artículo 210 enumeró las únicas causales por las cuales puede ser acusado el Presidente de la República, durante su mandato.

El Derecho constitucional peruano es, pues, invariable en determinar las atribuciones de la Cámara de Diputados y del Senado, en cuanto a acusar y declarar que ha lugar a formación de causa cuando el Presidente de la República disuelve el Congreso o impide su reunión o funcionamiento.

La **Constitución de 1993**, que crea el Congreso unicameral, indica que corresponde a la Comisión Permanente la atribución de acusar y al Congreso (sin los miembros de la Comisión Permanente) la de suspender o no al funcionario acusado e inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública, hasta por diez años, o destituirlo; y, si hay contenido penal, pasar el asunto al Fiscal de la Nación.

La referida disposición constitucional puede prestarse, naturalmente, para represalias políticas. La inhabilitación hasta por diez años para el ejercicio de la función pública, por razones meramente políticas, importaría la imposición de una pena, sin intervención del Poder Judicial y sin debido proceso.

La descentralización: las Municipalidades y las Regiones

Es característica de todo sistema democrático que el gobierno sea ejercido por una pluralidad de personas. La

concentración del poder es dictadura.

Los pueblos del Perú han buscado, desde la Independencia, que haya descentralización administrativa y, con vehemencia, lucharon por tener gobiernos locales elegidos directamente por cada una de las comunidades. Como se ha observado a lo largo de esta Exposición de Motivos, sólo en 1963 se logró realizar las primeras elecciones municipales, o sea 142 años después de la formación de la República.

Hemos observado, asimismo, que nuestras Constituciones confirieron a los colegios electorales atribución para elegir las Juntas Departamentales y organismos similares, que no llegaron a funcionar debidamente.

En la tercera década de este siglo y de acuerdo a la Constitución de 1920, fueron elegidos (no auténticamente) tres Congresos Regionales, que dieron al país la impresión de que se avanzaba hacia la descentralización.

Los Concejos Departamentales a que se refería la Constitución de 1933 nunca llegaron a ser elegidos, ni funcionaron. La concentración del poder se siguió ejerciendo desde la Capital de la República.

Las Regiones, establecidas por la Constitución de 1979 y sujetas a regulación legal, fueron creadas apresuradamente, sin criterio técnico e inconsultamente. La Carta de 1993 por determinar que cada Departamento es una Región; y, en el caso del Callao, la Municipalidad Provincial y el Gobierno Regional tienen el mismo ámbito territorial, mientras que, en cuanto a Lima, la Municipalidad ejerce atribuciones sobre la Provincia cuya población es casi el tercio del total del país, en tanto que el Gobierno Regional abarca el resto del Departamento.

Una de las acciones derivadas de la dictadura impuesta al país por el golpe del 5 de abril de 1992, fue la suplantación de los Presidentes y Asambleas Regionales con súbditos del "gobierno de emergencia y reconstrucción nacional". El centralismo se acentuó más aún. Al margen de tales hechos, es evidente que debe restituirse al pueblo el derecho de elegir sus gobiernos regionales y de cuidar que estos actúen eficientemente y con honestidad. Poco se hace, sin embargo, para organizar las Regiones.

Por su parte, los Concejos Municipales están en contacto inmediato con los pueblos. Son los gobiernos locales que resuelven directamente los asuntos que son de su competencia y que tienen relación con las necesidades de la vida cotidiana, como son la higiene pública, la zonificación y urbanismo, cooperación con la educación primaria, cultura, recreación y deportes, turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos, el tránsito, las licencias para abrir establecimientos industriales, comerciales, profesionales, etc., la seguridad de los pobladores y otros menesteres semejantes.

Para cumplir esas finalidades las Municipalidades perciben tributos denominados comúnmente "arbitrios", "gabelas", "sisas", "mojonazgos". Además, el gobierno central les transfiere tributos de otra naturaleza, que suelen conocerse como "impuestos", tales como los referidos a los terrenos sin construir, al valor de la propiedad predial y al valor automotriz, al peaje, entre otros posibles.

Los Cabildos Municipales tienen antigua data. Provienen de la época colonial, en que se conocían como "Ayuntamientos". Fueron factores trascendentes para la emancipación de las Nacionales Latinoamericanas del dominio español. Específicamente, en el Perú, las Municipalidades fueron el foco de la rebeldía contra la Corona, como, también, ocurrió en la propia España contra la dominación francesa.

A los Ayuntamientos hacen referencia los Diputados Peruanos, Dionisio Inca Yupanqui, Vicente Morales, Blas Ostalaza y Ramón Feliu, en su propuesta a la Corte de Cádiz sobre igualdad de peninsulares y criollos.

En el Reglamento Provisional de 12 de febrero de 1821, dictado por San Martín en Huaura, no hay referencia alguna a las Municipalidades; pero en la Sección Sexta del Estatuto Provisorio que expide el 8 de octubre de ese año, el general San Martín dispone, literalmente:

"Artículo 1. Las Municipalidades subsistirán en la misma forma que hasta aquí, y serán presididas por el Presidente del departamento.

Artículo 2. Las elecciones del cuerpo municipal desde el año venidero, se harán popularmente, conforme al reglamento que se dará por separado.

Artículo 3. El tratamiento de la Municipalidad de la capital será de V. S. I., y el de todas las demás del Estado de V. S."

Es pertinente señalar que, de acuerdo al Reglamento Provisional de 12 de febrero de 1821, el territorio que se hallaba bajo la protección del Ejército Libertador se dividía en 4 departamentos: Trujillo, Tarma, Huaylas y la Costa.

Las Bases de la Constitución Peruana de 17 de diciembre de 1822, dictada por la Junta Gubernativa, no hacen referencia a las Municipalidades.

La **Constitución de 1823** se refirió al Poder Municipal (artículos 138 a 147). Dispone que en todas las poblaciones, sea cual fuere su censo, habrá municipalidades compuestas del Alcalde o Alcaldes, Regidores, Síndico o Síndicos correspondientes; en la inteligencia que nunca habrá menos de dos Regidores, ni más de dieciséis; dos Alcaldes y dos Síndicos.

La elección de estos individuos se haría por colegios electorales de parroquia, renovándose la mitad cada año, según el reglamento respectivo. Se enumeraban las atribuciones y funciones del Municipio y las calidades requeridas para ser Alcalde, Regidor o Síndico.

La **Constitución de 1826** trató de los Municipios (artículos 128 a 133) dentro del Título del Régimen Interior de la República. Indicaba que donde el vecindario en el pueblo o en su comarca no bajen de mil almas habrá un Alcalde, y donde el número de almas pase de mil, habrá por cada dos mil un Alcalde. Los Alcaldes se renuevan cada dos años.

La **Constitución de 1828** regulaba las Municipalidades en el Título VII del Régimen Interior de la República (artículos 140 a 143). En toda población que por el censo debía tener colegio parroquial habría una junta de vecinos denominada Municipalidad.

Las Municipalidades tenían la dirección de los intereses locales; las disposiciones que tomaban sobre ellos estaban sujetas a la aprobación de las Juntas Departamentales y no podían ser contrarias a las leyes ni al interés general.

La **Constitución de 1834**, igualmente en el Título VII sobre Régimen Interior de la República (artículo 137), dispuso que en las capitales de departamento y de provincia habría una junta de vecinos denominada Municipalidad. El número de municipales, las calidades de los elegibles, las reglas de su elección, sus atribuciones y el tiempo de su servicio serían determinadas por una ley que tuviese por base la población y respectivas circunstancias locales.

La **Constitución de 1839** no tuvo norma relativa a las Municipalidades.

En cambio, la **Constitución de 1856** en el Título VI, artículos 114 a 117, se refirió explícitamente a ellas. Habría Municipalidades organizadas conforme a ley indicaba en todos los lugares que ésta designase. Correspondía a las Municipalidades la administración, cuidado y fomento de los intereses locales y de los establecimientos respectivos que se hallasen dentro de su territorio; les correspondía igualmente la formación y conservación del registro cívico y del censo de las poblaciones con arreglo a ley. La elección se hacía conforme a ley.

La **Constitución de 1860** en el Título XV (artículo 118) indicaba que habría municipalidades en los lugares que designase la ley, la cual determinaba sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos.

La **Constitución de 1867**, también en el Título XV (artículo 115), repitió el texto de la anterior.

La **Constitución de 1920** en el Título XVI (artículos 141 y 142), además de reiterar lo expresado en las dos anteriores Cartas, agregó que los Concejos Provinciales eran autónomos en el manejo de los intereses que les estaban confiados. La creación de arbitrios sería aprobada por el Gobierno.

La **Constitución de 1933** en el Capítulo II del Título X (artículos 203 a 206) se refirió a los Concejos Municipales. Habría Concejos Municipales en las capitales de provincia y de distrito y en los pueblos que determinase el respectivo Concejo Departamental. (La organización municipal, en el texto constitucional, se extendía a los distritos y otros pueblos). Las mujeres con derecho a voto municipal podían ser elegidas para formar parte de los Concejos Municipales. Las comunidades indígenas debían tener un personero. Los Concejos Municipales gozaban de autonomía administrativa y económica.

La **Constitución de 1979** en el Capítulo XII del Título IV regulaba lo concerniente a Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales. Los artículos 252 a 258 trataban de las Municipalidades, que eran órganos del gobierno local. Tenían autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

La administración municipal se ejercía por los Concejos Municipales, Provinciales, Distritales y los que se establecieran conforme a ley.

Los Alcaldes y Regidores eran elegidos, en sufragio directo, por los vecinos de la respectiva jurisdicción. Los extranjeros con más de dos años de residencia continua podían elegir y ser elegidos, salvo en las municipalidades fronterizas. El Alcalde presidía el Municipio. Se daba representación a las minorías.

Se estableció cuáles eran las competencias y las atribuciones de las Municipalidades y cuáles sus rentas. La Capital de la República tenía un régimen especial.

En cuanto a legislación, resulta útil mencionar que por ley de 3 de diciembre de 1862, siendo Presidente de la República don Miguel de San Román, se dictó diversas disposiciones relativas a la reunión en las plazas públicas de los Colegios Electorales de provincia para los efectos de elegir Alcaldes y Regidores, completando vacíos de la ley de 1853.

La ley de 24 de enero de 1879, dictada por el Presidente general Prado, dispuso la reunión de los Colegios Electorales el tercer domingo de noviembre para la elección de los Concejos Provinciales y Departamentales. Naturalmente, dicha ley no pudo aplicarse porque el 5 de abril de ese año fue declarada la guerra del Pacífico.

Sucesivamente, trataron de las elecciones municipales las leyes 1072, 1560 y 1561.

La ley 4447 aplazó las elecciones municipales en los departamentos de Loreto y San Martín; y, luego, las leyes 4817 y 5035 suspendieron en todo el país, indefinidamente, las elecciones municipales, que hasta entonces se habían celebrado mediante colegios electorales y sin la transparencia necesaria.

Las leyes 5644 y 7482 autorizaron el nombramiento de Municipalidades Provinciales y Distritales, a la Dirección de Gobierno y a las Prefecturas, respectivamente.

La ley 10233, dictada en 1945 dispuso la designación de Juntas Municipales Transitorias. Fue complementada por la ley 10283 en cuanto a cubrir las vacantes que se produjeran.

Las leyes 10733, 10751, 10768, 10823 y 10827 mantuvieron vigentes las Juntas Municipales Transitorias. Se dispuso, también, abrir un innecesario Registro Electoral Municipal.

Durante los gobiernos de Odría y de Prado la situación de las Municipalidades se mantuvo inalterable. Regían sus actividades de acuerdo a la Ley Orgánica de

Municipalidades de 1892, notoriamente anticuada; y los Alcaldes y Concejales eran designados por el Poder Ejecutivo.

El proyecto de Ley de Elecciones Municipales, remitido al Congreso el 28 de julio de 1963 por el Poder Ejecutivo, fue íntegramente elaborado por el suscrito; y, con aprobación de ambas Cámaras, fue promulgado el 23 de setiembre de ese año. Se efectuaron, por lo tanto, las primeras elecciones de alcaldes y regidores el 15 de diciembre de 1963, con participación de hombres y mujeres.

La reforma de la Constitución

Ya se ha expresado que el Perú se distingue por ser uno de los países en el mundo que ha dictado numerosas Constituciones. No es la necesidad de modernizar, sino el capricho de los gobernantes, habitualmente dictadores, lo que ha motivado que se haya expedido tantas Cartas Políticas, que repiten literalmente disposiciones de las anteriores, con reformas que no están dirigidas al bienestar general sino a resolver situaciones personales.

En la teoría de la Ciencia Política se clasifican, básicamente, en dos tipos las Constituciones: flexibles y rígidas. Son Constituciones flexibles aquéllas que pueden ser modificadas en forma análoga a cualquier ley; y son rígidas las que requieren de trámite especial, más complejo que el referente a la ley.

En el Perú se adoptó, desde principios de la República, el sistema jurídico de las Constituciones rígidas.

El artículo 191 de la **Constitución de 1823** dispuso que "queda sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto de los Diputados de todas las provincias actualmente libres, y de todas que fueren desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra; y el artículo 192 exigió que para la ratificación o reforma "deberán contener los poderes de los Diputados cláusula especial que los autorice para ello."

La **Constitución de 1826** consideró en los artículos 138 a 141 la manera de reformar esa Carta. Dispuso que pasados cuatro años después de jurada la Constitución si se advirtiese que algunos de sus artículos merece reforma se hará la proposición por escrito, firmada al menos por ocho miembros de la Cámara de los Tribunos, y apoyada por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara. La proposición debía leerse por tres veces, con intervalo de seis días entre una y otra lectura, luego de lo cual se votaba su admisión o no a discusión. Posteriormente debía recabarse autorización a los respectivos Colegios Electorales. Finalmente, en las primeras sesiones de la siguiente Legislatura se discutía y resolvía la reforma.

Poco duró la **Constitución de 1826** y, naturalmente, no hubo lugar a ninguna reforma de acuerdo al enredado procedimiento establecido.

El artículo 176 de la **Constitución de 1828** declaró que se conservará "sin alteración ni reforma por cinco años, desde la fecha de su publicación."

La propia Carta dispuso (artículo 177) que "En julio del año de mil ochocientos treintitrés se reunirá una Convención Nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta Constitución." Además (artículo 178): "Si antes del período prefijado, circunstancias muy graves exigieran el examen y reforma de que habla (sic) el artículo anterior, el Congreso podrá anticipar el tiempo en que debe reunirse la Convención Nacional."

En el supuesto referido, el artículo 179 señaló que "la proposición que podrá tener su origen en cualquiera de las dos Cámaras, deberá ser apoyada por la cuarta parte de sus miembros, y leída por tres veces con intervalo de seis días de una a otra lectura." Después de la tercera lectura, se debía discutir (artículo 180) si había o no lugar a la convocatoria de la Convención Nacional, debiendo concurrir dos terceras partes de los votos de las dos Cámaras. Vale decir, la reforma sólo podía ser acordada por la Convención Nacional ex *profeso* convocada.

El Poder Ejecutivo podía observar la ley.

El 10 de junio de 1834 la Convención Nacional, efectivamente, dictó la **Constitución** de ese año, promulgada el mismo día por el Presidente Luis José de Orbegoso.

Los artículos 180 a 187 de la Constitución de 1834 determinaron cómo se reformaba dicha Carta. Podía ser propuesta en cualquiera de las dos Cámaras, firmada al menos por un tercio de sus miembros presentes; debía ser leída, también, por tres veces con intervalo de seis días entre una y otra lectura; se debía si había lugar o no a ser admitida a discusión: en caso afirmativo pasaba la proposición a una comisión de nueve miembros, para dictamen dentro de ocho días; se requería dos tercios de los votos en cada una de las Cámaras para su aprobación; posteriormente se reunían las dos Cámaras para hacer el correspondiente proyecto, el cual pasaba al Poder Ejecutivo, que debía oír previamente al Consejo de Estado. El proyecto requería la aprobación del Congreso renovado, con mayoría absoluta de votos.

Los artículos 186 a 193 de la **Constitución de 1839** establecieron idéntico trámite para su reforma.

En cambio, el artículo 134 de la **Carta Política de 1856** indicó que "para reformar uno o más artículos constitucionales, se necesita que el proyecto sea aprobado en tres Legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley."

Asimismo, el artículo 131 de la **Constitución de 1860** dispuso que "La reforma de uno o más artículos constitucionales se sancionará en Congreso ordinario, previos los mismos trámites a que debe sujetarse cualquier proyecto de ley, pero no tendrá efecto dicha reforma, si no fuere ratificada, de igual modo, por la siguiente Legislatura ordinaria."

El artículo 131 de la **Constitución de 1867** es idéntico al 134 de la de 1856.

El artículo 160 de la **Constitución de 1920** expresó que

"Las reformas de la Constitución se harán solamente en Congreso Ordinario, pero no tendrán efecto si no fuesen ratificadas en otra Legislatura Ordinaria, requiriéndose que la aprobación de la reforma cuente en las dos Legislaturas con los dos tercios de votos de los miembros de cada Cámara."

El artículo 236 de la **Carta Política de 1933** preceptuó que "Toda reforma constitucional debe ser aprobada por las Cámaras en Legislatura Ordinaria y ser ratificada por ambas Cámaras en otra Legislatura Ordinaria. La aprobación y la ratificación requieren la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras. La iniciativa corresponde a los Diputados y a los Senadores, y al Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros".

La **Constitución de 1979** dispuso en su artículo 306 que:

"Toda reforma constitucional debe ser aprobada en una primera Legislatura Ordinaria y ratificada en otra primera Legislatura Ordinaria consecutiva.

El proyecto correspondiente no es susceptible de observación por el Poder Legislativo.

La aprobación y la ratificación requieren la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.

La iniciativa corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los Senadores y Diputados; a la Corte Suprema, por acuerdo de Sala Plena, en materia judicial; y a cincuenta mil ciudadanos, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones."

Puede afirmarse, resumiendo, que las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839, sujetaron la reforma constitucional a trámites engorrosos, que incluían la convocatoria a una Convención Nacional; que las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933 señalaron el trámite de aprobación por el Congreso, en forma semejante a la aprobación de las leyes, pero con ratificación en una o en dos Legislaturas Ordinarias.

La iniciativa para la reforma constitucional, según esas Constituciones, era exclusiva de los Senadores y Diputados, excepto la de 1933, que la amplió al Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros.

La Constitución de 1979 dispuso que la reforma se apruebe en dos primeras y consecutivas Legislaturas Ordinarias; y que la iniciativa corresponda, también, a la Corte Suprema, en materia judicial; y, lo que es más novedoso, a cincuenta mil ciudadanos. Esta fue una forma de participación democrática directa, que no llegó a concretarse.

Los países de América Latina previenen diversas maneras para reformas constitucionales.

En Argentina la Constitución puede ser modificada, total o parcialmente. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de no menos de las dos terceras partes de sus miembros; pero se hace la reforma mediante una Convención convocada al efecto (artículo 30).

En Bolivia, hay una Asamblea Constituyente que trata, en medio de muchos obstáculos, de hacer la reforma constitucional, al margen de la normatividad preexistente, según la cual mediante ley se declaraba la necesidad de la reforma. La ley requería el voto favorable de dos terceras partes de los miembros presentes en cada una de las dos Cámaras. El Poder Ejecutivo no podía vetar la ley (artículo 230).

En Brasil tienen iniciativa para la reforma constitucional un tercio al menos de los Diputados o de los Senadores Federales; el Presidente de la República; o más de la mitad de las Asambleas Legislativas de la Federación. La iniciativa debe ser discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional dos veces, considerándose aprobada si obtiene en ambas tres quintos de los votos de sus respectivos miembros. La reforma a la Constitución es promulgada por la Cámara de Diputados y el Senado Funcional. Hay asuntos fundamentales que no pueden ser materia de reforma constitucional (artículo 60).

En Colombia, su novísima Constitución dispone que puede ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (artículo 374). El proyecto de reforma puede ser presentado por el Poder Ejecutivo, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los Concejales o de los Diputados y los ciudadanos en un número equivalente al cinco por ciento, por lo menos, del censo electoral vigente. El proyecto se tramita en dos períodos legislativos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos, debe ser publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requiere el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo pueden debatirse iniciativas presentadas en el primero (artículo 375).

Además, mediante ley aprobada por mayoría de votos de ambas Cámaras, el Congreso puede disponer que el pueblo decida si convoca una Asamblea Constituyente, con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. El referendo requiere una tercera parte de los votos del censo electoral. La Asamblea debe ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral independiente. A partir de la elección de la Asamblea Constituyente queda en suspenso la facultad del Congreso Ordinario para reformar la Constitución (artículo 376)

En Chile la iniciativa corresponde al Presidente de la República y a los miembros de ambas Cámaras. La reforma debe ser aprobada con el voto de las tres quintas partes de los miembros de cada Cámara. En asuntos específicos se requiere mayoría de tres cuartas partes.

En Ecuador, la reforma constitucional puede ser propuesta por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular. La aprobación de la reforma constitucional requiere las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso y en dos debates. El Presidente puede promulgar la ley o someter el proyecto a una consulta popular en los casos previstos en el artículo 143. Sin embargo, una Asamblea

Constituyente está ocupada en la reforma constitucional.

En Paraguay se estableció que la reforma no podía hacerse sino pasados diez años desde que fuera promulgada, salvo asuntos que la experiencia aconseje reformar después de cinco años. La reforma constitucional es competencia exclusiva de la Convención Nacional Constituyente (artículo 219). La necesidad de la reforma total o parcial corresponde ser declarada por la Asamblea Nacional, integrada por los miembros de las dos Cámaras.

En Uruguay la reforma constitucional es iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional, presentando un proyecto de articulado; de dos quintos del total de integrantes de la Asamblea General, los que son sometidos a consulta plebiscitaria; de los Senadores y Representantes y del Poder Ejecutivo, que deben ser aprobados por mayoría absoluta de los votos de los componentes de la Asamblea General. Finalmente, una Convención Nacional, convocada para este propósito, se pronunciará sobre la reforma. El número de convencionales será el doble del número de legisladores.

La Constitución española de 1978 trata de su reforma en los artículos 166 a 169. La iniciativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. La aprobación requiere la mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Puede ser sometida la reforma a referéndum si lo solicitan una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Para algunos casos se requiere mayoría de dos tercios de cada Cámara y, luego de la disolución inmediata de las Cortes, la ratificación del nuevo texto constitucional por las nuevas Cámaras.

Puede comprobarse que, en todos los casos expuestos, la reforma de la Constitución tiene trámite distinto a la aprobación de una ley ordinaria. Varían los procedimientos y la mayoría de votos.

En algunos casos, la Asamblea Constituyente coexiste con el Congreso; pero éste tiene en suspenso su competencia para la reforma constitucional.

En el caso de Uruguay, el número de miembros de la Convención Nacional es el doble del número de legisladores.

La Constitución de 1933

1. El Título I (al igual que la Carta de 1979) trata de los derechos y deberes fundamentales de la persona. Con ligeros cambios de redacción, es calco de la anterior. Pero excluye, indebidamente, a las personas jurídicas.
   Como se indicó en la parte inicial de este fundamento de voto, la Constitución de 1933 tiene dos preceptos que aluden expresamente al referéndum. Pero es menester agregar que el artículo 32 establece que *"No pueden someterse a* ***referéndum*** *la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor."*
2. El Capítulo I (artículos 1, 2 y 3) del Título I de la Constitución de 1993 es copia, con ligeras variantes en la redacción, de los mismos artículos de la de 1979; pero suprime, sin justificación, la norma que extiende a las personas jurídicas los derechos de las personas naturales, en lo pertinente.
3. El Capítulo II contiene las materias de los Capítulos II, IV y V de la anterior. Hay cambios en cuanto a la relación laboral. Restringe la gratuidad de la enseñanza.
4. El Capítulo III adiciona a las normas de los Capítulos VII y VIII de la Carta de 1979 un artículo sobre el referéndum.
   Incluye entre los derechos políticos a las normas sobre asilo y extradición que la Carta del 79 (artículos 107 y 108) consideró en el Capítulo sobre los Tratados.
5. El Capítulo IV, referido a la función pública, reproduce, con pequeños cambios de redacción, el Capítulo VI de la Constitución de 1979; pero suprime la norma sobre el juramento obligatorio previo de los que ejercen funciones públicas. Es una omisión imperdonable, causada, tal vez, por el perjurio del 5 de abril de 1992. Sin embargo, el actor (o autor) del hecho prestó juramento de cumplir la Constitución de 1993, en la ceremonia del 28 de julio de 1995.
6. El Título II mantiene la denominación "Del Estado y la Nación" de la Carta del 79.
   El artículo 43 (dentro del Capítulo I, "Del Estado, la Nación y el Territorio") indica que el gobierno del Perú es "representativo". Ha copiado el texto del artículo 79 de la anterior. Y ha incurrido en error. En efecto, la Constitución de 1993 reconoce el referéndum, la revocación del mandato de los gobiernos municipales y regionales, el derecho a la iniciativa legislativa y otras formas de consulta popular, por lo cual el gobierno es semirrepresentativo, según enseña la doctrina.
   Dicho Capítulo reúne los Capítulos I, II y III del mismo Título de la anterior Constitución.
7. El Capítulo II es menos feliz que el Capítulo V de la precedente Carta, en cuanto no dispone la prevalencia de las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en determinados tratados sobre la ley.
   Durante el período 1992-2000 se hizo irrisión de las normas constitucionales referidas a la libertad de expresión. Sin embargo, los textos de las Cartas de 1979 y 1993 eran imperativos.
8. El Capítulo II del Título III suprimió la norma sobre participación de las zonas en las cuales están ubicados los recursos naturales en la renta que produce su explotación. La supresión ha debido ser rectificada por la ley 26472, publicada el 13 de junio de 1995. Pero, durante la década de los noventa, no se hizo efectiva.
9. El Capítulo III en sustancia es semejante al mismo Capítulo de la Carta del 79; y, por tanto, garantiza la inviolabilidad de la propiedad (artículo 70); y repite, en esencia, el contenido del artículo 126 de la Constitución anterior, pero indica que, en vez de ley, es suficiente autorizar, por decreto supremo

aprobado por el Consejo de Ministros, para que los extranjeros puedan adquirir o poseer derechos de propiedad dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera.

10. Los Capítulos V del Título III y IV del Título IV de la Constitución de 1979 se consolidan en el Capítulo IV del Título III de la Carta de 1993, bajo el rubro "Del Régimen Tributario y Presupuestal". Hay acierto.
11. El Capítulo V es homólogo del Capítulo VI de la anterior Constitución y trata de la moneda y la banca.
12. El Capítulo VI, sobre régimen agrario y comunidades campesinas y nativas, tiene contenido semejante al de los Capítulos VII y VIII de la precedente Carta.
13. El Título IV contiene la normatividad referente a la estructura del Estado y regula las atribuciones de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
    El Poder Legislativo es unicameral y con 120 congresistas. Tiene recortadas sus atribuciones. Se ha diseñado un Congreso servil. **Es inaudito que la Constitución no señale plazos para las legislaturas ordinaria y extraordinaria**. No puede dejarse tal asunto a una mera disposición reglamentaria y menos todavía a la voluntad del Presidente del Congreso. Si hay Comisión Permanente, que funciona en receso del Congreso, es obvio que tiene que existir períodos para las legislaturas. Tal criterio se refuerza más todavía en cuanto la propia Constitución determina que el Congreso se reúne de pleno derecho si se declara el "estado de sitio". Empero, la omisión constitucional ha permitido reformar la Carta de 1993 para dar salida a la crisis política de este año 2000. Permite postular simultáneamente a una Vicepresidencia y al cargo de Congresista. La doble postulación hizo posible el acceso a la Presidencia de quien ejerció el cargo en el lapso 1990-2000.
    En el Perú tradicionalmente el Congreso ha tenido dos Cámaras. Como excepción a esa regla, la Constitución de 1826 estableció tres Cámaras: Tribunos, Senadores y Censores; y la de 1867 una sola. Ambas Cartas tuvieron precaria existencia.
    La Constitución de 1979 mantuvo el Senado y la Cámara de Diputados, con facultades peculiares en algunos casos. No existía ni existe razón alguna para el Congreso unicameral. La experiencia de las leyes aprobadas por el CCD, en los postreros días de su triste pero onerosa existencia, con sorpresa y de madrugada, sin dictamen de comisión, y con repudio del país, son elocuentes pruebas de que no es conveniente al interés del Perú el Congreso unicameral, que puede ser, además, disuelto formal y constitucionalmente por el Presidente de la República. El Poder Legislativo pierde así independencia.
    El pueblo mantendrá algún tiempo el recuerdo de siniestras leyes dictadas, sin dar tiempo al país para que pudiese opinar: la ley que obstaculiza la inscripción de los partidos políticos ante el Jurado Nacional de Elecciones; la que viola la autonomía universitaria; las que conceden amnistía a los asesinos de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad de La Cantuta y a los autores materiales e intelectuales de otros delitos igualmente nefandos; las que interfieren la administración de justicia y tantas otras más; son graves expresiones de un Congreso unicameral, cuya acción no difiere de la de cualquier gobierno de facto que, en el sigilo de Palacio, expide inconsultos decretos leyes.
    El Congreso unicameral no puede ejercer, con eficiencia, sus funciones de legislar y de fiscalizar.
    Omite señalar que se requiere dos tercios de los votos del número legal de congresistas, para declarar la vacancia presidencial en caso de incapacidad física o moral permanente. Debió el Tribunal Constitucional llenar ese vacío por sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Exp. 0006-2002-AI/TC).
    Como la Carta anterior, la Constitución de 1993 no exige ser alfabeto para ejercer cargos electivos.
14. El Presidente de la República no debe tener facultades virtualmente omnipotentes, hegemó-nicas, de acaparamiento total del poder. Y, adicionalmente, que pueda ser reelegido, como lo dispuso el artículo 112, posteriormente modificado. No hay lógica en las disposiciones de la Constitución de 1993, que obligan a los Ministros y otros funcionarios a renunciar con anticipación no menor de seis meses de la fecha de las elecciones, para postular a la Presidencia o cargos en el Congreso; mientras que permite la reelección presidencial. Los comicios de 1995 y de 2000 se convirtieron en farsas. So pretexto de los "decretos de urgencia", la Constitución de 1993 concede al Presidente la facultad de legislar en materia financiera. La legislación comparada -específicamente la Constitución Española de 1978- permite al Poder Ejecutivo esta facultad; pero los decretos de urgencia pierden eficacia si no son ratificados, dentro de los treinta días siguientes, por el Congreso. De acuerdo a la Carta de 1993, el Presidente de la República dispone, él solo, los ascensos de generales y almirantes y de embajadores. Sojuzga así a la defensa nacional y al servicio diplomático. La gestión oculta, pero eficaz, del asesor presidencial Vladimiro Montesinos pervirtió el profesionalismo castrense: los ascensos, salvo algunas excepciones, fueron manipulados para fortalecer el autoritarismo e incrementar la corrupción a niveles nunca antes imaginables. Montesinos manejaba, además, jueces, fiscales, policías.
    El Presidente tiene facultad para **disolver** el Congreso, si este censura dos Consejos de Ministros. El artículo 111 indica que los votos **viciados** o en blanco no se computan en la elección del Presidente. Sin embargo, el artículo 184, que trata de la nulidad de las elecciones, se refiere a votos **nulos** o en blanco. La incongruencia es evidente.
15. La Constitución de 1993 introduce la posibilidad de que el Presidente del Consejo de Ministros no tenga cartera.
16. El régimen de excepción no tiene cambio fundamental. Se mejora la redacción, de acuerdo al proyecto de reforma que presenté en el Senado y que tuvo dictamen favorable de la Comisión de Constitución.
17. El Capítulo VIII sobre el Poder Judicial carece de

eficiente redacción. Tan deplorable es la redacción del artículo 139 que repite parte del inciso 14 en el inciso 15. Y ambos lo que ya están en el artículo 2, inciso 24-f.

Mantiene el error técnico de la Constitución de 1979 de repetir en el artículo 236 la jerarquía de la Constitución sobre la ley, ya dispuesta en el artículo 87. La Carta de 1993 hace lo mismo en los artículos 51 y 138.

Reduce de 50 a 45 años la edad para ser magistrado de la Corte Suprema. Esa edad es, por lo tanto, aplicable a los Fiscales Supremos y a los miembros del Tribunal Constitucional. Si se puede acceder a la Presidencia de la República a los 35 años de edad, se justifica la reducción.

No resuelve los casos de los procesos sobre responsabilidad de los Vocales de esa Corte, que no deben ser juzgados exclusivamente por sus pares.

18. Establece la pena de muerte para delitos de traición a la patria en caso de guerra exterior y de terrorismo.
19. Indica que hay elección popular de los Jueces de Paz y otros jueces, conforme a ley. Esta norma es inaplicada.
20. Declara que los jueces sólo pueden percibir la remuneración que les asigna el presupuesto. La norma está inadecuadamente ubicada: su lugar es en el Capítulo sobre la función pública.
21. El Consejo Nacional de la Magistratura, materia del Capítulo IX, tiene más autonomía. Se renueva cada cinco años, en vez de tres que disponía la anterior Constitución. La intervención del Congreso es para remover a los miembros del Consejo, por causa grave y con mayoría calificada.

    Declara que la Academia de la Magistratura integra el Poder Judicial, cuando este órgano está dentro de la normatividad del Consejo Nacional de la Magistratura.
22. El Capítulo X sobre el Ministerio Público difiere sólo en redacción respecto del Capítulo XI de la Constitución anterior. La proclividad del régimen a manipular este importante órgano constitucional se ha puesto de manifiesto recientemente con la intervención legislativa a efectos de mantener en la Fiscalía de la Nación a la persona que, precisamente, era y es negación de la legalidad y del Estado de Derecho.
23. El Capítulo XI trata sobre la Defensoría del Pueblo. La ley respectiva cercena las atribuciones que al Defensor del Pueblo le asigna la Constitución y, en el Derecho comparado, todas las Cartas Políticas.

    El artículo 162 tiene un grueso error conceptual: limita la acción del Defensor del Pueblo a la **ciudadanía**. Lo correcto es referirse a la población.
24. El Capítulo XII corresponde al Capítulo XIII de la anterior Carta. No hay cambio significativo.
25. El Capítulo XIII es destinado al Sistema Electoral. Tiene varias innovaciones nada convenientes. Limita las atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones y reduce de siete a cinco sus integrantes. Estos no pueden ser menores de 45 años, ni mayores de 70. Este tope tiene nombre propio.
26. Dentro del mismo Capítulo XIII se crea la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que sustituye al Registro Electoral del Perú, pero con más amplias y autónomas atribuciones; y la Oficina Nacional de Identificación y Estado Civil, con similar autonomía. Obvio es que no concuerda el nombre del Capítulo XIII con esta última Oficina. Las atribuciones de estos entes colisionan con las del JNE.

    Transfiere, con acierto, a este Capítulo la disposición sobre representación proporcional en las elecciones pluripersonales, pero con inadecuada redacción.
27. El Capítulo XIV contiene las normas sobre descentrali-zación, regiones y municipalidades.

    Declara el artículo 189 que el territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos.

    Amplía el mandato de los Alcaldes y Regidores de tres a cinco años; y declara que tales cargos son irrenunciables pero revocables.

    No hay norma en cuanto a la administración de los departamentos y existe oscuridad o ambigüedad en lo que respecta a las regiones, salvo en cuanto a la elección directa de los Presidentes Regionales por cinco años, con mandato también irrenunciable pero revocable.
28. El Título V está dedicado a las garantías constitucionales. Suprime la atribución del Poder Judicial de demandar la inconstitucionalidad de las leyes. Impide a los magistrados del Poder Judicial postular al Tribunal Constitucional, si no han dejado sus cargos un año antes. El Tribunal Constitucional sustituye al disuelto Tribunal de Garantías Constitucionales, con siete miembros.

    El Tribunal de Garantías Constitucionales fue integrado por nueve miembros, elegidos tres por cada uno de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

    La elección de los miembros del Tribunal Constitucional por el Congreso, como lo dispone la Carta de 1993, se realiza con votación no menor de los dos tercios del número legal de Congresistas. Esa votación calificada permite que el órgano de control de la Constitución y de defensa de las libertades tenga composición plural y, por ende, más imparcialidad y más autoridad.

    Algunos medios de comunicación, otrora vinculados a las dictaduras, pretenden que hay contradicción en plantear la abrogación de un órgano que, por estar ayuno de autonomía, no cumplía con sus atribuciones; y haber ejercido la Presidencia de un Tribunal autónomo e independiente. Al contrario: hay total coherencia en el pensamiento y en la vida. Sólo tiene razón de existir el supremo intérprete de la Constitución, cuando es garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales de la persona.

    Las modificaciones adicionales que incluye este Título V no son de mayor trascendencia.
29. El Título VI, sobre reforma de la Constitución, introduce el eventual referéndum y las disposiciones finales y transitorias no tienen novedad importante.
30. La Constitución de 1993 está integrada, como se ha

visto, por cuatro Títulos, divididos en Capítulos. La técnica usada es semejante a la de la Constitución de 1979. Hay defectos en la estructura que son notables. Por ejemplo: el Título IV (De la Estructura del Estado) en sus tres primeros Capítulos trata, respectivamente, del Poder Legislativo, de la Función Legislativa y de la Formación y Promulgación de las Leyes. Lo correcto es que los dos últimos sean Subcapítulos del primero. Igualmente, los Capítulos IV, V, VI y VII se ocupan del Poder Ejecutivo, del Consejo de Ministros, de las Relaciones con el Poder Legislativo y del Régimen de Excepción. Con mejor técnica, los tres últimos deben ser Subcapítulos del Poder Ejecutivo.

Las deficiencias y los vacíos de la Constitución de 1993 han sido resueltos por el Tribunal Constitucional a partir de junio de 2002, en que se integra con Magistrados que tienen formación jurídica y vocación democrática, y que, por tanto, han hecho que ese órgano de control e interpretación de la Constitución no sea instrumento de intereses económicos, sociales o partidarios.

Necesidad de una nueva Constitución sustentada en la soberanía popular

Cuando San Martín proclamó la independencia, con el apoyo del pueblo, dijo: **"El Perú es, desde este momento, libre e independiente"**. Tal acontecimiento ocurrió el 28 de julio de 1821, o sea hace precisamente 174 años. No debe haber retroceso. Roto el vínculo con la Metrópoli, surgió una República. Pero se mantuvieron vigentes, en cuanto no eran incompatibles con la independencia, las disposiciones legales preexistentes.

Recién en 1852 fueron promulgados el Código Civil y el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil por el Presidente Echenique. El Código Penal y el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal lo fueron, posteriormente, en 1863; y el Código de Comercio, más tarde aún, en 1901, o sea ochenta años después de fundada la República. Todos ellos, además, directa o indirectamente, calcados de los respectivos Códigos de España.

En lo que se refiere al Derecho Constitucional, el Perú trató de tener sus propias normas, a fin de que no existiera ninguna atadura extranjera, máxime que España mantenía la expectativa de recuperar su dominación colonial, hasta el 2 de mayo de 1866, en que se selló para siempre el sueño monárquico.

Son el afán de afirmar la independencia y la necesidad de tener la organización política republicana, los factores que determinaron a los pueblos liberados del yugo extranjero a instalar el 20 de setiembre de 1822 el Primer Congreso Constituyente del Perú, bajo la Presidencia de Francisco Javier de Luna Pizarro. **Ese Congreso aprobó el 17 de diciembre de dicho año las Bases de la Constitución Peruana**.

El Perú tuvo al año siguiente, 1823, su primera Constitución. Sin embargo, sus disposiciones quedaron en suspenso en tanto fueran contrarias a la voluntad de Bolívar, a quien se le encargó libertar plenamentela República. Bolívar aspiró a ser de por vida Presidente del Perú. Y, para cumplir ese propósito, promulgose en 1826 la llamada "Constitución Vitalicia", que facultó, además, al Libertador a designar a su Vicepresidente, Creó, también, como ya se indicó, un Congreso integrado por las Cámaras de Tribunos, Senadores y Censores.

Tras el alejamiento de Bolívar, en 1828 fue aprobada una nueva Constitución (considerada el modelo de las posteriores), con dos Cámaras; y que ha sido la única que, en el siglo pasado, permitió la reelección presidencial inmediata. Las Constituciones de 1834 y 1839 repitieron casi todas las disposiciones de la Carta de 1828. La Constitución de 1856 suprimió la pena de muerte. Estableció la elección directa y admitió el voto de los analfabetos que tuvieran propiedad o taller. La de 1860 fue la más longeva Constitución del Perú (salvo el interregno de la Carta de 1867 y los de los Estatutos Provisorios durante la Guerra con Chile) y reimplantó la pena de muerte para delitos calificados, y permitió el voto de los analfabetos en los Colegios Electorales, suprimido por la reforma constitucional de 1895. El voto directo de los analfabetos fue establecido en 1979.

Después del plebiscito de 1919, que modificó algunas disposiciones de la Constitución de 1860, se dictó la Carta de 1920. El texto de esta Constitución fue modificado para permitir sucesivas reelecciones del dictador Leguía.

El derrocamiento de Leguía dio lugar a una sucesión de gobiernos precarios que culminó con la elección, en 1931, del Presidente Sánchez Cerro y del Congreso Constituyente, y la promulgación de la Constitución de 1933.

Las elecciones indirectas, mediante colegios electorales, hasta 1856; y las elecciones directas, con voto público o secreto, a partir de tal año, no permitieron al Perú tener gobiernos verazmente democráticos. Los golpes de Estado y los fraudes electorales signaron nuestra historia. Fueron militares los Presidentes del Perú hasta 1872, año en el cual accedió al gobierno un civil.

Tal vez le correspondió a don José Luis Bustamante y Rivero ser el primer Presidente del Perú elegido auténticamente, en 1945. Entonces la ciudadanía se adquiría a los 21 años y no tenían derecho al sufragio las mujeres y los analfabetos. De manera que el universo electoral era, sino elitista, discriminatorio.

La reforma constitucional de 1954 permitió a las mujeres acceder al sufragio dos años después y la de 1979 reintegró al cuerpo electoral a los analfabetos y estableció la ciudadanía a los 18 años.

La doctrina y la legislación nacional y comparada enseñan que democracia es el gobierno de la mayoría, aunque a la minoría le corresponde un rol importante. En muchos países del orbe se exige mayoría absoluta de votos para la elección presidencial. En cuanto al Congreso, hay diversidad de sistemas de elección: unos empíricos, otros técnicos. Desde 1963, funciona en el Perú

la representación proporcional para elegir el Congreso y, con limitaciones, los gobiernos locales.

La libertad electoral es sustento básico de la democracia. Respecto a esta materia, hay disposiciones claras y concretas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

La coacción y la corrupción en las elecciones, que ha sido práctica constante en el Perú y en otros países, fue prohibida y sancionada por el Decreto Ley 14250, dictado en diciembre de 1962.

Al permitirse la reelección presidencial inmediata (con la Ley 26657), todas las garantías electorales incorporadas en el Decreto Ley 14250 quedaron automáticamente abrogadas en el proceso electoral 1994-95. El Perú está otra vez entrampado en un régimen civil-militar que, exitosamente, simula ser democrático. La mayoría del universo electoral no tiene voz ni voto en la marcha del país. Las consultas populares (elecciones políticas y referéndum) de 1992, 1993, 1995 y 2000 han sido fraudulentas.

El proyecto de Constitución que se pone a decisión de un Congreso es, pues, un desafío. Un desafío que tiene varias aristas.

Se trata, en primer lugar, de reemplazar la Constitución de 1993 aprobada por representantes de la minoría del pueblo y ratificada por la minoría de los ciudadanos en el referéndum del 31 de octubre de 1993. Dicha Constitución, al margen de sus galimatías conceptuales y técnicos, desnaturaliza, sobre todo, el sistema democrático de alternancia en el ejercicio de la Presidencia de la República; y sustituye arbitraria y absurdamente el sistema parlamentario bicameral, recortando las atribuciones del Congreso, para convertirlo en instrumento manipulado y manipulable por el Poder Ejecutivo.

En el proceso electoral de 1995 hay un faltante de 835,000 votos, que "desparecieron". En el de 2000 hay un exceso de alrededor de 1'500,000 votos.

Hay que hacer un comentario adicional, ineludible: el número de votos válidos, nulos y blancos emitidos para los candidatos a Presidente y Vicepresidentes de la República y para las listas de candidatos al Congreso debe ser, necesariamente, idéntico. En efecto, cada elector vota para Presidente y Vicepresidentes y para listas de Congresistas. Cada elector tiene, pues, dos votos. Puede votar, por lo tanto:

1. Válidamente para Presidente y Vicepresidentes y Congresistas.
2. En blanco para Presidente y Vicepresidentes y Congresistas.
3. Nulos para Presidente y Vicepresidentes y Congresistas.
4. Válidamente para Presidente y Vicepresidentes; y en blanco para Congresistas.
5. Válidamente para Presidente y Vicepresidentes; y nulo para Congresistas.
6. Válidamente para Congresistas; y nulo para Presidente y Vicepresidentes.
7. Válidamente para Congresistas; y en blanco para Presidente y Vicepresidentes.

En todos los supuestos referidos, la suma de los votos válidos, nulos y en blanco para Presidente y Vicepresidentes de la República tiene que ser exactamente igual a la suma de votos válidos, nulos y en blanco para Congresistas.

Sin embargo en los resultados oficiales -publicados en "El Peruano", el 17 de abril de 1995- hay diferencia de 1'188,272 votos entre la votación para las fórmulas presidenciales y la votación para las listas al Congreso. Como conclusión, no hay sino la siguiente alternativa: se adicionó ilegalmente esa mayor votación a la fórmula oficial, para evitar la segunda vuelta electoral; o se la detrajo a las listas al Congreso a fin de dar mayoría **a** la lista gobiernista.

En efecto, los votos válidos para las fórmulas para Presidente y Vicepresidentes alcanzan a 7'446,496; los votos en blanco a 830,204; los votos nulos a 778,076; y los "votos impugnados" a 7,736. **El total de votos emitidos fue, por lo tanto, de 9'062,512.**

Los votos válidos para las listas al Congreso sumaron 4'376,247; los votos en blanco alcanzaron a 502,774; y los votos declarados nulos a 3'356,435. **El total de votos emitidos sería, por ende, de 8'235,456.**

Estuvieron inscritos **en el Registro Electoral del Perú 12'418,406 ciudadanos;** los que concurrieron a votar el 9 de abril de 1995 fueron **9'065,617** y los que votaron en favor de la lista de Congresistas de C-90/ NM **2'277,423** y por otras listas **2'013,934**. El Congreso de la República fue, pues, expresión de diversas minorías.

Los números no engañan:
Votos en favor de la lista de congresistas de Cambio 90-NM 2'277,423 +
Votos en favor de las otras listas de congresistas 2'013,934
Total de votos representados en el Congreso 4'291,357

La votación en favor de la lista oficial al Congreso representa, por ende, apenas el 18.33 % del universo electoral y el 25.1 % de la votación emitida el 9 de abril de 1995.

Por consiguiente, **8'134,454 ciudadanos no están represen-tados en el Congreso.**

No es, pues, correcta -matemática, lógica y políticamente- la afirmación hecha por líderes de algunas agrupaciones supuestamente de oposición respecto a que se ha logrado en el Perú, como consecuencia de las elecciones de 1995, restablecer la **democracia plena o legitimar al régimen**. La mayoría impuesta en el Congreso (67 de 120) **no representaron a 10'140,983 ciudadanos** inscritos en el Registro Electoral del Perú.

En la línea de los Códigos Civil (1984), Penal, Procesal Penal, de Ejecución Penal (1991) y Procesal Civil (1992), que están provistos de sendos Títulos Preliminares con diez artículos, el proyecto de Constitución tiene, también, un Título Preliminar a manera de decálogo, con los "Principios Fundamentales." Declara que la República del Perú es un Estado democrático, social, unitario, independiente; que su soberanía radica en el pueblo; y que éste ejerce el poder directamente o por medio de representantes (artículo I). Suprime el vocablo "representativo", por cuanto plantea diversas maneras de consultas populares.

Los artículos II a X del **Título Preliminar** versan sobre cuestiones básicas: los deberes primordiales del Estado (II), los símbolos de la Patria (III), el territorio (IV), la jerarquía de la Constitución y de otras normas (V), la nulidad de los actos de la autoridad usurpada, el derecho a la insurgencia y la inhabilitación y deshonor de los usurpadores, con penas imprescriptibles (VI), los idiomas oficiales (VII), la capital de la República (VIII), la nacionalidad (IX) y el reconocimiento a la Iglesia Católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú y, al mismo tiempo, el respeto a otras confesiones (X).

El **Título** I se refiere a las Disposiciones Generales, con diez Capítulos.

El **Capítulo I** mantiene, en esencia, las disposiciones sobre la persona y la sociedad de las Constituciones de 1979 y 1993. Se excluye el hábeas data. Se mejora el texto del inciso 4 del artículo 2. Se exige identificación a la persona que, en caso de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, ingresa al domicilio. No sólo con orden del juez, sino también del fiscal, una persona puede ser detenida. Dentro del proceso penal moderno el fiscal tiene a su cargo la investigación del delito. El **Capítulo II** es más breve. Trata únicamente de los derechos políticos y, por lo tanto, de la ciudadanía y de los casos en que se suspende su ejercicio. Se establece que la ciudadanía se adquiere a los diez y seis años; pero es facultativo el derecho de sufragio para los ciudadanos entre los diez y seis y diez y ocho años y para los mayores de setenta. Las otras normas -tanto de la Constitución de 1979 como de la de 1993- están reordenadas, de acuerdo a su naturaleza, en los Capítulos correspondientes. Cuando menos, la Constitución del Brasil reconoce ciudadanía desde esa edad.

El **Capítulo III** contiene variaciones formales respecto de los derechos sociales y económicos, y la sustancial, que incorpora la disposición que prohíbe la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y la introducción al país de residuos nucleares o tóxicos.

Se declara la **gratuidad** de la **enseñanza** que imparte el Estado.

El **Capítulo IV** introduce modificaciones necesarias en cuanto al ejercicio de la función pública. Como homenaje a los antiguos peruanos, dispone que los funcionarios públicos están al servicio de la Nacióny que ejercen sus cargos con arreglo a los principios éticos de **veracidad, honestidad y laboriosidad**. Se indica que los funcionarios públicos perciben sólo las remuneraciones que les asigna el presupuesto. Tal norma, anteriormente, regía sólo para los jueces. El plazo de prescripción se duplica para los delitos en agravio del patrimonio del Estado.

El **Capítulo V** conserva las disposiciones sobre el régimen económico.

El **Capítulo VI** indica que corresponde a la zona en que están ubicados los recursos naturales una participación no menor al cincuenta por ciento del **canon** o **renta** que produce su explotación, distribuida equitativamente entre los respectivos gobiernos regionales y municipales.

El **Capítulo VII** se ocupa de la propiedad, como derecho inviolable; pero sin el *jus abutendi* del Derecho Romano. Tiene como modificación la que declara que los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles. Es pertinente señalar que hay dos clases de bienes públicos: los que son de uso público (como las calles, caminos, plazas, etc.) y los que no son de uso público. Mientras que los primeros, en tanto mantengan su carácter, no pueden ser objeto de actos de disposición, ni pueden ser adquiridos por prescripción, los otros bienes sí pueden serlo.

El **Capítulo VIII** amplía su denominación y, por lo tanto, incluye el régimen de control. Se coordina la facultad de los gobiernos regionales y municipales en materia tributaria con las normas atinentes a estos. Se aclara la prohibición de que los Representantes a Congreso tengan iniciativa en el gasto. Sólo la tiene el Poder Legislativo -al igual que el Poder Judicial y otros órganos constitucionales- para aprobar su presupuesto. Se sanciona a los miembros del Congreso, con la mitad de su remuneración mensual, si no aprueban oportunamente el Presupuesto o dictan la ley referente a la Cuenta General.

El **Capítulo IX** mantiene en esencia las disposiciones sobre moneda y banca; pero atribuye al Senado la facultad de ratificar al Presidente del Banco Central de Reserva y de elegir a tres de los siete directores de esa institución. El Superintendente de Banca, Financieras y Seguros es, igualmente, ratificado por el Senado. Tanto el Directorio del BCR como el Superintendente pueden ser removidos por el Senado, si hay causa grave.

El **Capítulo X** preserva las normas sobre régimen agrario y comunidades.

El **Título II** regula la estructura del Estado. Hay, naturalmente, cambios fundamentales.

En el **Capítulo I** se indica que el **Poder Legislativo** es bicameral, integrado por el **Senado** y la **Cámara de Diputados**; y que durante el receso funciona la Comisión Permanente. El Senado sería elegido en Distrito Nacional y estaría integrado por cuarenta Senadores; mientras que la Cámara de Diputados sería elegida por Departamentos, y tendría 120 Diputados. Estos se distribuirían de acuerdo a la densidad electoral. Ningún Departamento tendría menos de uno ni más de treinta.

Se establece que el cargo de Senador o Diputado es **renunciable**. La razón radica en que hay libertad de trabajo y que los renunciantes pueden ser reemplazados por los suplentes respectivos. Con el viejo sistema electoral de mayoría y minoría y de elección provincial o departamental, tenía justificación declarar irrenunciables tales cargos, para no obligar al Estado a hacer eventuales -y acaso frecuentes- elecciones complementarias.

Se mantienen las otras disposiciones, a este respecto, de la Constitución de 1979; y, por lo tanto, se **fijan los períodos de las legislaturas ordinarias** y el tiempo de **duración de las extraordinarias**. Estas últimas pueden ser **convocadas por el Presidente de la República**; o por los Presidentes de las Cámaras, a pedido de **un tercio** de los **Senadores** y **Diputados** y por acuerdo de la **Comisión Permanente**.

Se prohíbe postular a Presidente de la República y a Senador o Diputado, y también simultáneamente a Senador y a Diputado.

Como **Subcapítulo I** se regula la función legislativa; y como **Subcapítulo II** se norma todo lo concerniente a los tratados. Hay que hacer hincapié en que substancialmente se trata de asuntos de competencia del Poder Legislativo y, por lo tanto, no pueden ser Capítulos, ni ser colocadas las normas sobre los tratados en lugar inadecuado de la Constitución.

El asilo y la extradición forman parte de los tratados. Indebidamente, la Constitución de 1993 ha incluido tales instituciones jurídicas en Capítulo diferente.

El Presidente y los Vicepresidentes podían y pueden renunciar. Se mantiene el criterio.

La democracia representativa es y será materia de críticas. Se sostiene que resulta absurdo que el pueblo sea soberano únicamente en el momento de la elección, o sea cuando precisamente se desprende de su soberanía. Es por ello que, desde hace décadas, algunas Constituciones admiten diversas formas para ejercer directamente algunas funciones públicas trascendentes.

Las experiencias plebiscitarias de 1919 y 1939 no fueron positivas en el Perú. En ambos casos fue suplantada, con el fraude, la voluntad del pueblo en sendas reformas constitucionales. Lo ocurrido el 31 de octubre de 1992, como se ha señalado, está dentro de esa práctica.

El **Capítulo IV** se refiere al **Poder Ejecutivo**. El período presidencial se propone que sea de seis años, no sólo porque se prohíbe la reelección presidencial, mediata e inmediata, sino porque ese plazo permite ejecutar sin precipitación la gestión de gobierno; y, además, permitiría concordar la elección del Presidente y Vicepresidente con las elecciones parlamentarias (por tercios del Senado y por mitades de la Cámara de Diputados). En lo esencial, se reproducen las normas de la Constitución de 1979; pero se sanciona con inhabilitación permanente a quien proponga y a quienes apoyen reformar la norma prohibitiva mencionada, como lo hizo la Constitución de 1933.

El Capítulo sobre el Poder Ejecutivo consta de tres **Subcapítulos: Del Consejo de Ministros, De las relaciones con el Poder Legislativo y Del régimen de excepción.** Las disposiciones son semejantes a las de la Carta del 79.

El **Capítulo VIII** consta de trece artículos sobre el **Poder Judicial**. La Carta de 1993 tiene disposiciones repetidas, que en el Proyecto están suprimidas. No se indica la edad mínima para ser Vocal de la Corte Suprema, porque resulta innecesaria, como se comenta en otra parte de esta Exposición.

El **Capítulo IX** tiene sólo tres artículos para tratar del **Ministerio Público**. Se incluye como atribución del Ministerio Público organizar la defensa de los intereses del Estado mediante los Procuradores Públicos, conforme a ley. Es necesario remarcar que dada la función del Ministerio Público, que defiende a la sociedad y la legalidad, los Procuradores Públicos deben estar integrados a ese Ministerio.

El **Capítulo X**, también con tres artículos, tiene las disposiciones normativas del **Defensor del Pueblo**, que está llamado a cumplir un rol de enorme trascendencia en el país, si se preserva su autonomía y no se cercena sus atribuciones.

El **Capítulo XI** está dedicado al **Consejo Nacional de la Magistratura**. Se limita a siete el número de sus miembros, elegidos por un período de siete años. En esa forma se le da independencia respecto del Poder Judicial y al Ministerio Público

La Academia de la Magistratura se incluye en este Capítulo, pues ella sirve para capacitar tanto a los magistrados del Poder Judicial como a los del Ministerio Público.

El **Capítulo XII** es muy importante, pues se refiere a los **Gobiernos Descentralizados**. Incluye normas sobre los gobiernos regionales y los gobiernos municipales. Ambos son elegidos mediante sufragio directo, por un período de tres años. Para ser Alcalde y Regidor se requiere tener no menos de veinte y un años y para integrar los gobiernos regionales no menos de veinte y cinco años. Hay reelección. La capital de la República y las Capitales de Provincia con rango metropolitano o fronterizo, tienen un régimen especial. Se mejora, a este respecto, la norma de la Constitución de 1993.

Se establecen las atribuciones de los gobiernos regionales y municipales, que gozan de autonomía, dentro de la ley. Se incluye como atribución de los Municipios velar por el medio ambiente.

Las Regiones y las Municipalidades, como se ha indicado, participan equitativamente en la regalía o renta que produce la explotación de los recursos naturales.

El **Capítulo XIII** tiene por objeto el Sistema de Defensa Nacional. Se explica, en otra parte de esta Exposición, que el Senado ratifica los nombramientos de Generales y Almirantes y grados similares en la Policía Nacional. Se indica que es delito introducirse al Congreso de la República, sin pedido del Presidente de éste.

El cambio más importante estriba en que se **suprime el fuero privativo militar-policial**. La igualdad ante la ley, que preconiza la Constitución, se desnaturaliza con el fuero de excepción. Sin embargo, se mantiene el Código de Justicia Militar.

El **Capítulo XIV** tiene innovaciones respecto del Sistema Electoral, cuya denominación se propone sea la de Órganos Electoral y de Identificación.

En vez del Jurado Nacional de Elecciones se establece el **Tribunal Supremo Electoral**, con cinco miembros. Tiene autonomía. Le están subordinados el Registro Electoral del Perú y el Registro de Identificación del Perú, cada cual materia de un **Subcapítulo**. Sin embargo, puede optarse por que las funciones electorales sean encargadas a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, habida cuenta que las labores electorales son discontinuas.

El **Subcapítulo I** propone, por primera vez en nuestro Derecho constitucional, normas amplias respecto de los **partidos políticos**, los cuales son inscritos por el Tribunal Supremo Electoral si presentan la relación de adherentes en número no menor al uno por ciento del universo electoral. La disposición constitucional evitará, en el futuro, leyes arbitrarias y antidemocráticas.

El **Subcapítulo II** trata del voto y del escrutinio. Previene abusos y hechos fraudulentos.

El **Subcapítulo III** define la aplicación de la **representación proporcional** a través del método del cuociente electoral. Este cuociente resulta de dividir el total de los votos válidos por el de cargos a elegir. La adjudicación de cargos a cada lista conforme al número de veces que el cuociente está contenido en el respectivo número de votos válidos. Cuando quedan cargos por adjudicar, corresponden estos a los mayores residuos, en su orden.

El cuociente electoral es un método semejante al de la cifra repartidora. Estuvo contenido en el proyecto de ley que **Acción Popular** presentó en el Senado en 1958.

El **Subcapítulo IV** indica los casos en que el Tribunal Supremo Electoral declara la nulidad de las elecciones. Es una enumeración taxativa. Hay dos situaciones trascendentes: 1) que no concurra la mayoría de los ciudadanos a emitir su voto; y 2) que la mayoría de votos emitidos sea nulos o en blanco.

Los **Subcapítulos V** y **VI** declaran el objeto y funciones del Registro Electoral del Perú y del Registro de Identificación del Perú.

El **Capítulo XV** es de enorme importancia. Se ordena, precisa y define el **ejercicio directo de la voluntad popular**. En la antigua Grecia podía ser ejercido el voto de los ciudadanos en las ágoras, en forma personal y directa. Estaban excluidos los ilotas y las mujeres.

La nulidad de cualquier consulta popular, sea elecciones, revocación del mandato o referéndum se declara –como lo señala el Subcapítulo IV del Capítulo XIV- cuando más de la mitad de los ciudadanos no concurren a votar o cuando más de la mitad de los votos emitidos son nulos o en blanco. La exigencia de dos tercios que la Constitución actual recoge de la anterior, implica que con sólo el tercio de los votos válidos pueden ser elegidos el Presidente y los Vicepresidentes, y los miembros del Congreso, cualquiera que sea el número de ciudadanos que concurra a votar. Y si, además, se tiene en cuenta que para ser Presidente y Vicepresidentes es requisito tener la mitad más uno de los votos, la consecuencia puede ser –si no hay reforma constitucional- que con la sexta parte más uno de los votos válidos se llegue a la más alta magistratura. A tal razonamiento debe agregarse que la Constitución de 1993 (como también las anteriores) no establece la concurrencia de un mínimo de ciudadanos inscritos en le Registro Electoral para que tenga valor cualquier proceso electoral.

Requiere un párrafo aparte la **pena de muerte**. La Constitución de 1993 (como la precedente) admite la pena de muerte para el delito de traición a la patria, en caso de guerra exterior, y la amplía para el delito de terrorismo. En cambio, el proyecto no se refiere a la pena de muerte. La ignora. La pena de muerte es incongruente con la norma que declara que toda persona tiene derecho a la vida y con tratados internacionales que se orientan a suprimirla. En Europa, todos los países han abolido la pena de muerte. En América del Sur, sólo Chile la mantiene.

El moderno Derecho Penal no sólo es abolicionista, sino que morigera la pena privativa de libertad. En junio de 1990, se debatía en España reducir la carcelería a un máximo de veinte años.

En julio de 1995, el gobierno del Perú anunció su propósito de revisar las penas aplicadas a supuestos terroristas en base a las imputaciones hechas a los mismos por los "arrepentidos" y para tal efecto se aprobó la ley correspondiente. Si la legislación nacional establecía la pena de muerte, de acuerdo a la Constitución, habría sido aplicada posiblemente a algunos de los sentenciados; y, por ende, sería ya imposible la revisión. La historia está repleta de ajusticiados inocentes.

Respecto a la pena de muerte, esta Exposición de Motivos tiene mayores explicaciones en la parte relativa a los Antecedentes.

En lo referente al Poder Judicial se suprimen errores y repeticiones que contiene la Carta del 93. Se elimina el requisito del mínimo de 45 años para acceder a la Corte Suprema (y, por tanto, a la Fiscalía Suprema), en atención a que la edad en que normalmente se obtiene el título de abogado, más los años de ejercicio de la profesión o de la docencia universitaria o el desempeño de una Vocalía o Fiscalía Superior, determinan que, excepcionalmente, alguien tenga menos edad para alcanzar esa función en el Poder Judicial. Además, para ser Presidente de la República sólo se exige 35 años de edad al tiempo de la postulación.

Al **Tribunal Constitucional** se le asigna, además, la

atribución de ser **última instancia en los procesos sobre responsabilidad, civil o penal, de los Vocales de la Corte Suprema** de Justicia. Nuestras primeras Constituciones crearon el llamado Tribunal de los Siete Jueces para resolver tales procesos; porque era y es difícil que los pares resuelvan imparcialmente casos en que sean responsables los Vocales Supremos. No existe sentencia condenatoria alguna.

Se propone un breve Preámbulo y un texto que sería el siguiente: **"El pueblo peruano, inspirado en el ayni y la minka, consecuente con sus héroes y mártires, convencido de su destino democrático y en ejercicio de su soberanía, ha dado la siguiente**:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

TÍTULO PRELIMINAR

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo I.- La República del Perú es un Estado democrático, social, unitario, independiente y descentralizado. La soberanía radica en el pueblo, que ejerce el poder directamente o por medio de representantes.

Artículo II.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Artículo III.- La bandera de franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo, el escudo y el himno establecidos en la ley son símbolos de la Patria.

Artículo IV.- El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que dispone la ley.

En su dominio marítimo y espacio aéreo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los tratados ratificados por el Estado.

Artículo V.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

La Constitución no pierde vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada o sustituida de manera distinta a la que ella misma dispone.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

Artículo VI.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones públicas con violación de los procedimientos que la Constitución señala.

Son nulos los actos de toda autoridad usurpada. El pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional. Merecen deshonor de la Nación los que usurpan funciones públicas y están inhabilitados permanentemente para desempeñar todo cargo o empleo del Estado. La ley determina penas privativas de libertad, con carácter imprescriptible, para los que usurpan funciones públicas. No proceden la amnistía, el indulto, ni la conmutación de penas.

Artículo VII- Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, el quechua, el aimara y demás lenguas aborígenes, según ley.

Artículo VIII.- La capital de la República es la ciudad de Lima.

Artículo IX.- Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú no menor de dos años continuos y renuncien a su nacionalidad de origen.

Pueden naturalizarse, sin perder su nacionalidad de origen, los nacionales de España y de los Estados de América Latina; y siempre que los peruanos gocen de reciprocidad, conforme a los tratados respectivos.

La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad.

La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

Artículo X.- El Estado reconoce a la Iglesia Católica como factor preponderante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. El Estado respeta otras confesiones.

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo I
LA PERSONA Y LA SOCIEDAD

Artículo 1°.- La persona es el fin supremo del Estado.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad física, moral y psíquica y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o de creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.
4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra

oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura o impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos a través del libro o de los medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el Poder Judicial. No hay excepciones.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente.

Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación social.

5. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley.
6. A la libertad de creación intelectual, artística y científica. El Estado propicia el acceso a la cultura y la difusión de ésta.
7. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o por mandato del juez o del fiscal y previa identificación, salvo el caso de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por ley.
8. A la inviolabilidad y al secreto de los documentos privados y de las comunicaciones.

   Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por resolución del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

   Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, con arreglo a ley.
9. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y a entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o en aplicación de la ley de extranjería.
10. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas o vías públicas exigen aviso anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas sólo por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.
11. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y conforme a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.
12. A contratar con fines lícitos.
13. A elegir y ejercer libremente su trabajo, con sujeción a la ley.
14. A la propiedad y a la herencia.
15. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen los derechos de elección, de referéndum, de remoción o revocación de funcionarios y de iniciativa legislativa. No pueden someterse a referéndum las normas de carácter tributario o presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.
16. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.
17. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Toda persona tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.
18. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

    Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.
19. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.
20. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
21. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por cumplimiento de deberes alimentarios.
d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
e. Toda persona es considerada inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad.
f. Nadie puede ser detenido sino por resolución del juez o del fiscal o por mandato de las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

   El detenido debe ser puesto a disposición del juez correspondiente, dentro de las veinte y cuatro horas o en el término de la distancia.

   Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales.

Deben dar cuenta al juez y al fiscal.

g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.
h. Nadie debe ser víctima de violencia física, psíquica o moral, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.
i. A una tutela judicial efectiva, a un debido proceso legal y a la legítima defensa en juicio o fuera de él.

Artículo 3°.- La enumeración de los derechos estableci-dos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de la persona, o en los principios de soberanía del pueblo, en la forma democrática y social de gobierno y en los tratados sobre derechos humanos. Se aplican, además, en cuanto fueren pertinentes, a las personas jurídicas.

Capítulo II
DERECHOS POLÍTICOS

Artículo 4°.- Son ciudadanos los peruanos mayores de diez y ocho años de edad. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere estar inscrito en el Registro Electoral.

Artículo 5°.- Los ciudadanos tienen derecho de participar en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos periódicamente y directamente en los casos establecidos en esta Constitución.
Tienen derecho de votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil.
El voto es personal, voluntario, igual, libre y secreto.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos políticos.

Artículo 6°.- El ejercicio de la ciudadanía se suspende:
1. Por resolución judicial de interdicción
2. Por sentencia que impone pena privativa de libertad; y
3. Por sentencia que llega consigo la inhabilitación de los derechos políticos.

No existen ni pueden crearse otras inhabilitaciones.

Capítulo III
DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

Artículo 7°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables.
El Estado protege el matrimonio y la familia. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. También protege, especialmente, al niño, a la madre y al anciano en situación de abandono.
La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.
Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Artículo 8°.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.
La persona incapacitada para velar por sí misma tiene derecho a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Las entidades sin fines de lucro que prestan los servicios previstos en este régimen no están afectas al impuesto a la renta. Tampoco tributan las donaciones dedicadas a los mismos fines.

Artículo 9°.- El Estado prohíbe la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y la introducción al país de residuos nucleares o tóxicos y combate la producción, el uso indebido y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Artículo 10°.- El Estado determina la política nacional de salud para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Artículo 11°.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, a través de entidades públicas, privadas o mixtas y supervisa su eficaz funcionamiento.
Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

Artículo 12°.- La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza y tiene el deber de promover el desarrollo científico y tecnológico del país.
El Estado promueve la creación de centros de educación.
Toda persona tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas.
La educación promueve el conocimiento y la práctica de las humanidades, las artes, la ciencia y la técnica.
La formación ética, cívica y física es obligatoria en todo el proceso educativo. La educación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia. Es determinada libremente por los padres de familia.
La enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles, militares y policiales y en todos los niveles.
Los medios de comunicación social tienen el deber de colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral, cívica y cultural de la población.

Artículo 13°.- El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos, derechos y deberes para su ejercicio. El Estado establece normas

para su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes.

Artículo 14°.- El sistema y el régimen educativos son descentralizados. El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.
Es deber del Estado erradicar el analfabetismo y asegurar que nadie esté impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.
En su mensaje anual al Congreso, el Presidente debe dar cuenta del proceso de erradicación del analfabetismo.
El Presupuesto de la República asigna prioritariamente recursos para cubrir los costos de la educación.

Artículo 15°.- La educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria. Es gratuita en los centros educativos del Estado. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente.
La ley regula la subvención a los centros educativos privados.
El Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural y preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.

Artículo 16°.- La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica.
El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.
Las universidades otorgan títulos a nombre de la Nación.
Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.
La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados.
Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de la ley.
Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos gozan de inafectación tributaria respecto a sus bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural y de un régimen especial de aranceles de importación.
Las donaciones y becas con fines educativos gozarán de exoneración y beneficios tributarios en la forma y dentro de los límites que fija la ley.
La ley norma la fiscalización a que se sujetan las mencionadas instituciones, así como los requisitos y condiciones que deben cumplir los centros culturales que excepcionalmente gozan de los mismos beneficios.

Artículo 17°.- Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La colegiación es obligatoria para el ejercicio de las profesiones universitarias.

Artículo 18°.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio; y promueve la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país.

Artículo 19°.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.
El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al minusválido que trabajan.
El Estado fomenta el empleo productivo y promueve la educación para el trabajo.
Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni afectar la dignidad del trabajador.
Nadie está obligado a prestar trabajo sin su consentimiento o sin retribución.
El trabajador tiene derecho a una retribución equitativa y suficiente, que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual.
El pago de la remuneración y de las indemnizaciones del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.
Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado, con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores.

Artículo 20°.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.
Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados, y a las pensiones provenientes del régimen de seguridad social.
Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

Artículo 21°.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Artículo 22°.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Garantiza la libertad sindical; promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales; y reconoce fuerza vinculante a la convención.

Artículo 23°.- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

Capítulo IV
FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo 24°.- Los funcionarios públicos están al servicio de la Nación y ejercen sus cargos con arreglo a los

principios de veracidad, honestidad y laboriosidad. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía. A continuación, los Senadores y Diputados, Ministros de Estado, Magistrados del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, Fiscal de la Nación, miembros del Tribunal Supremo Electoral y del Consejo de la Magistratura, Defensor del Pueblo, Contralor General y Superintendente de Banca, Financieras y Seguros; y miembros de los Gobiernos Regionales y Alcaldes de las Municipalidades, de acuerdo a ley.

Artículo 25°.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos. No están comprendidos en dicha carrera los que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el Diario Oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y los demás que señala la ley.

Artículo 26°.- Los funcionarios públicos que determina la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al asumir sus funciones, durante éstas y al terminar en sus cargos. La respectiva publicación se realiza en el Diario Oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Los funcionarios públicos perciben sólo las remuneraciones que les asigna el Presupuesto.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

Artículo 27°.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los funcionarios públicos. Tales derechos no alcanzan a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección y a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Capítulo V
RÉGIMEN ECONÓMICO

Artículo 28°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 29°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad y, con ese objeto, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Artículos 30°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
El Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de interés público o conveniencia nacional, declarados por ley.
La actividad empresaria, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 31°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y los monopolios y oligopolios. Defiende el interés de los consumidores y usuarios y, para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que están a su disposición en el mercado.
La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y de 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 ni de particulares.

Artículo 32°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía judicial o en la arbitral, de acuerdo a ley. Mediante contratos ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 33°.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país adopta medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.
En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.
El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, conforme lo disponga la ley.

Artículo 34°.- El Estado garantiza la tenencia y libre disposición de moneda extranjera.

Capítulo VI
RECURSOS NATURALES Y PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

Artículo 35°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real.
Corresponde a la zona donde los recursos naturales están ubicados, una participación no menor al cincuenta por ciento del canon o renta que produce su explotación, la que es distribuida equitativamente entre los respectivos gobiernos regionales y municipales.

Artículo 36°.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales y la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

El Estado fomenta el desarrollo de la Amazonía.

Capítulo VII
LA PROPIEDAD

Artículo 37°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el proceso expropiatorio.

Artículo 38°.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar protección diplomática.
Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por resolución legislativa.

Artículo 39°.- La ley puede, por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, explotación y transferencia de determinados bienes.

Artículo 40°.- Los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles.

Capítulo VIII
RÉGIMEN TRIBUTARIO, PRESUPUESTAL Y DE CONTROL

Artículo 41°.- Los tributos se crean, modifican, derogan o exoneran exclusivamente por ley. Los aranceles se regulan mediante decreto supremo. Los gobiernos regionales y locales y la Corte Suprema de Justicia pueden crear, modificar, suprimir o exonerar tasas, dentro de su jurisdicción y con las limitaciones que señala la ley.
El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, de igualdad y de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.
Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su publicación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria. No producen efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece este artículo.

Artículo 42°.- El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública contraída por los gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley.
Las operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado se aprueban conforme a ley.
Los gobiernos regionales y los municipios pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, sin requerir autorización legal.

Artículo 43°.- Se efectúan obligatoriamente por licitación pública la contratación con fondos públicos de obras y suministros y la adquisición y enajenación de bienes.
Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley.
La ley establece el procedimiento, las excepciones y las responsabilidades.

Artículo 44°.- La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central y gobierno descentralizado.
El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Su programación y ejecución responden a los principios de eficiencia, apoyo social y descentralización.

Artículo 45°.- El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto y los proyectos de Ley de Endeudamiento y de Equilibrio Financiero a más tardar el 30 de agosto de cada año.
El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.
Los préstamos del Banco Central de Reserva y del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal.
No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente.
Tampoco puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública.

Artículo 46°.- Los Representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos.
El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo.
Las leyes tributarias que otorguen beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas.
Sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los Senadores y Diputados, puede establecerse

selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país.

Artículo 47°.- El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada Ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector. El Presidente de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Tribunal Supremo Electoral sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.
Si la autógrafa de la ley no es remitida al Presidente de la República hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el proyecto de éste, que es promulgado con rango de decreto legislativo y los miembros del Congreso pierden el cincuenta por ciento de una remuneración mensual.
Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso, tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros.

Artículo 48°.- La Cuenta General de la República es examinada y dictaminada por una Comisión Revisora dentro de los noventa días siguientes a su presentación. El Congreso se pronuncia en un plazo de treinta días. Si no hay pronunciamiento del Congreso en el plazo señalado, se remite el dictamen de la Comisión Revisora al Poder Ejecutivo para que éste promulgue un decreto legislativo que contiene la Cuenta General.

Artículo 49°.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía, conforme a su Ley Orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto de la República, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.
El Contralor General es elegido por el Senado a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Senado, por falta grave. La designación y la ratificación requieren los votos de dos tercios del número legal de Senadores.
No hay reelección.

Capítulo IX
MONEDA Y BANCA

Artículo 50°.- La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es atribución exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.

Artículo 51°.- El Banco Central es una persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía, con arreglo a su Ley Orgánica.
La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo y las demás que señala su Ley Orgánica.
El Banco informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su Directorio.
El Banco está prohibido de conceder financiamiento al erario, salvo la compra en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro del límite que señala su Ley Orgánica.

Artículo 52°.- El Banco puede efectuar operaciones y celebrar convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posesión de las reservas internacionales. Requiere autorización por ley cuando el monto de tales operaciones o convenios supere el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso.

Artículo 53°.- El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo elige a cuatro, entre ellos el Presidente. El Senado ratifica a éste y elige a los tres restantes, con el voto de dos tercios del número legal de sus miembros.
Todos los Directores son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Senado puede removerlos por falta grave. La remoción requiere el voto de dos tercios del número legal de Senadores. En caso de remoción o vacancia, los nuevos Directores completan el correspondiente período constitucional.
No hay reelección.

Artículo 54°.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.
La Superintendencia de Banca, Financieras y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias, financieras y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.
La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Financieras y Seguros.
El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Financieras y Seguros por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Senado lo ratifica y lo remueve por falta grave. En ambos casos se requiere el voto de dos tercios del número legal de Senadores.
No hay reelección.

Capítulo X
RÉGIMEN AGRARIO Y COMUNIDADES

Artículo 55°.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.
Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Artículo 56°.- Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.
Son autónomas, en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en

lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad de las comunidades campesinas y nativas.

TÍTULO II
ESTRUCTURA DEL ESTADO

Capítulo I
DEL PODER LEGISLATIVO

Artículo 57°.- El Congreso se compone de dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados.
Durante el receso funciona la Comisión Permanente.

Artículo 58°.- El Senado es elegido por Regiones y por un período de seis años. El número de Senadores es de cincuenta. Se renueva por tercios cada dos años.

Artículo 59°.- La Cámara de Diputados es elegida por Departamentos y por un período de cuatro años. El número de Diputados es de ciento cincuenta. Se renueva por mitad cada dos años. La ley fija su distribución en proporción a la densidad electoral. Ninguna circunscripción tiene menos de un Diputado ni más de treinta.

Artículo 60°.- Los Presidentes de las Cámaras convocan al Congreso a legislatura ordinaria dos veces al año. La primera legislatura comienza el 27 de julio y termina el 15 de diciembre. La segunda se inicia el primero de abril y termina el 31 de mayo.
El Congreso se reúne en legislatura extraordinaria a iniciativa del Presidente de la República, a pedido de por lo menos dos tercios del número legal de representantes de cada Cámara o por acuerdo de la Comisión Permanente. En este caso la convocatoria corresponde a los Presidentes de las Cámaras.
En la convocatoria, se fijan la fecha de iniciación y la de clausura.
Las legislaturas extraordinarias tratan sólo de los asuntos materia de la convocatoria. Su duración no puede exceder de treinta días.

Artículo 61°.- El quórum para la instalación del Congreso en legislatura ordinaria o extraordinaria es de la mitad más uno del número legal de miembros de cada Cámara.
La instalación de la primera legislatura ordinaria se hace con asistencia del Presidente de la República. Esta no es imprescindible para que el Congreso inaugure sus funciones.
Los Presidentes de las Cámaras se turnan en la Presidencia del Congreso. Corresponde al del Senado presidir la sesión de instalación.

Artículo 62°.- El cargo de Senador o Diputado es renuncia-ble.
Las vacantes que se producen en las Cámaras se llenan con los candidatos accesitarios, según el orden de votación en que aparecen en las listas respectivas.

Artículo 63°.- El Presidente de la Cámara respectiva conmina a concurrir a los Senadores o Diputados cuya inasistencia impide la instalación o dificulta el funcionamiento del Congreso. El requerimiento se hace, en el plazo de diez días, por cinco veces. El quinto requerimiento es bajo apercibimiento de declararse la vacancia automática. Producida ésta, el Presidente de la Cámara procede a llamar a los accesitarios. Si dentro de los quince días siguientes estos tampoco acuden, convoca a elección complementaria. Los inasistentes no pueden postular a función pública en los diez años siguientes.

Artículo 64°.- Para ser Senador o Diputado se requiere ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio, saber leer y escribir y haber cumplido por lo menos treinta y cinco años en el primer caso y veinte y cinco en el segundo.
Nadie puede postular simultáneamente a Senador y Diputado y a Presidente de la República.

Artículo 65°.- No pueden ser elegidos Diputados ni Senadores, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección:
1. Los Ministros de Estado.
2. Los miembros del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Ministerio Público, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Tribunal Supremo Electoral y de los gobiernos regionales.
3. El Defensor del Pueblo, el Contralor General, los Superintendentes de la Administración Tributaria, de Aduanas y de Banca, Financieras y Seguros, y
4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo.

Artículo 66°.- Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, excepto la de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, previa autorización, en este último caso, de la Cámara respectiva.
También hay incompatibilidad con la condición de gerente, apoderado, representante, abogado, accionista mayoritario, miembro del directorio de empresas que tienen contratos de obras o aprovisionamiento con el Estado o administran rentas o prestan servicios públicos.
El mandato legislativo es igualmente incompatible con cargos similares en empresas que obtengan concesiones del Estado y en las supervisadas por la Superintendencia de Banca, Financieras y Seguros.

Artículo 67°.- Los Senadores y Diputados representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo.
No son responsables ante autoridad ni tribunal alguno por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones.
No pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición de su respectiva Cámara o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autoricen o no la privación de la libertad y el procesamiento.

Artículo 68°.- Cada Cámara elabora y aprueba su Reglamento, elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones, establece la organización y atribuciones de los grupos parlamentarios, arregla su economía, sanciona su presupuesto, nombra y remueve sus funcionarios y les otorga los beneficios que les corresponden conforme a ley. El Congreso aprueba su propio Reglamento que tiene fuerza de ley. También la tienen los Reglamentos de cada Cámara.

Las sanciones disciplinarias que imponen las Cámaras a sus miembros y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de sesenta días naturales y requieren el voto, en sesión pública, de dos terceras partes del número legal de sus integrantes.

Artículo 69°.- Cualquier representante a Congreso puede pedir al Presidente de la Corte Suprema, a los Ministros de Estado, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo Electoral, al Banco Central de Reserva, al Contralor General, a los Superintendentes de la Administración Tributaria, de la Banca, Financieras y Seguros y de Aduanas, y a los gobiernos regionales y municipales los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido. El pedido se hace por escrito y por intermedio de la Cámara respectiva.

Artículo 70°.- El Congreso y cada Cámara pueden nombrar Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer al requerimiento de dichas Comisiones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Artículo 71°.- Las sesiones plenarias del Congreso y de las Cámaras son públicas, salvo los casos que señala el Reglamento Interno y que requieren el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros.

Artículo 72°.- El Presidente de la República está obligado a poner a disposición del Congreso y de cada Cámara a los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que demanda el Presidente de la respectiva Cámara o de la Comisión Permanente.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no pueden ingresar al recinto del Congreso, ni al de las Cámaras, sino con autorización del respectivo Presidente o del Presidente de la Comisión Permanente.Hacerlo es sedición. La acción penal es imprescriptible.

Artículo 73°.- Corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, a los Fiscales Supremos, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y Tribunal Supremo Electoral, y a los altos funcionarios de la Repúblicaque señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 74°.- Corresponde al Senado declarar si ha o no lugar a formación de causa a consecuencia de la acusación hecha por la Cámara de Diputados. En el primer caso, queda el acusado sujeto a proceso según ley. La Resolución Senatorial es de cumplimiento inexcusable.

Artículo 75°.- La Comisión Permanente se compone de cinco Senadores y de diez Diputados elegidos por sus respectivas Cámaras, además de los Presidentes de éstas como miembros natos. La preside el Presidente del Senado. En ausencia de éste, el Presidente de la Cámara de Diputados. A falta de uno y otro, el vicepresidente del Senado.
Son atribuciones de la Comisión Permanente las que le señalan la Constitución y el Reglamento del Congreso.

Artículo 76°.- Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados o convenios internacionales, de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que propone el Poder Ejecutivo, y
8. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.

Subcapítulo I
FUNCIÓN LEGISLATIVA

Artículo 77°.- Tienen derecho de iniciativa en la formación de las leyes y resoluciones legislativas los Senadores y Diputados y el Presidente de la República. También tienen el mismo derecho en materias que les son propias el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, la Junta de Fiscales Supremos, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal Supremo Electoral, los gobiernos regionales y municipales y los colegios profesionales.
Hay iniciativa popular en la formación de las leyes, si es hecha por ciudadanos en número no menor al uno por ciento de los inscritos en el Registro Electoral del Perú.
Los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con el carácter de urgentes tienen preferencia del Congreso.
Igual preferencia tienen en la Cámara Revisora los proyectos aprobados en la Cámara de origen.
El proyecto rechazado en la Cámara de origen no puede ser tratado nuevamente en ella ni en la otra Cámara en la misma legislatura.

Artículo 78°.- Los proyectos aprobados en una Cámara pasan a la otra para su revisión. Las adiciones y modificaciones se sujetan a los mismos trámites que los proyectos.

Cuando una de las Cámaras desapruebe o modifique un proyecto de ley aprobado en la otra, la Cámara de origen, para insistir en su primitiva resolución, necesita que la insistencia cuente con los dos tercios de votos

del total de sus miembros. La Cámara Revisora, para insistir a su vez en el rechazo o en la modificación, requiere igualmente los dos tercios de los votos. Si los reúne, no hay ley. Si no los reúne se tiene como tal lo aprobado en la Cámara de origen que ha insistido. Las Cámaras pueden nombrar comisiones de conferencia para concordar sus resoluciones.
La ley, aprobada en la forma prevista por la Constitución, se envía al Presidente de la República para que la promulgue dentro de quince días. Vencido tal plazo, lo hace el Presidente del Congreso o de la Comisión Permanente.
Si el Presidente de la República tiene observaciones, en todo o en parte, respecto de la ley, las presenta al Congreso en el mencionado plazo de quince días.
Las leyes del presupuesto y de la cuenta general de la República no pueden ser materia de observaciones.
Reconsiderada la ley, el Presidente del Congreso la promulga, siempre que voten en favor de la misma más de la mitad del número legal de miembros en cada Cámara.
El Presidente de la República no puede promulgar parcialmente ninguna ley.

Artículo 79°- Las leyes orgánicas regulan los derechos fundamentales de la persona y las libertades públicas, así como la estructura de los Poderes del Estado y de los organismos constitucionales autónomos. Se tramitan como cualquier ley. Sin embargo, para su aprobación, interpretación, modificación y derogación se requiere el voto de la mitad más uno del número legal de miembros de cada Cámara.

Artículo 80°.- Las leyes se expiden de acuerdo a la naturaleza de las cosas y no en razón de las personas. La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.
Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente.

Artículo 81°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente a su publicación, excepto, en cuanto al plazo, disposición contraria de la misma ley.
La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Artículo 82°.- Puede delegar el Congreso en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos. La delegación debe ser hecha por ley expresa que contenga las bases precisas de su objeto y el tiempo de duración. La publicación del decreto legislativo correspondiente periclita la delegación, aunque el plazo no haya fenecido. No puede delegarse: 1. La reforma de la Constitución. 2. Las leyes orgánicas. 3. La ley de presupuesto. 4. La aprobación de tratados. 5. La demarcación territorial. 6. Las leyes tributarias. 7. La ley sobre organización y funcionamiento de partidos políticos; y, 8. La ley sobre estados de excepción.

Artículo 83°.- El Congreso, al redactar las leyes, usa esta fórmula:
El Congreso de la República del Perú;
Ha dado la ley siguiente:
Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.
El Presidente de la República, al promulgar las leyes, usa esta fórmula:
El Presidente de la República;
Por cuanto:
El Congreso ha dado la ley siguiente:
Por tanto:
Mando se publique y cumpla.

Artículo 84°.- Las resoluciones legislativas se redactan de acuerdo a los Reglamentos del Congreso o de las Cámaras, y se promulgan por el Presidente que corresponda. No requieren refrendación ministerial.

Subcapítulo II
LOS TRATADOS

Artículo 85°.- Los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalece el primero. Los preceptos relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional.

Artículo 86°.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, salvo que se refieran a asuntos propios del Poder Ejecutivo.
Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.
La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere la aprobación previa de éste.

Artículo 87°.- El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue.
La extradición se concede sólo por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad.

Capítulo IV
PODER EJECUTIVO

Artículo 88°.- El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación.
Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano e hijo de peruanos por nacimiento, tener más de treinta y cinco años al momento de la postulación, saber leer y escribir y gozar del derecho de sufragio.

Artículo 89°.- Es elegido Presidente de la República el candidato que obtiene más de la mitad de los votos válidos. **Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procede a una segunda elección, dentro de los treinta días siguientes a la proclamación de los resultados oficiales, entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas.** Empero, no ha lugar a una segunda elección cuando el

candidato más votado supere el cuarenta por ciento de los votos válidos y, además, exista una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del candidato que le sigue en número de votos.
Junto con el Presidente de la República es elegido, de la misma manera, con los mismos requisitos y por igual término, un Vicepresidente

Artículo 90°.- No pueden postular a la Presidencia de la República, ni a la Vicepresidencia:
1. El ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes.
2. El ciudadano que no puede postular a Senador, y
3. El cónyuge y los parientes consanguíneos dentro del cuatro grado, y los afines dentro del segundo de quien ejerce la Presidencia o la ha ejercido en el año precedente a la elección.

Artículo 91°.- El mandato presidencial es de seis años. No hay reelección. Esta norma no puede ser modificada ni derogada. Los que proponen su modificación o derogación y los que la apoyan quedan inhabilitados a perpetuidad para toda función pública.

Artículo 92°.- La Presidencia de la República vaca por:
1. Muerte.
2. Permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso, con los votos de no menos de dos tercios del número legal de Senadores y Diputados.
3. Renuncia, aceptada por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado, y
5. Destitución, por sentencia en los casos del artículo 96 de la Constitución.

Artículo 93°.- El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende:
1. Por incapacidad temporal, declarada por el Congreso, o
2. Por hallarse sometido a proceso judicial, conforme al artículo 96 de la Constitución.

Artículo 94°.- Por impedimento permanente o temporal del Presidente de la República, asume sus funciones el Vicepresidente. Por impedimento de éste, el Presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones.
Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Vicepresidente se encarga del Despacho.

Artículo 95°.- El Presidente de la República presta el juramento de ley y asume el cargo ante el Congreso el 28 de Julio del año en que se realiza la elección.

Artículo 96°.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo el caso previsto en el artículo 114; y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Tribunal Constitucional y del Supremo Electoral.

La responsabilidad del Presidente de la República por otros hechos se hará efectiva al concluir su mandato. La prescripción se computará a partir de dicho evento.

Artículo 97°.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:
1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.
3. Dirigir la política general del Gobierno.
4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.
5. Convocar a elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República y para Representantes a Congreso, así como para los gobiernos regionales y municipales y demás funcionarios que señala la ley.
6. Convocar, en su caso, a legislatura extraordinaria.
7. Dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y obligatoriamente, en forma personal y por escrito, al instalarse la primera legislatura ordinaria anual. Los mensajes anuales contienen la exposición detallada de la situación de la República, el proceso de erradicación del analfabetismo y las mejoras y reformas que el Presidente juzgue necesarias y convenientes para su consideración por el Congreso. Los mensajes del Presidente de la República, salvo el primero de ellos, son aprobados por el Consejo de Ministros.
8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.
9. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.
10. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.
11. Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros. El nombramiento requiere la ratificación, con mayoría simple, por el Senado.
12. Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones.
13. Presidir el Sistema de Defensa Nacional y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
14. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía en caso de agresión.
15. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.
16. Aprobar los planes nacionales de desarrollo.
17. Administrar la hacienda pública.
18. Negociar los empréstitos.
19. Dictar decretos de urgencia, con fuerza de ley, en materia económica y financiera, en circunstancias de urgencia o en receso del Congreso; y con cargo de dar cuenta a éste. Los decretos de urgencia caducan a los treinta días, salvo ratificación expresa del Congreso o de la Comisión Permanente.
20. Regular las tarifas arancelarias.

21. Requerir la pronta administración de la justicia y conceder indultos o conmutar penas, conforme a ley.
22. Conferir condecoraciones en nombre de la Nación, con acuerdo del Consejo de Ministros.
23. Autorizar a los peruanos a servir en un ejército extranjero.
24. Nombrar a los funcionarios públicos, con arreglo a ley, y
25. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.

Subcapítulo I
CONSEJO DE MINISTROS

Artículo 98°.- La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros, y a cada Ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

Artículo 99°.- Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial.

Artículo 100°.- Los Ministros, reunidos, forman el Consejo de Ministros. La ley determina su organización y funciones.
El Consejo de Ministros tiene su Presidente. Corresponde al Presidente de la República presidir el Consejo de Ministros cuando lo convoca o cuando asiste a sus sesiones.

Artículo 101°.- El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. Nombra y remueve a los demás Ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo.

Artículo 102°.- Al Presidente del Consejo de Ministros le corresponde:
1. Ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno.
2. Coordinar las funciones de los demás Ministros.
3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley.

Artículo 103°.- Para ser Ministro de Estado se requiere ser peruano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, saber leer y escribir, y haber cumplido veinte y cinco años de edad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser Ministros.

Artículo 104°.- Son atribuciones del Consejo de Ministros:
1. Aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso.
2. Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia, así como los decretos y resoluciones que dispone la ley.
3. Deliberar sobre asuntos de interés público, y
4. Las demás que le otorgan la Constitución y la ley.

Artículo 105°.- Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta.

Artículo 106°.- Los Ministros no pueden ejercer ninguna otra función pública, excepto la legislativa.
Los Ministros no pueden ser gestores de negocios propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas.

Artículo 107°.- No hay Ministros interinos. El Presidente de la República puede encomendar a un Ministro que, con retención de su cartera, se encargue de otra por impedimento del que la sirve, sin que este encargo pueda prolongarse por más de treinta días, ni trasmitirse a otros Ministros.

Artículo 108°.- Los Ministros son individualmente responsables por los actos delictuosos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente. Es solidaria la responsabilidad civil de los Ministros.

Artículo 109°.- El Consejo de Ministros en pleno o los Ministros por separado pueden concurrir a las sesiones del Congreso o de las Cámaras y participar en sus debates. Concurren también cuando son invitados para informar.

Subcapítulo II
RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO

Artículo 110°.- Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo de Ministros concurre al Congreso, en compañía de los demás Ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. La exposición no da lugar a voto del Congreso.
Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.

Artículo 111°.- Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros o de cualquiera de los Ministros, cuando la Cámara de Diputados los llama para interpelarlos.
La interpelación se formula por escrito. Debe ser presentada por no menos del quince por ciento del número legal de Diputados. Para su admisión, se requiere el voto de no menos del tercio del número de Representantes hábiles. La Cámara señala día y hora para que los Ministros contesten la interpelación. Esta no puede realizarse antes del tercer día de su admisión.

Artículo 112°.- La Cámara de Diputados hace efectiva la responsabilidad del Consejo de Ministros o de los Ministros por separado mediante el voto de censura.

Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros o contra cualquiera de los Ministros debe ser presentada por no menos del tercio del número de Diputados hábiles. Se debate y vota por lo menos tres días después de su presentación. Su aprobación requiere el voto conforme de más de la mitad del número legal de Diputados.
El Consejo de Ministros o el Ministro censurado deben renunciar. El Presidente de la República acepta la dimisión.

La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que haya hecho de la aprobación una cuestión de confianza.
Las facultades de interpelar y censurar son exclusivas de la Cámara de Diputados.

Artículo 113°.- El Presidente de la República sólo está facultado para disolver la Cámara de Diputados si ésta ha censurado a tres Consejos de Ministros.

Artículo 114°.- El decreto de disolución expresa la causa que la motiva. Incluye la convocatoria a elecciones dentro del plazo máximo de noventa días, de acuerdo con la ley electoral en vigor al tiempo de la disolución.
Si las elecciones no se realizan, la Cámara disuelta se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades constitucionales y cesa el Consejo de Ministros, ninguno de cuyos miembros puede ser nominado nuevamente para ministerio alguno durante el período presidencial, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 108°.
La Cámara elegida extraordinariamente completa el período constitucional de la disuelta.

Artículo 115°.- El Presidente de la República no puede disolver la Cámara de Diputados durante el estado de sitio ni de emergencia. Tampoco puede disolverla en el último año de su mandato. Durante ese término, la Cámara sólo puede votar la censura del Consejo de Ministros con el voto conforme de por lo menos dos tercios del número legal de Diputados.
El Presidente de la República no puede ejercer la facultad de disolución sino una sola vez durante su mandato.

Artículo 116°.- El Senado no puede ser disuelto.

Subcapítulo III
RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Artículo 117°.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta, por plazo determinado, en todo o parte del territorio y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, que se contemplan en los incisos 7, 9, 10 y 20-f del artículo 2. En ninguna circunstancia, se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. La prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el Presidente de la República.
2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, con especificación de las garantías personales que continúan en vigor. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio el Congreso se reúne de pleno derecho.

La prórroga requiere aprobación del Congreso.

Capítulo VIII
PODER JUDICIAL

Artículo 118°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial mediante sus órganos jerárquicamente integrados.
Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema y las Cortes Superiores y los Juzgados que determina su Ley Orgánica.

Artículo 119°.- No existe ni puede establecerse jurisdicción distinta, con excepción de la arbitral.

Artículo 120°.- Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procesos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso.

Artículo 121°.- Son principios de la administración de justicia:

1. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
   Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
2. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.
   Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos y por los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados porla Constitución, son siempre públicos.
3. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
4. La pluralidad de la instancia.
5. No dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
   En tal caso, deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario.
6. No ser penado sin proceso judicial o en ausencia.
7. No ser privado del derecho de defensa, en ningún estado del proceso, ni ante la autoridad policial.
8. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.
9. La prohibición de revivir procesos fenecidos. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de la cosa juzgada.
10. La gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala, y

11. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Artículo 122°.- El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Los procesados y sentenciados tienen derecho de ocupar establecimientos adecuados y a no sufrir tratos crueles.

Artículo 123°.- Corresponde a la Corte Suprema resolver en casación, o en última instancia, cuando el proceso se inicia en la Corte Superior o en la propia Corte Suprema, salvo lo dispuesto en el artículo 188, inciso 3.

Artículo 124°.- La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial.

Artículo 125°.- El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso.

Artículo 126°.- La función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria e integrar comisiones codificadoras y las que señale la legislación electoral.

Los jueces están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.

Artículo 127°.- El Estado garantiza a los magistrados judiciales:
1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley.
2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento.
3. Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función, y
4. La remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su función y jerarquía.

Artículo 128°.- Para ser magistrado de la Corte Suprema se requiere:
1. Ser peruano de nacimiento.
2. Ser ciudadano en ejercicio.
3. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

Artículo 129°.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante acción contencioso-administrativa.

Artículo 130°.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley regula dichas funciones.

Capítulo IX
MINISTERIO PÚBLICO

Artículo 131°.- El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura dos años. No hay reelección. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos, prerrogativas y requisitos que los del Poder Judicial en la categoría respectiva, y están sujetos a las mismas obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades.

Artículo 132°.- Corresponde al Ministerio Público:
1. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
2. Iniciar la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Publico en el ámbito de su función.
3. Promover, de oficio o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, especialmente cuando se trata de actos lesivos contra el patrimonio público o de entidades en que participe el Estado; de protección del medio ambiente; o de defensa del patrimonio cultural e histórico de la Nación.
4. Formular acusación penal.
5. Representar en procesos judiciales a la sociedad.
6. Dictaminar en los casos que dispone la ley.
7. Organizar la defensa de los intereses del Estado mediante los Procuradores Públicos, conforme a ley, y
8. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes, y dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República de los vacíos o defectos de la legislación.

Artículo 133°.- El proyecto de presupuesto del Ministerio Publico se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos. Se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso.

Capítulo X
DEFENSOR DEL PUEBLO

Artículo 134°.- El Defensor del Pueblo vela por la vigencia de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes de la administración del Estado y de la prestación de servicios públicos.
La función de Defensor del Pueblo es autónoma. Los Poderes del Estado, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y los órganos públicos están obligados a colaborar con el Defensor del Pueblo cuando éste lo requiera. Una ley orgánica regula su estructura y atribuciones y la forma de designar delegados adjuntos.

Artículo 135°.- El Defensor del Pueblo es elegido por el Congreso, con el voto de no menos de dos tercios del número legal de sus miembros. Es removido, por falta grave, con igual votación. Goza de la misma inmunidad, prerrogativas e incompatibilidades de los congresistas.
Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado.
El cargo dura siete años y no está sujeto a mandato imperativo.
No hay reelección.

Artículo 136°.- Corresponde al Defensor del Pueblo informar al Congreso anualmente y cada vez que lo crea

necesario o cuando éste lo solicite. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el cumplimiento de sus funciones.
El proyecto de presupuesto del Defensor del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

Capítulo XI
CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Artículo 137°.- El Consejo Nacional de la Magistratura es autónomo, de acuerdo a su Ley Orgánica. Tiene las siguientes funciones:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, así como a los directores del Registro Electoral del Perú y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, con el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros.
2. Ratificar a los jueces y fiscales cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.
3. Aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, según los casos, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final es motivada y se expide previa audiencia al interesado cuyo derecho de defensa se garantiza, y
4. Extender a los nombrados y ratificados el título oficial que los acredita.

Artículo 138°.- Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura:

1. Uno, que lo preside, elegido en votación secreta por los miembros de los Colegios de Abogados del país.
2. Uno, elegido por la Corte Suprema en votación secreta en Sala Plena.
3. Uno, elegido por la Junta de Fiscales Supremos en votación secreta.
4. Dos, elegidos en votación secreta por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país.
5. Uno, elegido en votación secreta por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno, elegido en votación secreta por los rectores de las universidades privadas.

Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, juntamente con sus suplentes respectivos, por un período de cinco años.
No hay reelección.

Artículo 139°.- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura deben tener los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y están sujetos a las mismas obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades.
Pueden ser removidos por causa grave, con el voto conforme de dos tercios del número legal de Senadores.

Artículo 140°.- La Academia de la Magistratura forma parte del Poder Judicial y se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos los niveles.

Capítulo XII
DESCENTRALIZACIÓN

Subcapítulo I
Régimen Interior

Artículo 141°.- El territorio de la República se divide en Regiones, Departamentos, Provincias y Distritos, de conformidad con la Ley de Demarcación y Organización Interior de la República.
Los Poderes Ejecutivo y Judicial y los órganos constitucionales autónomos desconcentran sus atribuciones, de acuerdo a ley.

Subcapítulo II

Regiones

Artículo 142°.- Una ley orgánica establece las bases y los procedimientos para que las comunidades territoriales departamentales se integren, por propia iniciativa, en Regiones. Estas son áreas contiguas, integradas económica y culturalmente. Constituyen unidades de gobierno y administración. Sus órganos de gobierno se desconcentran internamente en función de las necesidades de las comunidades que integran la Región.

Artículo 143°.- Son órganos de gobierno y administración de la Región: el Presidente, el Consejo de Coordinación y la Asamblea Regional. El Presidente y la Asamblea son elegidos por sufragio popular directo y deben tener los mismos requisitos para ser Diputado. El Consejo de Coordinación, integrado por tres delegados elegidos por los Alcaldes Distritales y tres por la Asamblea Regional, asiste al Presidente en el ejercicio de sus funciones en la forma que señala la ley. Su mandato es por tres años y es revocable.

Artículo 144°.- Los órganos de gobierno regional tienen autonomía política, económica y administrativa. Ejercen competencias normativas y administrativas originarias en las materias que determina la ley y asumen las demás atribuciones que les sean delegadas por el Poder Ejecutivo y otros entes administrativos. Son especialmente competentes para planificar, promover y ejecutar el desarrollo integral de la Región en coordinación con los órganos de la administración nacional y las Municipalidades.

Artículo 145°.- Los gobiernos regionales regulan su organización y funcionamiento por un Estatuto aprobado por la Asamblea en la forma establecida por la Ley Orgánica de Regionalización. Sólo puede modificarse a iniciativa de la Asamblea Regional y requiere aprobación del Congreso.

Artículo 146°.- Son rentas de los Gobiernos Regionales:

1. Los recursos provenientes del canon en la proporción que señala la ley.
2. La participación que la ley determina, anualmente, en los ingresos tributarios.
3. Los recursos presupuestales correspondientes a las funciones y actividades delegadas, y
4. Las contribuciones o tasas que indica la ley.

Subcapítulo III
Municipalidades

Artículo 147°.- Corresponde el gobierno local a las Municipalidades Provinciales y Distritales, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades.

Son órganos de las Municipalidades: el Alcalde y el Concejo, que ejercen funciones ejecutivas y deliberativas, respectivamente. El Concejo se integra por el número de Regidores que determina la ley. Son elegidos por sufragio popular directo por un período de tres años y deben ser mayores de diez y ocho años. El mandato es revocable. Gozan de las prerrogativas que establece la ley.

Artículo 148°.- Las Municipalidades tienen autonomía política, económica y administrativa en las materias de su competencia. Pueden asociarse para promover su desarrollo institucional y para la prestación de servicios o el cumplimiento de sus fines. Promueven la participación de los vecinos en el gobierno local.

Artículo 149°.- Las Municipalidades son competentes para:
1. Planificar el desarrollo de sus circunscripciones en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo.
2. Establecer su régimen de organización interior y reglamentar sus servicios internos.
3. Votar y aprobar su presupuesto y crear, modificar y suprimir arbitrios, licencias, tasas y derechos municipales, de conformidad con la ley, y administrar sus bienes y rentas.
4. Regular la organización y prestación de los servicios públicos locales y establecer las modalidades y limitaciones de uso de la propiedad privada, de acuerdo con las normas sobre zonificación y urbanismo, y
5. Asumir, por delegación, el ejercicio de competencias estatales a nivel local cuando así lo resuelva el Concejo en función de los intereses del vecindario y participar en la ejecución de los planes y programas de desarrollo o en la gestión de actividades y servicios desconcentrados de los gobiernos nacional y regional.

Artículo 150°.- Las Municipalidades Provinciales son competentes en las siguientes materias:
1. Zonificación, urbanismo, saneamiento básico, vivienda y renovación urbana, regulación del uso de los bienes públicos y protección del medio ambiente.
2. Cooperación y fiscalización de la educación primaria y secundaria y participación en los programas de atención primaria de la salud.
3. Cultura, recreación y deportes.
4. Transporte colectivo, circulación y tránsito.
5. Seguridad urbana.
6. Turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos en coordinación con los organismos que determina la ley, y
7. Cooperación popular y desarrollo comunal y promoción de la artesanía y el empleo.

Artículo 151°.- Son rentas de las Municipalidades:
1. Los recursos provenientes del canon en la proporción que señala la ley.
2. Los impuestos predial, alcabala, al patrimonio automotriz, a las apuestas, a los juegos y a los espectáculos públicos.
3. El cincuenta por ciento de los impuestos que gravan la compraventa de bienes y servicios.
4. Los impuestos creados en su favor y las transferencias presupuestales.
5. Los recursos provenientes de las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados, en la forma que señale la ley, y
6. Los recursos provenientes de sus bienes e ingresos propios.

Artículo 152°.- Son bienes de las Municipalidades los destinados al uso de sus instalaciones y servicios y los que les correspondan por cualquier otro título legal. Se comprenden dentro de ellos los terrenos eriazos o ribereños ubicados dentro del área de expansión urbana y destinados a los servicios públicos locales. Se excluyen las vías públicas cuya administración les corresponde en las áreas urbanas.

Artículo 153°.- Tienen régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades la Capital de la República, las Provincias de frontera y las ciudades con rango metropolitano.

Capítulo XIII
SISTEMA DE DEFENSA NACIONAL

Artículo 154°. El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.
La defensa nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la defensa nacional, de conformidad con la ley.

Artículo 155°.- La dirección, la preparación y el ejercicio de la defensa nacional se realizan a través de un sistema cuyas funciones y organización determina la ley. El Presidente de la República dirige el Sistema de Defensa Nacional.
La ley señala los alcances y procedimientos de la movilización para los efectos de la defensa nacional.

Artículo 156°.- Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno conforme al artículo 117°.

Artículo 157°.- La Policía Nacional tiene por finalidad garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Artículo 158°.- El Presidente de la República es el

Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. No puede usarlas contra los otros Poderes del Estado. Hacerlo es traición a la patria.

Artículo 159°.- Las leyes y reglamentos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y la disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la defensa nacional, de acuerdo a ley.

Artículo 160°.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional, bajo la responsabilidad que establece la ley.

Artículo 161°.- La ley asigna los fondos destinados a satisfacer los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Tales fondos deben ser aplicados exclusivamente a fines institucionales y sólo están sujetos a supervisión de la Contraloría General de la República.

Artículo 162°.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley.

Artículo 163°.- El número de efectivos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se fija anualmente por el Poder Ejecutivo. Los recursos correspondientes son aprobados en la Ley de Presupuesto.

Artículo 164°.- Los ascensos se confieren de conformidad con la ley. El Senado ratifica los ascensos de los Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas y los grados equivalentes de la Policía Nacional.

Artículo 165°.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en actividad están sometidos al Poder Judicial y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo los casos de traición a la patria durante guerra exterior.

Artículo 166°.- Los grados y honores, las remuneraciones y las pensiones inherentes a la jerarquía de oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son equivalentes. La ley establece las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera que no tiene grado o jerarquía de oficial. En ambos casos, los derechos indicados sólo pueden retirarse a sus titulares por sentencia judicial.

Artículo 167°.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización.
Se exceptúa la fabricación de armas por la industria privada en los casos que la ley señala.
La ley reglamenta la fabricación, el comercio, la posesión y el uso, por los particulares, de armas distintas de las de guerra.

Capítulo XIV
ÓRGANOS ELECTORAL Y DE IDENTIFICACIÓN

Artículo 168°.- Los órganos electoral y de identificación tienen por finalidad que la voluntad popular se exprese en forma auténtica, libre y espontánea.
Los órganos electorales están integrados por el Tribunal Supremo Electoral, el Registro Electoral del Perú y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, así como por los demás que establece la ley.

Artículo 169°.- El Tribunal Supremo Electoral es autónomo. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. Sus decisiones jurisdiccionales son definitivas, no revisables, ni revocables. Tiene iniciativa en la formación de las leyes.
Presenta al Poder Ejecutivo su proyecto de presupuesto. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso.

Artículo 170°.- Corresponde al Tribunal Supremo Electoral:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, en sus diversas modalidades, así como la elaboración de los padrones electorales.
2. Llevar el registro de partidos políticos y de las alianzas respectivas y cumplir y hacer cumplir las normas pertinentes.
3. Administrar la justicia electoral.
4. Proclamar a los candidatos elegidos y otorgar las credenciales correspondientes.
5. Proclamar los resultados de las consultas populares.
6. Declarar, en su caso, la nulidad de los procesos electorales.
7. Dictar las disposiciones normativas para suplir vacíos o defectos de la legislación electoral.
8. Ejercer las demás atribuciones que determina la Constitución o la ley.

Artículo 171°.- El Tribunal Supremo Electoral está integrado por cinco miembros:

1. Uno, que lo preside, elegido en votación secreta por la Corte Suprema, entre sus magistrados jubilados o cesantes; y, en su defecto, entre los ex Decanos de los Colegios de Abogados de la República.
2. Uno, elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales, entre sus magistrados jubilados o cesantes; y, en su defecto, entre los ex Decanos del Colegio de Abogados de Lima.
3. Uno, elegido en votación secreta entre los miembros del Colegio de Abogados de Lima.
4. Uno, elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales, entre sus ex Decanos, y
5. Uno, elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex Decanos.

Artículo 172°.- Los integrantes del Tribunal Supremo Electoral deben reunir los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema. Tienen las mismas incompatibilidades, impedimentos y obligaciones. Gozan

también de los mismos privilegios. Son elegidos por un período de siete años.
No hay reelección.
No pueden integrar el Tribunal Supremo Electoral los candidatos a cargos electivos, ni quienes son o han sido, en los últimos cinco años, dirigentes nacionales en los partidos políticos, miembros del Congreso o Ministros de Estado.

Subcapítulo I
Partidos Políticos

Artículo 173°.- El Tribunal Supremo Electoral inscribe a los partidos políticos que presenten relación de adherentes en número no inferior al uno por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil calculado al cerrarse éste para las elecciones precedentes y siempre que reúnan los otros requisitos que indica la ley. La inscripción concede personalidad jurídica.
Asimismo, inscribe a las alianzas de partidos que cumplan las disposiciones de la ley.
Los partidos políticos renuevan su inscripción si no obtienen para sus candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias votación mayor al cinco por ciento de los votos válidos.
La inscripción de las alianzas de partidos queda sin efecto al concluir el proceso electoral respectivo.

Artículo 174°.- Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley.
Los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos.

Artículo 175°.- Corresponde a los partidos políticos o alianzas de partidos inscritos postular candidatos en cualquier elección popular y fiscalizar los procesos de referéndum y revocación de mandato y demás consultas a la ciudadanía.
Para postular candidatos, las agrupaciones independientes deben cumplir con los requisitos de ley.

Artículo 176°.- Los partidos políticos pueden adquirir bienes muebles o inmuebles. Para la inscripción de los mismos se abre un libro especial en el registro de asociaciones de los Registros Públicos, con copia auténtica del asiento de inscripción en el registro del Tribunal Supremo Electoral.
La ley establece la forma de disponer de dichos bienes, en caso de disolución. Se aplican, en lo pertinente, las normas sobre asociaciones del Código Civil.
La ley, asimismo, norma el funcionamiento democrático de los partidos y la legitimidad de los recursos que usan en sus actividades.

Artículo 177°.- Durante las campañas electorales, los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado. La ley regula el uso de espacios gratuitos en los medios de comunicación concedidos a particulares.
El Presidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado y demás funcionarios que determine la ley están prohibidos de usar dichos medios de comunicación para favorecer o perjudicar a cualquier partido o candidato.

Subcapítulo II
Voto y escrutinio

Artículo 178°.- En los procesos electorales los ciudadanos votan en ambientes que aseguren el secreto de sus votos y en cédulas únicas, distribuidas oficialmente y diseñadas en forma adecuada para que aparezcan identificados en iguales condiciones todos los candidatos o las opciones materia de la consulta.
El Tribunal Supremo Electoral puede disponer el uso de medios electrónicos o similares que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio del derecho de sufragio.

Artículo 179°.- El escrutinio de los votos en toda clase de elecciones se realiza en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio. Sólo es revisable en los casos de error material o de impugnación, los cuales se resuelven conforme a ley.

Subcapítulo III
Representación proporcional

Artículo 180°.- En las elecciones pluripersonales de Senadores y Diputados hay representación proporcional y se aplica el sistema del cuociente electoral. Este cuociente resulta de dividir el total de los votos válidos por el de cargos a elegir. La adjudicación de cargos a cada lista se hace conforme al número de veces que el cuociente está contenido en el respectivo número de votos válidos. Cuando quedan cargos por adjudicar, corresponden estos a los mayores residuos, en orden descendente.

Artículo 181°.- En las elecciones pluripersonales regionales y municipales se aplica lo dispuesto en el artículo 180° cuando una de las listas obtiene la mayoría absoluta. En caso contrario, se procede a una segunda votación entre las dos listas que alcanzaron mayor número de sufragios.

Subcapítulo IV
Nulidad de las elecciones

Artículo 182°.- El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, cualquiera que sea su finalidad, sólo en los casos siguientes:
1. Cuando dejan de concurrir a votar más de la mitad de los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral.
2. Cuando los votos nulos o blancos, sumados o separadamente, superan la mitad de los emitidos, y
3. Cuando hay graves irregularidades que sean suficientes para modificar los resultados.

Subcapítulo V
Registro Electoral del Perú

Artículo 183°.- Corresponde a la Dirección del Registro

Electoral del Perú la inscripción de los ciudadanos y la depuración del padrón de electores y la preparación del material que se requiera para los procesos electorales, de acuerdo a ley, así como dictar las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección personal durante los comicios. Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y partícipes en los procesos.

Subcapítulo VI
Registro de Identificación del Perú

Artículo 184°.- Corresponde a la Dirección del Registro de Identificación del Perú la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, interdicciones y demás actos que señala la ley. Proporciona al Registro Electoral del Perú la información pertinente para el cumplimiento de sus funciones.

Capítulo XV
Ejercicio directo de la voluntad popular

Artículo 185°.- El ejercicio directo de la voluntad popular tiene por objeto:
1. La revocación del mandato del Alcalde y de los Regidores.
2. La creación o modificación de las circunscripciones regionales.
3. La iniciativa legislativa, y
4. La modificación, parcial o total, de la Constitución, mediante referéndum.

Artículo 186°.- La revocación del mandato de los Alcaldes y Regidores puede solicitarse al Senado por no menos del veinte por ciento de los ciudadanos de la correspondiente circunscripción, con firmas comprobadas por el Registro de Identificación y Estado Civil, y vencido el primer año de ejercicio del gobierno municipal.
Si la consulta es votada favorablemente, el Presidente de la República convoca a nuevas elecciones, conforme a ley.

Artículo 187°.- Las consultas populares respecto a la demarcación regional se realizan de acuerdo a la ley de la materia.

Capítulo XVI
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Artículo 188°.- Son garantías constitucionales:
1. La acción de hábeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales o electorales emanadas de procedimiento regular.
3. La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las leyes, decretos legislativos, reglamentos del Congreso y de las Cámaras, decretos de urgencia, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales y tratados internacionales, excepto de aquellos a que se refiere el artículo 85, que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
4. La acción popular, que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y decretos y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
5. La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.
El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 117 de la Constitución.
Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

Artículo 189°.- El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de control y de interpretación de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Artículo 190°.- Para ser miembro del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los miembros del Congreso. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Artículo 191°.- Los miembros del Tribunal son elegidos por el Congreso de la República, a propuesta del Senado, con el voto favorable, individual y secreto, de no menos de dos tercios del número legal de sus miembros.

Artículo 192°.- Corresponde al Tribunal Constitucional:
1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo y de cumplimiento.
3. Resolver en última instancia los procesos sobre responsabilidad, civil o penal, de los Vocales de la Corte Suprema, del Fiscal de la Nación y de los Fiscales Supremos, y
4. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

El proyecto de presupuesto del Tribunal Constitucional es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en el Congreso.

Artículo 193°.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.
2. El Presidente del Poder Judicial, con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema.
3. El Fiscal de la Nación.
4. El Defensor del Pueblo.
5. El 25 % de Senadores o de Diputados.
`5. Los Presidentes de Región, con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional; y los Alcaldes Provinciales, con acuerdo del Concejo respectivo, en materias de su competencia.
6. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.
7. Cinco mil ciudadanos, con firmas comprobadas por el Tribunal Supremo Electoral, y si la norma es municipal, el uno por ciento de los ciudadanos vecinos de la respectiva circunscripción, siempre que tal porcentaje no exceda de cinco mil.

Artículo 194°.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto.
La sentencia no tiene efecto retroactivo.

Artículo 195°.- Agotada la jurisdicción interna, quien se considere agraviado puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que el Perú es parte.

Artículo 196°.- Las disposiciones de esta Constitución se interpretan y aplican de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades que el Perú ratifica y que adquieren rango constitucional, entre ellos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Represión y Castigo del Crimen del Apartheid; la Convención sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) adoptada por la Organización Internacional del Trabajo; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convenciónsobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Capítulo XVI
REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Artículo 197°.- Toda reforma de la Constitución debe ser aprobada por el Congreso, con el voto favorable de la mayoría del número legal de miembros de cada Cámara, y ratificada mediante referéndum.

Artículo 198°.- Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable, en cada caso, no menor a dos terceras partes del número legal de Senadores y Diputados.

Artículo 199°.- La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

Artículo 200°.- La iniciativa de la reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los Senadores y Diputados, y a un número de ciudadanos equivalente al dos por ciento de la población electoral, con firmas comprobadas por el Tribunal Supremo Electoral.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- La organización política del Perú comprende los siguientes departamentos: Amazonas, Áncash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Cuzco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali.

Segunda.- Mientras se realice el referéndum correspondiente, el Perú estará integrado por cuatro "Suyos", denominados "Suyo I", "Suyo II", "Suyo III" y "Suyo IV", conforme a la respectiva ley orgánica.

Tercera.- Esta Constitución entra en vigencia cien días después de su ratificación mediante referéndum.

Cuarta.- El Congreso previsto en esta Constitución se instala el 27 de julio de 2011.

El referéndum materia de este proceso es ocasión propicia para formular las reflexiones que este fundamento de voto contiene.

S.

ALVA ORLANDINI

[1] FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Los límites de la libertad de expresión. México: UNAM, 2004. p. 218.
[2] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 11, nº 32 (may. - ago. 1991). p. 110.
[3] CATUCCI, Silvina G. Libertad de prensa. Calumnia e injurias. Aspecto constitucional, penal y procesal. Buenos Aires: Ediar, 2004. p. 19.
[4] HÄBERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 2001. p. 452.
[5] DENNINGER, Erhard. Democracia militante y defensa de la Constitución. En: BENDA, Ernesto y otros. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2001. 2ª ed. pp. 460, ss.
[6] PLANAS SILVA, Pedro. La videopolítica en el Perú. La videopolítica en el Perú. Las elecciones y el acceso de los partidos y los candidatos en los inicios de la tv. peruana. Lima: UMSMP, 2001. p. 224.
[7] RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio. El control de los medios de comunicación. Madrid: Dykinson, 1998. p. 17.
[8] Fuente: Procuraduría Ad Hoc para los casos de Montesinos y Fujimori.
[9] CONGRESO DE LA REPÚBLICA. En la sala de la corrupción. Vídeos y audios de Vladimiro Montesinos (1998-2000). Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2004. Capítulo II del Tomo 1 (Medios de comunicación).
[10] FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Los límites de la libertad de expresión. Ob. cit. p. 214.
[11] SALVADOR MARTÍNEZ, María. La libertad de la televisión. Barcelona: Cedecs, 1998. p. 132.
[12] MOLLINEDO CHOCANO, José Joaquín. Los servicios de telecomunicación. En: El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998. p. 183.
[13] SOUVIRÓN MORENILLA, José María. Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión. Granada: Comares, 1999. p. 437.
[14] DE LUCA, Javier Augusto. Libertad de prensa y delitos contra el honor. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006. p. 270.
[15] GARCÍA LLOVET, Enrique. El régimen jurídico de la radiodifusión. Madrid: Marcial Pons, 1991. p. 352.
[16] RICHERI, Giuseppe. Medios de comunicación y opinión pública. En: Ciudadanos en la Sociedad de la Información. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001. p. 63.
[17] GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique y Fernando Adolfo DE ABEL VILELA. Los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual ante el fenómeno de la convergencia tecnológica: Algunas reflexiones desde el punto de vista de los receptores de la información. En: GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (coord.). Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 361.
[18] GARCÍA LLOVET, Enrique. El régimen jurídico de la radiodifusión. Ob. cit. p. 311.
[19] Contestación de la demanda (f. 53 del Expediente)
[20] HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Libertad de comunicación y de medios. En: BENDA, Ernesto y otros. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2001. 2ª ed. p. 191.
[21] Demanda (f. 12 del Expediente).
[22] HAYEK, Friedrich. Derecho, legislación y libertad. Madrid: Unión Editorial, 1978. vol. 2, p. 192.
[23] CEPEDA ESPINOZA, Manuel José. Polémicas constitucionales. Bogotá: Legis, 2007. p. 133.
[24] MUÑOZ SALDAÑA, Mercedes. El futuro jurídico de la televisión desde una perspectiva europea. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 44.
[25] BASSOLS COMA, Martín. Constitución y sistema económico. Madrid: Tecnos, 1985. p. 143.
[26] MUÑOZ SALDAÑA, Mercedes. El futuro jurídico de la televisión desde una perspectiva europea. Ob. cit. pp. 38, 39.
[27] VINATEA, Luis. Consecuencias jurídicas de la autorización administrativa. En: Seminario Internacional La libertad de expresión en la televisión de hoy. Lima, 2002. http://palestra.pucp.edu.pe
[28] Demanda (f. 16 del Expediente).
[29] Contestación de la demanda (f. 62 del Expediente).
[30] HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Libertad de comunicación y de medios. Ob. cit. p. 192.
[31] Audiencia de 13 de julio de 2007.
[32] Demanda (f. 19 del Expediente).
[33] MALARET GARCÍA, Elisenda. Financiación e infraestructuras de las televisiones. En: GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (coord.). Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 441.
[34] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin del siglo. Madrid: CEC, 1995. p. 77.
[35] Contestación de la demanda (f. 50 del Expediente).
[36] PETITBÓ JUAN, Amadeo. El mercado de las telecomunicaciones. En: GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (coord.). Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 117.
[37] GARCÍA ROCA, Joaquín. Límites democráticos de la libertad de expresión en la televisión. En: Seminario Internacional La libertad de expresión en la televisión de hoy. Lima, 2002. http://palestra.pucp.edu.pe.
[38] KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. Regulación de la televisión. En: Coloquio sobre el Proyecto de Ley de Telecomunicaciones. Lima, 2002. http://palestra.pucp.edu.pe.
[39] ROLDÁN XOPA, José. Constitución y mercado. México: Porrúa, 2004. p. 157.
[40] GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. El derecho constitucional a la inversión. En: Actualidad jurídica. Lima, tom. 164 (jul. 2007). p. 167.
[41] SARTORI, Giovanni. *Homo videns*. La sociedad teledirigida. Madrid: Taurus, 1998. p. 24.
[42] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Los medios de comunicación y los sistemas democráticos. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 69.
[43] MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. La directiva de televisión. Fundamento jurídico, análisis y transposición al Derecho de los Estados Miembros de la Unión Europea. Madrid: Colex, 1995. p. 166, resaltando la sentencia recaída en el asunto Luisi y Carbone/ Ministerio del Tesoro (286/82 y 26/83), del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Exp. Nº 0005-2007-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Lambayeque. Se declara la inconstitucionalidad de los efectos que viene produciendo el derogado artículo 1° de la ley N° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia Militar Policial].*

Fecha de Resolución: 26 de agosto de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de setiembre de 2008

Resumen: En este caso, el demandante solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los dos artículos que contenía la Ley, alegando que vulneraba la cosa juzgada, la independencia judicial, la fuerza normativa de la Constitución y la condición de órgano de control de la Constitución que tiene el TC, pues pese a que el Tribunal estableció en su sentencia del Expediente N.º 0006-2006-PI/TC una *vacatio sententiae* (periodo en el que quedan suspendidos los efectos de una inconstitucionalidad ya declarada) que vencía el 31 de diciembre de 2006, el legislador, quince días antes de vencerse tal periodo, desconoció tal sentencia y dictó la mencionada Ley N.º 28934 que, contrariamente a lo dispuesto por el TC, estableció que la organización de la justicia militar declarada en parte inconstitucional siga funcionando de modo indefinido.

Previamente a pronunciarse sobre el fondo, el TC verificó que la mencionada Ley fue derogada por la Ley N.º 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, publicada el 11 de enero de 2008. No obstante esta derogación, que podría indicar la existencia de sustracción de la materia, el TC constató que la derogada Ley N.º 28934 seguía surtiendo efectos pues durante su vigencia (del 16 de diciembre del 2006 al 11 de enero de 2008) habilitó en el cargo a jueces militares que emitieron sentencias condenatorias que hasta el momento venían privando de libertad a efectivos militares.

Este no es el primer caso en que el TC controla la constitucionalidad de leyes derogadas, anteriormente lo ha expresado en su doctrina jurisprudencial, en sentencias como en el caso del Impuesto a las Transacciones Financieras, ITF, (Exp. N.º 0004-2004-AI/TC) o aquella del caso de la equiparación del tiempo de detención domiciliaria con la detención provisional (Exp. N.º 00019-2005-PI/TC).

En cuanto al fondo, el TC, estimó que el artículo 1º de la Ley N.º 28934, que amplió indefinidamente la vigencia temporal de un sistema de justicia militar declarado incompatible con la Constitución y extendió también indefinidamente el periodo de *vacatio sententiae*, es inconstitucional por vulnerar el principio de separación de poderes, la fuerza normativa de la Constitución, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, así como la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional.

Temas Claves: Cosa juzgada constitucional - principio de colaboración institucional -pluralidad de intérpretes - principio de separación de poderes - *vacatio sententiae*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00005-2007-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 26 de agosto de 2008

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.° 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia Militar Policial.

Magistrados firmantes:

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. DISPOSICIONES LEGALES CUESTIONADAS
IV. ANTECEDENTES
V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
VI. FUNDAMENTOS
§1. Los efectos de la Ley N.° 28934 y la alegada sustracción de la materia
§2. La fuerza normativa de la Constitución, el principio democrático y el principio de separación de poderes
2.1. La fuerza normativa de la Constitución y el respeto a las garantías que componen el debido proceso
2.2. *El principio democrático en el Estado Constitucional*
2.3. *El principio de separación de poderes y el control y balance entre estos*
§3. Interpretación constitucional, sociedad de intérpretes e intérpretes especializados de la Constitución
§4. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo
4.1. La compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo.
4.2. Autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional
§5. La autoridad de cosa juzgada constitucional de las sentencias del Tribunal Constitucional
§6. La *vacatio sententiae* y la importancia de diferir los efectos de las sentencias en determinados casos
§7. Examen de fondo de la cuestionada Ley N.° 28934
VII. FALLO

EXP. N.° 0005-2007-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Calle Hayen

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la justicia militar policial establecida por la Ley N.° 28665.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad
Demandante	:	Colegio de Abogados de Lambayeque
Disposición sometida a control	:	Ley N.° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial
Disposiciones constitucionales	:	Artículos 201°, 139° inciso 2), 103° y 204° de la Constitución
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de los dos artículos de la Ley N.° 28934

III. DISPOSICIONES LEGALES CUESTIONADAS

Artículo 1.- Vigencia temporal de la actual Justicia Militar Policial
El Consejo Supremo de Justicia Militar y los demás órganos que integran la organización de la Justicia Militar Policial, continúan ejerciendo sus funciones, atribuciones y competencias con la misma estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N° 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley N° 28665 por sentencias del Tribunal Constitucional núms. 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar.

Artículo 2.- Vigencia del Código de Justicia Militar Policial

En concordancia con el artículo anterior, la parte procesal y de ejecución penal del Código de Justicia Militar

Policial, aprobado por Decreto Legislativo Nº 961, entrará en vigencia en un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la promulgación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley Nº 28665 o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demandante

Don Javier Cueva Caballero, Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial.

Alega que en las sentencias de los Expedientes N.ºs 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones de la Ley N.º28665, de organización, funciones y competencia de la justicia militar, y que, con relación a los efectos en el tiempo de alegada inconstitucionalidad, dispuso una *vacatio sententiae* que vencía el 31 de diciembre de 2006, estableciendo expresamente que el vencimiento de dicho plazo "ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales" y que esta *vacatio* era exigible "para no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal".

Según manifiesta, pese al tiempo transcurrido, el Legislador no expidió la respectiva normatividad sobre la nueva organización de la justicia militar, sino que, en su lugar, expidió la ley cuestionada, prorrogando indefinidamente la vigencia de las leyes declaradas inconstitucionales. Los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N.° 28934 son los siguientes:

a) En la Sentencia N.º 00053-2004-AI, el Tribunal Constitucional sostuvo que "las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma legal tienen efectos de: a) fuerza de ley; b) cosa juzgada; y c) aplicación vinculante a los poderes públicos. Así lo ha dispuesto el Código Procesal Constitucional mediante sus artículos 81º y 82º, estableciendo que la sentencia que declara fundada la demanda del proceso de inconstitucionalidad tiene alcance general y calidad de cosa juzgada, por lo que vincula a todos los poderes públicos, produciendo efectos desde el día siguiente de su publicación".

b) Asimismo, la sentencia de inconstitucionalidad cuenta con fuerza activa y fuerza pasiva. Fuerza activa en tanto deja sin efecto la norma legal declarada inconstitucional, y fuerza pasiva en tanto no puede ser, por ejemplo, derogada por otra norma legal (exceptuando otra sentencia del propio Tribunal Constitucional).

c) Pese a lo antes expuesto, la Ley N.° 28934 "parece negar la fuerza de ley activa de la sentencia al pretender mantener vigente hasta que se apruebe una nueva legislación sobre el tema (es decir, indefinidamente), los artículos de la Ley N.º 28665 declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en las sentencias N.º 0004-2006-PI/TC y N.º 0006-2006-PI/TC. También parece querer negar la sentencia como fuerza pasiva, ya que se está pretendiendo ignorar la *vacatio sententiae* establecida por el TC, estableciendo un plazo indefinido para la derogatoria de los artículos declarados inconstitucionales".

d) También se vulnera el artículo 139º inciso 2 de la Constitución que establece: "La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)", pues "la cuestionada ley pretende desconocer el carácter de cosa juzgada de las sentencias del TC, al suspender indefinidamente los efectos de la misma, afectando, así, la independencia de este organismo constitucional con función jurisdiccional, garantizada en el artículo de la Constitución antes mencionado".

e) Igualmente se vulnera el artículo 204º de la Constitución que establece: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto". Tales efectos, como consecuencia de la *vacatio sententiae* "se darían luego del 31 de diciembre de 2006". "Sin embargo, el Congreso de la República va contra esta característica *erga omnes* de la sentencia, pretendiendo no dejar que se aplique la sentencia de inconstitucionalidad en el plazo establecido por el propio Tribunal Constitucional".

f) Se vulnera también el artículo 38° de la Constitución que establece: "Todos los peruanos tienen el deber de (...) cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación", pues al consagrarse la existencia de un Estado Constitucional, en el que precisamente la Constitución es la norma suprema de la sociedad y el Estado, no se ha respetado uno de sus elementos básicos como son el control y la limitación del poder, los mismos que no han sido respetados por la ley cuestionada "al asumir el Congreso de la República funciones exclusiva del Tribunal Constitucional, como la de definir el momento en el que su sentencia tendrá plena vigencia" (sic). Asimismo, se vulnera otro principio propio del Estado Constitucional como es la preocupación por asegurar y preservar la supremacía constitucional, pues la ley objeto de control cuestiona la esencia del Tribunal Constitucional como órgano encargado de asegurar la supremacía constitucional "poniendo en peligro las bases en las que se sostiene el Estado Constitucional".

g) En el caso del artículo 201° de la Constitución que establece: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente

(...)", así como del artículo 1° de la Ley28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que "El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (...)", ambas disposiciones son vulneradas por la ley cuestionada pues pretende "desconocer, al no acatar las sentencias de inconstitucionalidad antes mencionadas, que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y que tiene la función de conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad. Es decir, al sostener que los aspectos funcionales de la ley en cuestión seguirán vigentes hasta que estos sean derogados, se pretendería rechazar su inconstitucionalidad".

Finalmente, sostiene que el artículo 2° de la Ley N.° 28934 es inconstitucional pues tiene "los mismos problemas señalados en el artículo 1°, con el agravante adicional de ir en contra de lo establecido en la sentencia del Expediente N.° 0012-2006-PI/TC (...) [pues en] este caso no hay una *vacatio sententiae*, siendo inmediatamente derogados los artículos declarados inconstitucionales, luego de la respectiva publicación de la sentencia. Por ende, el Congreso de la República no puede establecer un plazo para la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo [912], puesto que éste ya se encuentra vigente".

Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que esta sea declarada infundada, por cuanto no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, como tampoco directa o indirectamente.
Los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su posición son los siguientes:

a) Existe un "lapso excesivamente corto del plazo fijado por el Tribunal Constitucional en ambas sentencias, es decir, 6 meses y medio, con relación al Expediente N.° 0004-2006-PI/TC, y del plazo menor aún, 5 meses y medio, con relación al Expediente N.° 0006-2006-PI/TC (...) Sobre el particular, haciendo una comparación con otros procesos de inconstitucionalidad en los que el Tribunal Constitucional ha establecido un plazo de *vacatio sententiae*, el caso que nos ocupa es el que presenta notoriamente los plazos más cortos".

b) Para comprender la finalidad de la ley cuestionada, "debemos atender a la situación concreta, como conjunto de factores que condicionaron al Congreso de la República para la dación de la Ley N.°28934 impugnada. Entre tales factores se encuentra el cambio de gobierno que se realizó a fines del año 2006. Así, en mérito a las elecciones generales realizadas en dicho año, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo se renovaron en su conducción y composición. A mayor abundamiento, cabe señalar que la Segunda Legislatura Ordinaria del periodo anual 2005-2006 del Congreso de la República se extendió únicamente hasta el 13 de julio del 2006, por lo cual no se registró actividad legislativa sino hasta el inicio del nuevo periodo parlamentario 2006-2011, aprobándose el cuadro de conformación de las Comisiones Ordinarias del Congreso el 10 de agosto, las cuales iniciaron su periodo de sesiones a fines de agosto del 2006.

Asimismo, "debe tomarse en consideración que la emisión de la regulación que subsanara las inconstitucionalidades de la Ley N.° 28665 declaradas por el Tribunal Constitucional, implicaba la realización de una serie de etapas que componen el *iter* legislativo, que va desde la presentación de la iniciativa legislativa, sea por uno o más grupos parlamentarios, de forma individual o multipartidaria; así como su decreto a comisiones, que de acuerdo a la materia implicaría el estudio y debate de las Comisiones de Defensa nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas; Justicia y Derechos Humanos; y Constitución y Reglamento. Ello explica cómo el reducido plazo y la multiplicidad de factores políticos y jurídicos dificultaron las posibilidades del Poder Legislativo de atender al plazo de *vacatio sententiae* dispuesto por el Tribunal Constitucional.

c) "En ese sentido, éstas, entre otras, fueron las diversas consideraciones o factores que motivaron –o que a fin de cuentas terminaron forzando- al legislador a emitir, dentro del plazo de *vacatio sententiae*, la Ley N.° 28934, y con ello permitir la continuidad en el ejercicio de las funciones, atribuciones y competencias de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial con la estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N.° 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarían al quedar sin efecto las disposiciones declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional de la propia Ley N.° 28665; todo ello con el fin de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad difiriendo en la práctica, los efectos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional al respecto".

d) "De no haberse dictado la Ley N.° 28934 se hubiese afectado en una mayor proporción el principio de seguridad jurídica sobre el cual descansa nuestro ordenamiento jurídico y que implica una predictibilidad de las conductas de todo poder público".

e) "Es necesario destacar que en el Congreso de la República, tomando en consideración precisamente los alcances de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre los procesos antes referidos (Expedientes Números 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC), se encuentra actualmente en trámite el Proyecto de Ley N.° 01421/2006-CR, que propone la Ley Orgánica del Fuero Militar", el mismo que se encuentra pendiente de dictamen de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas".

f) Finalmente, "es importante destacar que el Sector Defensa, atendiendo a la complejidad de la materia, nombró una Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar y policial, mediante Resolución Suprema N.° 362-2006-DE/SG de fecha 24 de agosto de 2006, para proponer las conclusiones y recomendaciones que resulten pertinentes (...) En su informe, dicha

comisión concluyó que `la parte subsistente de la Ley N.° 28665 adecuada con las sentencias constitucionales, no es factible implementarla y llevarla a la práctica en el breve lapso disponible hasta el 31 de diciembre del presente año. Las razones que sustentan esta apreciación, entre otras, son las siguientes: i) no se ha resuelto la base constitucional que fundamenta sus disposiciones; ii) el tiempo para la instauración de un nuevo modelo organizativo de la jurisdicción militar es escaso; y iii) se presentan contingencias de orden administrativo, pues no existe presupuesto ni previsiones de infraestructura y de personal que garantice su eficiencia´ ", por lo que recomendó que "la organización, funciones y competencias de la Jurisdicción Militar continuara rigiéndose por Novena Disposición Transitoria de la Ley N.° 28665. Es decir, para evitar la afectación del principio de seguridad jurídica que generaría el vacío normativo, la Comisión planteó la misma solución que la adoptada por la norma sub litis".

Otros documentos adjuntados

Con fecha 8 de junio de 2007, el demandante pone en conocimiento del Tribunal Constitucional que, con fecha 20 de mayo de 2007, la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú suscribió la "Declaración de Lima", la misma que en el punto undécimo acuerda "Respaldar e impulsar la acción de inconstitucionalidad de la Ley 28934 interpuesta por el Colegio de Abogados de Lambayeque por violentar derechos y principios constitucionales referidos a los Principios de Unidad, Independencia y Exclusividad de la Función Jurisdiccional que incluye la Justicia Militar".

Asimismo, con fecha 26 de febrero de 2008, el apoderado del demandado informa, entre otros extremos, respecto de la expedición de la Ley N.° 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, la misma que ha sido publicada con fecha 11 de enero de 2008, y que en uno de sus extremos deroga la cuestionada Ley N.° 28934.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que en el caso del cuestionamiento de la Ley N.° 28934, se deben absolver las siguientes interrogantes:

- ¿La derogación de una ley cuestionada mediante un proceso de inconstitucionalidad origina necesariamente la sustracción de la materia en tal proceso?
- Una ley que prorroga indefinidamente los efectos de una *vacatio sententiae* del Tribunal Constitucional ¿vulnera el principio de separación de poderes, la supremacía normativa de la Constitución o el principio democrático?
- ¿Cuáles son los ámbitos de competencia que poseen tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Legislativo? ¿Existen jerarquías entre ambas instituciones? ¿Cómo se compatibilizan la justicia constitucional y el principio democrático en el Estado Constitucional?
- Una ley que prorroga indefinidamente los efectos de una *vacatio sententiae* del Tribunal Constitucional ¿vulnera la autoridad de cosa juzgada de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad?

VI. FUNDAMENTOS

§1. Los efectos de la Ley N.° 28934 y la alegada sustracción de la materia

1. En la sentencia recaída en el Expediente N.° 00004-2004-AI/TC acumulados, Caso ITF, el Tribunal Constitucional, al distinguir los conceptos de *vigencia, derogación, validez* e *inconstitucionalidad*de las normas, estableció determinadas reglas para la procedencia de una demanda de inconstitucionalidad contra leyes que hubieren sido derogadas. Así, precisó que

(...) la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 00019-2005-PI/TC sostuvo que

la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad "aniquila" todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).
Con relación al control de leyes derogadas, el Tribunal Constitucional Federal Alemán sostuvo, en criterio que comparte este Colegiado, que bajo ciertas circunstancias, también una norma que ya no está vigente puede ser objeto del control de constitucionalidad. Esto sucede cuando ella todavía produce efectos jurídicos en situaciones pasadas que pueden ser objeto de procedimientos judiciales[1], o cuando se trata de normas que, como en el caso de la ley de presupuesto, contienen regulaciones para el ámbito de los órganos estatales, mientras esas regulaciones sean aún de importancia en la esfera de la organización estatal.[2]

2. En el caso de la cuestionada la Ley N.° 28934, "que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la

actual justicia militar policial", cabe mencionar que esta ley ha sido dejada sin efecto por la Ley N.º 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, publicada el 11 de enero de 2008.

3. Si bien lo expuesto en el parágrafo precedente podría indicar la existencia de la sustracción de la materia por haberse derogado la ley que se cuestiona en el presente proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional estima que es de aplicación en este caso su reiterada doctrina jurisprudencial, precisada en el Fundamento N.º 1 de la presente sentencia, respecto del control constitucional de leyes derogadas, en el supuesto en el que la norma cuestionada, pese a su derogación, aún siga surtiendo efectos.

4. En efecto, conforme se observa en el Oficio N.º 44-2008-P/CSJM, recibido con fecha 8 de abril de 2008, el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar informa a este Colegiado, con relación a la información solicitada, que "en el periodo de tiempo comprendido entre el 16 DIC 2006 al 11 ENE 2008, vale decir, durante la vigencia de la Ley N.º 28934, se han emitido 301 sentencias condenatorias, por delitos de función, de los cuales 03 están privados de su libertad a la fecha, tal como aparece en el cuadro que se adjunta a la presente". (resaltado agregado)

5. En consecuencia, habiéndose verificado que a la fecha de expedición de esta sentencia la ley cuestionada continúa desplegando sus efectos (pues ésta ley habilitó en el cargo a los jueces que emitieron las sentencias mencionadas en el parágrafo precedente), cabe examinar el fondo del asunto y verificar si la misma resulta compatible con la Norma Fundamental.

§2. La fuerza normativa de la Constitución, el principio democrático y el principio de separación de poderes

Teniendo en cuenta el cuestionamiento que realiza el demandante, este Colegiado estima que, previamente a examinar la compatibilidad constitucional de la ley cuestionada, deben precisarse aquellos contenidos exigibles por la fuerza normativa de la Constitución, el principio democrático, así como el principio de separación de poderes.

2.1. La fuerza normativa de la Constitución y el respeto a las garantías que componen el debido proceso

6. La supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella *objetiva*, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico (artículo 51º: la Constitución prevalece sobre toda norma legal y así sucesivamente), como aquella *subjetiva*, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º: el poder del Estado emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen), o de la colectividad en general (artículo 38º: todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación), puede desconocer o desvincularse respecto de sus contenidos.

7. La fuerza normativa de la Constitución implica a su vez: i) una *fuerza activa*, entendida como aquella capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, pues a partir de ella existe una nueva orientación normativa en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, derogando expresa o implícitamente aquellas normas jurídicas infraconstitucionales que resulten incompatibles con ella (en las que precisamente se produce un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida); y ii) una *fuerza pasiva*, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infraconstitucionales que pretendan contravenir sus contenidos [Exp. 00047-2004-AI/TC FJ 56].

8. Asimismo, conviene precisar que si bien todo el conjunto de normas que componen la Constitución es vinculante y poseen la misma jerarquía normativa, es el Estado el que debe privilegiar la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44º, Const.), así como los bienes y principios constitucionales que se desprenden de estas disposiciones. En efecto, si se tiene en consideración que los dos principales bloques normativos de la Constitución están compuestos por un catálogo de derechos fundamentales (artículoS 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º, 11º, 13º, 14º, 15º, 17º, 18º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º , 31º, 35º, 139º, entre otros), y por la estructuración del Estado (Poder Legislativo, arts. 90º y ss.; Poder Ejecutivo, arts. 110º y ss.; Poder Judicial, arts. 138º y ss.; Ministerio Público, arts. 158 y ss.; Sistema electoral, arts. 176 y ss.; Gobiernos Locales y Regionales, arts. 188º y ss; y Tribunal Constitucional, arts.201º y ss.; entre otros), es Este último, el Estado, el que en toda actuación debe preferir y privilegiar los derechos fundamentales, tal como lo exige la propia naturaleza de tales derechos, basados en la dignidad del ser humano, y además por disposición de la propia Norma Fundamental, que en su artículo 44º establece como un deber primordial del Estado: "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos", y en su artículo 45º señala que "El poder del Estado emana del pueblo (...)".
La existencia de los diferentes poderes y órganos del Estado se justifica solo en la medida en que estos actúen en defensa de los derechos fundamentales y con preferencia de tales derechos no solo respecto de aquellos otros de naturaleza infraconstitucional sino respecto de aquellas competencias del Estado que pretendan restringirlos de modo irrazonable o desproporcionado.

9. Precisamente, teniendo en cuenta la importancia de los derechos fundamentales en el sistema constitucional peruano, es pertinente hacer referencia al rol que tienen hoy los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de organismos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos, pues los mismos no solo persiguen la materialización de derechos humanos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, sino también la materialización de un conjunto de garantías judiciales mínimas, entre otros.

10. En cuanto al rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el

Tribunal Constitucional ha sostenido que los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55º de la Constitución, los "tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional." En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, "son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, *inmediatamente aplicable* al interior del Estado" [05854-2005-PA/TC FJ 22]. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.

11. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las "normas con rango constitucional" se encuentran los "Tratados de derechos humanos". [00047-2004-AI/TC FJ 61 y 00025-2005-AI/TC FFJJ 25 y ss.]

12. Asimismo, cabe mencionar que este Colegiado ha sostenido en anteriores oportunidades que los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).[Exp. N.º 05854-2005-AA/TC FJ 23]

13. De este modo, tanto los derechos fundamentales establecidos en la Constitución como aquellos derechos básicos reconocidos en tratados de derechos humanos ratificados por el Perú resultan vinculantes principalmente para los poderes del Estado y órganos constitucionales. Dentro de tal conjunto de derechos destaca la vinculatoriedad de las garantías judiciales (derecho a un juez independiente e imparcial, al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, motivación, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a la cosa juzgada, entre otros derechos fundamentales) pues solo mediante ellas se garantizan procesos conformes con la Constitución y los aludidos tratados de derechos humanos.

Teniendo en cuenta que en la materialización de los derechos fundamentales el Legislador desempeña un rol de la mayor relevancia, es importante precisar los alcances del principio democrático en el marco de la Constitución.

2.2. El principio democrático en el Estado Constitucional

14. En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha destacado que, tal como se desprende del artículo 43º de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho. El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa "en la vida política, económica, social y cultural de la Nación", según reconoce y exige el artículo 2º 17 de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. [Exp. 04677-2004-PA/TC FJ 12]

15. De las mencionadas disposiciones de la Norma Fundamental se desprende un modelo de democracia que en el Estado Constitucional viene a distinguirse de modelos anteriores. En efecto, en el Estado Constitucional la soberanía del pueblo –y por tanto de su principal representante, el Parlamento– no es absoluta sino relativa pues se encuentra limitada por la Constitución en tanto norma jurídica suprema, de modo que las mayorías parlamentarias no pueden desconocer las competencias y los límites formales y materiales establecidos en dicha norma.

Asimismo, es importante distinguir entre el *principio de la mayoría,* que postula que en ausencia de unanimidad el criterio que debe guiar la adopción de las políticas y las decisiones es el de la mayoría de los participantes, y la *regla de la mayoría,* que exige el reconocimiento de la necesidad y legitimidad de la existencia de minorías, así como de sus correspondientes derechos, lo que implica ciertamente la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las respectivas políticas.

En el Estado Constitucional, si bien se exige el respeto al principio democrático también se exige el control y balance entre los poderes del Estado, si bien se exige el respeto a las decisiones de las mayorías también se exige que tales decisiones no desconozcan los derechos de

las minorías, pues el poder de la mayoría solo adquirirá legitimidad democrática cuando permita la participación de las minorías y reconozca los derechos de estas; y finalmente, si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado. La participación del pueblo –y del Parlamento– en el gobierno en un Estado Constitucional exige que tal participación sea realizada respetando fundamentalmente los derechos constitucionales y el control y el balance entre los poderes del Estado.
Al respecto, se ha sostenido con acierto que "en todo Estado en el que de hecho no se observe la distinción entre Constitución y gobierno no existe verdadera Constitución, ya que la voluntad de gobierno carece de control, de modo que en realidad estamos ante un Estado despótico"[3].

2.3. El principio de separación de poderes y el control y balance entre estos

16. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0023-2003-AA/TC que la doctrina de la separación de poderes tiene por esencia evitar, entre otros aspectos, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconozcan los derechos y las libertades fundamentales.

17. Asimismo, este Colegiado estableció que "Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos"[4], y además que "Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado", lo que "sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado"[5].

18. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

19 Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú "(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)".
Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.
Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: "(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces (...)".[Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73].

20. Es importante precisar además que si bien nuestra Constitución reconoce las aludidas funciones básicas del Estado (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional), no puede asumirse: i) que estas sean las únicas funciones; ii) que existan distinciones nítidas y rígidas entre tales funciones básicas del Estado; y iii) que se encuentren en un rango superior a las funciones de los órganos constitucionales.

21. En cuanto a lo primero, cabe mencionar que el principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43° de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201° y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176° y ss.), Ministerio Público (artículo 158° y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161° y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190° y ss.), entre otros. Como se aprecia, el Poder Constituyente ha divido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente. Como sostuvo Montesquieu: "Todo estaría perdido si un mismo hombre, o un mismo cuerpo de personas principales, o de nobles o de pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o las diferentas entre particulares"[6].

22. En cuanto a lo segundo, tal división no implica una rígida separación entre poderes, sino que se limita a excluir que un solo órgano acumulase en sí más poderes, no rechazándose a priori la posibilidad de que –en función de moderación y freno– un órgano compartiese el ejercicio de más poderes[7]. El principio de separación de poderes funciona también como regla de organización constitucional, la misma que se manifiesta, en una primera aproximación, en la necesidad que exista una ponderación entre una pluralidad de centros de poder, puestos en posición de independencia, pero también de recíproco control entre ellos, para así impedir los abusos[8]. Asimismo, exige que, pese a compartir determinadas funciones, los poderes del Estado u órganos estatales se encuentren prohibidos de desnaturalizar las competencias

de otros poderes u órganos. Así por ejemplo, si bien el Poder Ejecutivo puede expedir decretos legislativos, tal facultad de legislar se encuentra enmarcada en determinados límites (legislar sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa, entre otros), encontrándose vetado a tal poder invadir las competencias asignadas al Poder Legislativo y así legislar sobre otras materias que no fueron materia de la delegación o hacerlo fuera del respectivo plazo.

23. En cuanto a lo tercero, si se tiene en cuenta que el principio de supremacía normativa de la Constitución exige que la Norma Fundamental, en su conjunto, sea considerada como la norma que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, no puede estimarse que existe una jerarquía con relación a las competencias que desempeñan los poderes del Estado u órganos constitucionales. Ambos se encuentran en un mismo nivel jerárquico.

§3. Interpretación constitucional, sociedad de intérpretes e intérpretes especializados de la Constitución

24. Si bien la aludida vinculatoriedad de la Norma Fundamental exige que los sujetos obligados (ciudadanos, poderes públicos, etc.), a fin de efectivizar el respectivo contenido constitucional deban realizar ejercicios interpretativos, tal interpretación siempre debe tomar en consideración aquella realizada por los intérpretes especializados y autorizados en definitiva para interpretar y controlar la Constitución.

25. Ciertamente, todos interpretamos la Constitución (los ciudadanos cuando ejercitan sus derechos, el Poder Legislativo cuando legisla, la Administración y el Poder Jurisdiccional en los diferentes casos concretos que deben resolver, etc.). Sin embargo, tal norma suprema ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138°: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva, como Supremo Intérprete de la Constitución se encuentre el Tribunal Constitucional (artículo 201°: el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, artículo 204°: la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto, entre otros).

26. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: "la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución"[9].

27. Entre la pluralidad de intérpretes de la Constitución, destaca el Poder Legislativo, pues al realizar el principio democrático y desarrollar los derechos fundamentales, entre otras competencias, interpreta permanentemente la Norma Fundamental. Así por ejemplo, cuando el Legislador penal regula en el Código Penal las conductas punibles así como sus correspondientes penas, debe interpretar el respectivo contenido constitucional de la libertad personal, pues es precisamente el derecho fundamental el que será restringido por una pena privativa de libertad, además que debe observar el principio de proporcionalidad pues no pueden penalizarse aquellas conductas que podrían ser prevenidas por el derecho administrativo sancionador o no pueden establecer penas que no resulten proporcionales con el grado de afectación de determinados bienes jurídicos.

28. Ciertamente, la interpretación realizada por el Legislador y materializada en una ley es obligatoria. Sin embargo, teniendo en consideración que conforme a los aludidos artículos 201° y 204°, el Tribunal Constitucional expulsa las leyes que resulten incompatibles con esta, entonces la constitucionalidad de tales normas recién se verá confirmada o rechazada cuando el Tribunal Constitucional las examine mediante el proceso de inconstitucionalidad. Si bien en la cotidiana actividad del Parlamento se interpreta la Constitución, tal interpretación no puede estar desvinculada de aquella interpretación de los intérpretes especializados de la Norma Fundamental y específicamente de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, pues es este el órgano al que en definitiva se le ha encargado el "control de la Constitución" (artículo 201°). Esta relación entre Tribunal Constitucional y Legislador en la interpretación de la Constitución, entre otros temas, no ha sido ni es pacífica en el derecho comparado. Precisamente, en el siguiente apartado se examinará esta relación así como los mecanismos institucionales existentes sobre el particular.

§4. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo

4.1. La compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo.

29. El desarrollo de la justicia constitucional en los ordenamientos que así lo han previsto ha generado mayores niveles de efectividad en la protección de los derechos fundamentales y el respeto de las competencias o atribuciones de los Poderes del Estado u órganos constitucionales. No obstante, tal desarrollo ha traído consigo tensiones con tales poderes y órganos, tensiones que no solo se han presentado en nuestro ordenamiento sino también en ordenamientos jurídicos tales como el italiano, alemán, español o colombiano, entre otros.

30. Entre tales tensiones destacan de modo especial las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador. El aspecto medular de tales tensiones se encuentra constituido por la existencia de determinadas sentencias de inconstitucionalidad que han supuesto la creación de normas, y la exhortación o recomendación al legislador para que expida otras leyes que sí resulten compatibles con la Constitución.

31. En el ordenamiento jurídico peruano, pese al escaso número de sentencias "interpretativas" expedidas

por el Tribunal Constitucional, este ha establecido expresamente sus límites en la expedición de tales sentencias. Así, en la sentencia del caso "barrera electoral" (Exp. 00030-2005-AI/TC), sostuvo lo siguiente: Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° y 202° de la Constitución y 1° de la Ley N.° 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45° de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas "manipulativas" (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43° de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo*dentro del marco constitucional (artículos 90° y 102°, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas solo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento "conforme a ellas". En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía*secundum constitutionem*.
b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.
c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.
d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.
e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

32. De otro lado, cabe precisar que las tensiones existentes entre Tribunal Constitucional y Parlamento no pueden circunscribirse a un falso dilema entre supremacía de la Constitución o supremacía de la ley en un determinado ordenamiento jurídico, o entre superioridad del Tribunal Constitucional o del Parlamento. En el Estado Constitucional, es precisamente la Constitución la principal fuente de derecho, y es la ley, aquella otra fuente que siendo compatible con la Norma Fundamental busca desarrollarla efectivamente. La Constitución es vinculante tanto para el Parlamento como para el Tribunal Constitucional. En un ordenamiento jurídico fundado sobre la articulación y el desarrollo equilibrado del poder, no resulta legítimo sostener una jerarquización orgánica entre instituciones pares, sino más bien la ponderación entre los intereses constitucionales que ambas instituciones persiguen, intereses que deben expresar la integración de la ley dentro del marco constitucional.

33. Precisamente, el proceso de *constitucionalización del ordenamiento jurídico* exige la participación, en diferentes roles, de los poderes del Estado u órganos constitucionales, en particular, del legislador y los jueces. En el caso del legislador, este se encuentra llamado no sólo a expedir leyes que no sean incompatibles con los principios y reglas constitucionales, sino también a expedir leyes que desarrollen el contenido deóntico de la Constitución. El desarrollo legislativo tiene determinados límites en la Norma Fundamental y en los tratados celebrados por el Estado que forman parte del derecho nacional, es decir, legisla con amplia discrecionalidad hasta donde existan tales límites. En el caso de los jueces –incluidos los constitucionales–, estos tienen la tarea de utilizar el material normativo estructurado a partir de la Constitución para así individualizar reglas conformes con los principios constitucionales y de adecuar la interpretación de las leyes en la dirección en la cual tales principios puedan realizarse en la mayor medida posible.

34. En el derecho comparado se ha insistido en que "avanzar en la configuración de una superior colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador aconseja abandonar viejos tabúes por ambas

partes, como la crítica *per se* a las sentencias que contienen orientaciones para el legislador o la creencia de los Tribunales Constitucionales de que la inercia (pereza) del legislador es algo consustancial a las Cámaras. La creación de instrumentos que introduzcan flexibilidad en las relaciones entre ambas instituciones, como la Memoria anual del Tribunal Constitucional recordando las normas pendientes de reforma, o la creación de gabinetes en el Gobierno y en el Parlamento para facilitar el cumplimiento de las sentencias constitucionales, o incluso la previsión de reuniones periódicas u otro tipo de relaciones institucionalizadas, no resolverán por sí mismas el problema principal pero pueden ayudar a encauzarlo"[10].

4.2. Autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional

35. Conforme lo establece el artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional "es el órgano de control de la Constitución" y además es "autónomo". En cuanto a la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional cabe precisar, en primer término, que conforme lo ha sostenido este Colegiado, el concepto "garantía institucional" se alude a la constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales del ordenamiento jurídico, de modo tal que se otorga protección a su esfera propia de actuación respecto de la actuación de otros órganos del Estado y además se persigue mantener tal esfera «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar», imagen que se identifica con el núcleo esencial de la institución protegida por la Constitución, y que debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, entre otros[11].
En cuanto a la garantía institucional, Klaus Stern sostiene que "la recepción de esta categoría jurídica garantiza a la institución jurídica asegurada constitucionalmente a través de ella una protección contra su supresión y vaciamiento de sustancia. Ciertamente el legislador debe dar forma jurídica a la institución garantizada, pero sólo dentro de límites. Si el contenido de la garantía respecto de la prohibición de supresión es claro, delimitar las intervenciones legislativas que simplemente dan forma, acuñan, concretan, estructuran, modifican y son, por lo tanto, admisibles, de aquellas que vacían de sustancia, presenta dificultades"[12].

36. En cuanto a la autonomía, en abstracto, esta puede entenderse como "(...) la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, como la potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses"[13].

37. De este modo, *prima facie,* puede entenderse la autonomía del Tribunal Constitucional como aquella garantía institucional mediante la cual se protege el funcionamiento del Tribunal Constitucional con plena libertad en los ámbitos jurisdiccionales y administrativos, entre otros, de modo que en los asuntos que le asigna la Constitución pueda ejercer libremente las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, así como el cumplimiento de sus competencias. Ello implica además que los poderes del Estado u órganos constitucionales no pueden desnaturalizar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional en tanto órgano de control de la Constitución.

38. Asimismo, debe destacarse que tal autonomía del Tribunal Constitucional si bien es atribuida por la Constitución también es limitada por ésta, de modo que el ejercicio de sus respectivas competencias no puede desvincularse parcial o totalmente del ordenamiento jurídico.

§5. La autoridad de cosa juzgada constitucional de las sentencias del Tribunal Constitucional

39. El artículo 139°, inciso 2) de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional, "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada,* ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)" [cursivas añadidas].

40. Dicha disposición constitucional debe interpretarse en virtud del principio de unidad de la Constitución, conforme con el inciso 13) del mismo artículo 139° de la Ley Fundamental, el cual prevé que "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

41. Asimismo, tales disposiciones deben interpretarse en conjunto con el artículo 103° de la Constitución que establece que "(...) La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad", así como con el artículo 204°, que establece que "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (...)".

42. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: *fuerza de ley,cosa juzgada* y *vinculan a todos los poderes públicos.* La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos

derogatorios de su sentencia. Ello se refrenda con la Constitución (artículo 204°), y con el artículo 82° del Código Procesal Constitucional, que dispone que "Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos"[14].

43. Específicamente, sobre la cosa juzgada, este Colegiado ha sostenido en anterior oportunidad que "mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó". (Exp. N.° 04587-2004-AA/TC, FJ 38)

44. Asimismo, es importante precisar los alcances de la calidad de cosa juzgada no solo en cuanto al fallo, como tradicionalmente se ha estimado, sino considerando también los fundamentos jurídicos en virtud de los cuales se determina la inconstitucionalidad. Al respecto, este Colegiado ha sostenido que "las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no solo respecto al *decisum* o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos –*ratio decidendi*– que constituyen su fundamentación. Y es que, a diferencia de los*obiter dicta* –que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios–, la *ratio decidendi* constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima" (Expediente N.° 0006-2006-PC/TC FJ 41). Sobre el particular, Bocanegra Sierra identifica como "norma concreta de la sentencia" a "aquella consideración o afirmación jurídica que fundamenta el fallo, y que está formulada exactamente de tal modo general que fuera de la decisión adoptada en el caso concreto, resultaría de ella una decisión igual en casos iguales"[15].

45. La necesidad de que el legislador repare la situación producida por una norma discordante con la Constitución, resulta de la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional, que siendo el órgano jurisdiccional especializado que en definitiva interpreta la Constitución ha identificado tal inconstitucionalidad, por lo que su fallo y los fundamentos jurídicos que conducen al mismo, sin pretender afectar la discrecionalidad del legislador, le proporcionan al Legislador los parámetros para expedir una ley compatible con la Norma Fundamental.

46. La vinculación de los poderes públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad no solo la eliminación de concretos conflictos jurídicos que también es función del valor de la cosa juzgada, sino ante todo tiene una función interpretativa en cuanto instrumento para asegurar la conformidad de los poderes públicos a los dictados constitucionales a través de su vinculación a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional.

§6. La *vacatio sententiae* y la importancia de diferir los efectos de las sentencias en determinados casos

47. En cuanto a los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204° de la Constitución establece que: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

48. Como lo ha sostenido este Colegiado en el Expediente N.° 00004-2006-PI/TC, FJ 174, más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de esta.

49. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, "empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias". "[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional". Es por ello que "La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que transtornen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación de la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención"[16].

50. Asimismo, Franco Modugno ha sostenido que circunscribir los efectos «naturales» de los pronunciamientos de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una necesidad que deriva de su rol institucional: *"eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad*, sin que los resultados de su juicio sean todavía más perjudiciales para el ordenamiento. Toda la historia de las sentencias interpretativas,

desestimatorias y estimatorias, de las manipulativas, aditivas o sustitutivas, está allí para demostrarlo. El *horror vacui*, el temor a la laguna, a menudo es justificado por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius*. El temor a la laguna acude, por tanto, a valores constitucionales imprescindibles. No obstante, sin querer renunciar, por otra parte, a la declaración de inconstitucionalidad, un remedio a veces eficaz, en determinadas circunstancias, puede ser aquel de la limitación de sus efectos temporales".[17]

51. Pese a lo expuesto, esta potestad de los Tribunales Constitucionales para diferir en el tiempo los efectos de sus decisiones de inconstitucionalidad no siempre ha sido bien entendida por algunos sectores de la doctrina, como tampoco por parte de algunos poderes públicos, cuando estos últimos han propugnado la eliminación de esta potestad, desconociendo de este modo el *horror vacui* que puede generar, en determinados supuestos, el hecho de que una sentencia de inconstitucionalidad pueda tener efectos inmediatos. Precisamente, el caso de las disposiciones cuestionadas de la Ley N.° 28665,de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, constituye un claro ejemplo de los efectos destructivos y las lagunas normativas que se generarían si este Tribunal, desconociendo su responsabilidad constitucional, decidiera que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

§7. Examen de fondo de la cuestionada Ley N.° 28934

52. Expuesto el contenido constitucional de determinados principios y derechos que resulta indispensable para el examen de constitucionalidad de fondo de los artículos cuestionados de la Ley N.° 28934, que amplía la vigencia de la Justicia Militar Policial, cabe emitir el respectivo pronunciamiento.

53. En cuanto a la alegada afectación de la cosa juzgada, este Colegiado estima que cuando el cuestionado artículo 1° de la Ley N.° 28934 *amplía indefinidamente* los periodos de *vacatio sententiae* establecidos expresamente por el Tribunal Constitucio-nal en los Expedientes N.os 00006-2006-PI/TC y 00004-2006-PI/TC, vulnera la autoridad de cosa juzgada establecida en el artículo 139°, inciso 2), de la Constitución, pues mediante tal artículo el Poder Legislativo ha modificado y dejado sin efecto determinados contenidos indispensables de las aludidas sentencias de inconstitucionalidad.

54. En efecto, en los fundamentos 177-185 y punto resolutivo 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 00004-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional, luego de determinar la inconstitucionalidad de más de 50 disposiciones de la Ley N.° 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, estableció lo siguiente:

177. (...) Precisamente, el caso de las disposiciones cuestionadas de la Ley N.° 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, constituye un claro de ejemplo de los efectos destructivos y las lagunas normativas que se generarían si este Tribunal, desconociendo su responsabilidad constitucional, decidiera que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano (...)

178. No debe dejarse de lado, la consideración de que la potestad de diferir los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, no implica en modo alguno suplantar la labor del Poder Legislativo, sino precisamente el reconocimiento de que es éste el órgano constitucional competente para establecer la regulación respectiva.

179. (...) la declaración de inconstitucionalidad de las respectivas disposiciones, de surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial, ocasionaría las siguientes consecuencias, entre otras:

- Los órganos de la jurisdicción militar simplemente no podrían funcionar.
- Las fiscalías penales militares policiales no podrían funcionar.
- No existirían órganos legítimos que tramiten los respectivos procesos judiciales de la jurisdicción militar.
- Los procesados que se encontraran sufriendo detención judicial preventiva deberían ser puestos inmediatamente en libertad.
- En suma: paralización total del sistema de justicia militar

180. No obstante, atendiendo a la responsabilidad que ha encomendado la Constitución a este Supremo Tribunal en los artículos 45°, 139° inciso 8, 201° y 202° y a fin de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad, es necesario diferir los efectos de la presente sentencia.
(...)

HA RESUELTO

(...)
6. Disponer, respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. (resaltado agregado)

55. De igual modo, en el fundamento 59 y puntos resolutivos 5 y 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 00006-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional, luego de determinar la inconstitucionalidad de más de 20 disposiciones de la Ley N.° 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, estableció lo siguiente:

Los efectos en el tiempo de la presente sentencia

59. Sobre las disposiciones que resultan inconstitucionales, el Tribunal Constitucional debe disponer un plazo de *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y deberá ser computado a partir de la publicación de la presente sentencia en el

Diario Oficial, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad de las mismas surta todos sus efectos, siendo expulsadas del ordenamiento jurídico. Cabe precisar que el referido plazo no es uno que sólo debe servir para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en el futuro se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución
(...)

HA RESUELTO

(...)
5. Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales

6. Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución. (resaltado agregado)

56. Pese a justificar el establecimiento de un periodo de *vacatio sententiae* y precisar expresamente los efectos temporales de las aludidas sentencias de inconstitucionalidad, el 16 de diciembre de 2006, antes de vencerse los plazos fijados por el Tribunal Constitucional, el Poder Legislativo dictó la cuestionada Ley N.º 28934, que estableció los siguiente:

El Consejo Supremo de Justicia Militar y los demás órganos que integran la organización de la Justicia Militar Policial, continúan ejerciendo sus funciones, atribuciones y competencias con la misma estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley Nº 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley Nº 28665 por sentencias del Tribunal Constitucional núms. 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar. (resaltado agregado)

57. Como se aprecia, mediante el cuestionado artículo 1º, el legislador modificó, desnaturalizó y dejó sin efecto las reglas jurídicas y parte de los fallos establecidos por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de los Expedientes N.ºs 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC, disponiendo que el sistema de justicia militar siga funcionando de forma inconstitucional y prorrogando *indefinidamente* tales funciones.

58. De otro lado, no resultan válidos los argumentos expresados por el emplazado en el sentido de que los periodos de *vacatio sententiae* dados por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N.ºs 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC eran cortos, toda vez que, en primer lugar, en materia de adecuación de la justicia militar a los parámetros constitucionales no son las primeras *vacatio sententiae* que el Tribunal Constitucional establece, sino que en el año 2004, ya se dio una primera (Exp. N.º 00023-2003-AI/TC) por un periodo de un año, que venció el 7 de enero de 2006, periodo dentro del cual, precisamente el 7 de enero de 2006, se publicó en el Diario Oficial la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, que a su vez, en gran parte fue declarada inconstitucional por resultar incompatible con la Constitución (se reiteró en una medida considerable los mismos contenidos declarados inconstitucionales por este Colegiado en la sentencia del Exp. 00023-2003-AI/TC). De este modo, la adecuación de la organización de la justicia militar a la Constitución, específicamente la efectividad de las garantías del debido proceso que debe poseer un órgano "jurisdiccional" como la justicia militar, y en la que el Poder Legislativo desempeña un rol trascendental, no constituye un tema que recién haya requerido la participación de este Poder del Estado a partir de los meses de abril o julio de 2006, sino, mínimamente, a partir del mes de octubre del año 2004.

En segundo lugar, respecto de la afirmación del emplazado en el sentido que "el plazo efectivo para la actividad legislativa durante la segunda mitad del año 2006 se redujo prácticamente a 4 meses", el Tribunal Constitucional debe precisar, pese a lo sostenido en el parágrafo precedente, que el *principio de colaboración institucional entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo*, implica, entre otros contenidos, que respetándose la discrecionalidad del Parlamento en la organización del trabajo legislativo se debe dar importante y urgente atención a aquellas sentencias del Tribunal Constitucional en las que para evitar graves situaciones de mayor inconstitucionalidad se establece una *vacatio sententiae* y se difieren los efectos de una inconstitucionalidad declarada, más aún si se trata de temas como el funcionamiento de órganos de la administración de justicia.

Finalmente, resulta falsa la afirmación del emplazado en el sentido que "para evitar la afectación del principio de seguridad jurídica que generaría el vacío normativo, la Comisión planteó la misma solución que la adoptada por la norma sub litis", pues si bien es cierto que la "Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar policial", nombrada por el Poder Ejecutivo mediante Resolución Suprema N.º 362-2006-DE/SG, publicada el 25 de agosto de 2006, concluyó que el tiempo para instaurar un nuevo modelo organizativo era escaso, también concluyó proponiendo un "régimen transitorio para la jurisdicción militar" (como anteproyecto de ley) que regiría desde el 1 de enero de 2007, propuesta que ciertamente respetaba la *vacatio sententiae* y en consecuencia la cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, pero

que en ningún extremo proponía mantener intacta la organización judicial militar declarada inconstitucional como tampoco que se extienda indefinidamente la *vacatio sententiae* así establecida, tal como lo hizo el cuestionado artículo 1º de la Ley N.º 28934.

En el "régimen transitorio para la justicia militar" propuesto por la aludida Comisión Especial, presidida por don Domingo García Belaunde, e integrada por don Francisco Eguiguren Praeli, don Arsenio Oré Guardia, don Enrique Quiroga Carmona y don Luis García Corrochano Moyano, se propuso lo siguiente:

Artículo 1º Vigencia de la presente Ley.-
La presente Ley establece el régimen transitorio que rige la actividad de la Jurisdicción Militar desde el 01 de enero de 2007 hasta la fecha en que el Congreso de la República apruebe la nueva Ley Orgánica de Justicia Militar así como el nuevo Código de Justicia Militar, leyes que a su vez deberían de expedirse con base a la reforma de la parte pertinente de la Constitución.

Artículo 2º Competencia de Jurisdicción Militar.-
La organización, funciones y competencias de la Jurisdicción Militar continuará rigiéndose por las disposiciones contenidas en la Novena Disposición Transitoria de la Ley [28665], con las siguientes precisiones:

a) La jurisdicción militar es competente para juzgar los delitos de función, tipificados en el Código de Justicia Militar que cometa el personal militar o policial en situación de actividad. Su competencia alcanza al personal en retiro que hubiera cometido el delito en situación de actividad.
b) La jurisdicción militar no es competente para el juzgamiento de civiles, ni de militares y policías en situación de retiro.
c) La jurisdicción militar no es competente para conocer procesos constitucionales.
d) Debe observar los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en materia de procesos penales.

Artículo 3º Competencia de la Corte Suprema.-
Sin Perjuicio de lo señalado en los artículos 141º y 173º de la Constitución, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República será competente para conocer:
a) Vía recurso de nulidad, las sentencias dictadas en última instancia por la jurisdicción militar, en las que la sanción impuesta sea igual o mayor a cuatro (4) años de pena privativa de libertad.
b) Las contiendas de competencia surgidas entre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Ordinaria.

Artículo 4º Archivamiento de procesos por infracción de servicio militar.-
Los procesos por omisión o abandono del Servicio Militar que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se encuentren en trámite en la Jurisdicción Militar serán archivados de oficio por el Juez Militar competente.

Artículo 5º Nombramiento de magistrados militares

Las vacantes que se produzcan en la jurisdicción militar durante la vigencia del presente régimen transitorio, serán cubiertas, preferentemente, mediante la designación de abogados militares o policías en situación de retiro. Cuando ello no sea posible, se designará abogados del Cuerpo Jurídico Militar quienes pasarán a la situación de disponibilidad mientras desempeñan el cargo.

Como lo sostuvo expresamente este Colegiado en las sentencias de los Expedientes N.os 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC, las *vacatio sententiae* establecidas no debían servir "solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución" (resaltado agregado), lo que albergaba, entre otras, la posibilidad de que existiese un régimen transitorio que fue precisamente lo que planteó la mencionada Comisión Especial. Por tanto, es evidente que la solución planteada por tal Comisión no fue la misma planteada por el cuestionado artículo 1º de la Ley N.º 28934.

59. Ya sea que el Legislador opte por una organización definitiva o transitoria de la justicia militar, lo relevante es que ambas resulten compatibles con la Norma Fundamental y que no se afecte la autoridad de cosa juzgada de las sentencias que el Tribunal Constitucional, en tanto Supremo Intérprete de la Constitución, ha expedido sobre la materia. Así también es importante destacar que la regulación de la organización de la justicia militar debe requerir del Parlamento una atención prioritaria toda vez que en ella se deben materializar, entre otros, todos aquellos derechos fundamentales judiciales que les corresponden a los efectivos militares y policiales.

60. De otro lado, cabe mencionar que la vulneración de la cosa juzgada establecida en las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional implica a su vez la violación de la supremacía normativa de la Constitución (artículos 51º, 45º y 38º, entre otros), pues si esta establece en su artículo 139º, inciso 2) que *"Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución"*, y el artículo 201º que *"El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución"*, entonces el Legislador se encuentra imposibilitado de desconocer tal contenido de la Norma Fundamental.

61. En el mismo sentido, el cuestionado artículo 1º de la Ley N.º 28934 vulnera el principio de separación de poderes y el control y balance de poderes, pues no es competencia del Legislador pronunciarse sobre el mantenimiento de una organización judicial declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o pronunciarse sobre la ampliación de los efectos temporales de tal inconstitucionalidad, establecidos ambos en un acto *jurisdiccional* como es una sentencia

del Tribunal Constitucional. Resulta vedado por la Norma Fundamental que un Poder del Estado como el Poder Legislativo invada las competencias de un órgano constitucional como el Tribunal Constitucional, ejerciendo funciones que solo a este le competen.

62. El aludido artículo 1º de la Ley N.º 28934 también vulnera la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional, toda vez que al disponer que siga en funcionamiento una organización de la jurisdicción militar declarada inconstitucional y prorrogar indefinidamente el periodo de *vacatio sententiae* establecido en una sentencia del inconstitucionalidad, ha desnaturalizado y desconocido las funciones de órgano de control de la Constitución (artículo 201º) que le ha asignado esta al Tribunal Constitucional. Si el legislador opera de este modo sobre las sentencias del Tribunal Constitucional resulta evidente la invasión de tal poder del Estado en un ámbito de competencia propio del órgano de control de la Constitución.

63. En suma, este Colegiado estima que el artículo 1º de la Ley N.º 28934, que amplía indefinidamente la vigencia temporal de un sistema de justicia militar declarado incompatible con la Constitución y extiende también indefinidamente el periodo de *vacatio sententiae*, es inconstitucional por vulnerar el principio de separación de poderes, la fuerza normativa de la Constitución, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, así como la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional.

64. En consecuencia, teniendo en cuenta que a la fecha el artículo 1º de la Ley N.º 28934 ha sido derogado por la Ley N.º 29182, publicada el 11 de enero de 2008, pero, que conforme se sostiene en el Fundamento 6 de la presente, tal artículo en la actualidad sigue surtiendo efectos, debe declararse la inconstitucionalidad de tales efectos, quedando eliminada toda la capacidad reguladora de la mencionada disposición.

65. Finalmente, en cuanto al cuestionado artículo 2º de la Ley N.º 28934, el Tribunal Constitucional estima que no cabe emitir pronunciamiento por haberse producido la sustracción de la materia, toda vez que esta norma fue derogada por la Ley N.º 29182, publicada el 11 de enero de 2008, no evidenciándose que al momento de expedir la presente sentencia se encuentre surtiendo algún tipo de efecto.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lambayeque; en consecuencia, inconstitucionales los efectos que viene produciendo el derogado artículo 1° de la ley N.° 28934.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene por haberse producido la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXP. N° 00005-2007-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DE LAMBAYEQUE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERNANDO CALLE HAYEN

Con el debido respeto de la opinión vertida por mis colegas, expreso el siguiente fundamento de voto; precisando y sin desmerecer los que suscriben, priorizo que en mi opinión los fundamentos 1, 8, 28, 39 al 51, 60, 63 al 65, resultan suficientes; no obstante me permito dejar constancia que aún cuando no he participado en la formulación de las sentencias que resolvieron las causas signadas con los N.ºs 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC que motivaron la dación de la Ley 28934, me uno al fallo en atención al respeto a la autoridad de la cosa juzgada que ellas ostentan.

Por otro lado; creo importante manifestar, que tan fundamental materia que gira en torno a la Organización y Funciones de la Justicia Militar y Policial, que involucra a la tarea de la defensa nacional y el orden interno, así como a los derechos fundamentales, debe ser retomada desde el debate jurisdiccional, en la medida en que ahora existe una nueva normativa que la regula a través de la Ley 29182. Sin embargo; ello no es posible sin la existencia de una demanda que habilite al Tribunal Constitucional para pronunciarse. En todo caso, hago esta aseveración sin que ello signifique que el presente fundamento contenga una opinión sobre el fondo de la materia respecto de la cual, ahora me abstengo.

En esta misma línea expositiva considero que, la Ley 29182 podría ser perfeccionada por el Congreso de la República atendiendo al principio de oportunidad y al alto criterio político en que se sustenta.

Finalmente, debo añadir una consideración de orden procesal respecto de la legitimación procesal activa de los colegios profesionales en general y de los colegios de abogados en particular. Al respecto, si bien en anteriores oportunidades he firmado con mis colegas los autos de admisión de los procesos de inconstitucionalidad incoados por los colegios de abogados, es a partir de este voto que estimo que debe encauzarse el debate hacia una nueva posición que atienda a la interpretación integra del artículo 203 de la Constitución Política del Perú, que incluye la facultad de los colegios profesionales para interponer demanda de inconstitucionalidad, en materia de su especialidad.

Esta interpretación que expongo se contrae a la impugnación de normas de ámbito nacional como las leyes, el decreto legislativo y, dado el caso, los Decretos de Urgencia. En ese sentido, atendiendo al ámbito normativo, los colegios profesionales que no tengan alcance nacional, como es el caso, por ejemplo, de los colegios de abogados y de contadores, que se agrupan en sus respectivas Junta de Decanos que los representan —tal como lo dispone el Decreto Ley 25892 reglamentado por el Decreto Supremo 008-93-JUS y sus respectivos estatutos— serían los llamados por el constituyente para ejercer la excepcional facultad de interponer la demanda de inconstitucionalidad así como se faculta excepcionalmente, atendiendo a un criterio de paridad con el alcance de la norma impugnada, a un tercio del número legal de congresistas en defensa de las minorías, al Presidente de la República como representante del Poder Ejecutivo, al Defensor del Pueblo, en materias de derechos humanos, usuarios y servicios públicos, a 5,000 ciudadanos, al Fiscal de la Nación, a los Presidentes de Región y Alcaldes Provinciales en materia de su competencia con acuerdo de su concejo. Así se materializa el concurso de la sociedad civil organizada, aportando su conocimiento especializado de una manera orgánica y uniforme que es lo que la Constitución requiere.

Por ello; considero el criterio que adopto para el análisis de procedibilidad de las demandas contra normas de alcance nacional, estará supeditado a la exigencia de que esta sea interpuesta por un colegio profesional de ámbito nacional o por la respectiva Junta de decanos según sea el caso.

En el presente caso, considero que al contar la demanda con el "respaldo e impulso", acreditada en autos, de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú se cumple con subsanar un defecto que tuvo en su origen y merece un pronunciamiento sobre el fondo como el que emito en este fundamento.

S.

FERNANDO CALLE HAYEN

---

[1] *BVerfGE 5, 25(28)*

[2] *BVerfGE 20, 56(93 y s.)*

[3] McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, CEC. 1991.p.25

[4] Expediente N.º 00006-2006-PC/TC

[5] Expediente N.º 03760-2004-AA/TC

[6] MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, 1980.

[7] FIORILLO, Mario. "Corte Costituzionale e separazioni dei poteri". En: RUGGERI, Antonio. *La ridefinizione della forma di governo attaverso la giurisprudenza costituzionale*. Edizioni Scientifique Italiane, 2006, p.311.

[8] *Ibíd.* pp.311-312.

[9] Expediente N.º 0006-2006-PC/TC, FJ 37.

[10] AJA, Eliseo. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*". Ariel, Barcelona, 1998, p. 290.

[11] Expediente N.º 00013-2003-AI/TC FJ 6

[12] STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 707-708.

[13] MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Tomo II, Padova, Cedam, 1976. pp.823

[14] Expediente N.º 0006-2006-PC/TC FJ 40.

[15] BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p.205.

[16] ZAGREBELSKY, Gustavo. "Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalitá: posibilita e limiti". En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffré, Milano, 1989. pp.195 y 198.

[17] MODUGNO, Franco. "Considerazione sul tema". En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a24 novembre 1988*. Giuffré, Milano, 1989. p. 15.

Exp. N° 0025-2007-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Profesores del Perú. Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 29062 que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial; así como la interpretación del penúltimo párrafo del artículo 65° de dicha Ley en el sentido de que entre las entidades públicas a las que puede retornar, después de 5 años, el docente destituido por las causales previstas en los literales a), d), e), f), g) y h) del artículo 36° de la misma Ley, no se encuentran las que prestan servicio público docente].*

Fecha de Resolución: 19 de setiembre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 9 de diciembre de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra la Ley N° 29062, debido a que no se acreditó la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, a una remuneración equitativa y suficiente y a la huelga de los docentes.

Así señaló el Tribunal que la ley cuestionada no afecta el derecho a la huelga de los docentes, sino únicamente limita su ejercicio en cuanto se debe garantizar la continuidad de los servicios educativos.

De igual manera, señaló que el establecimiento de ciertos requisitos para el acceso a la carrera pública magisterial no puede ser considerado como vulneratorio del derecho a la presunción de inocencia, a la igualdad y al trabajo, puesto que el Estado tiene el deber de garantizar la idoneidad y eficiencia plena de los docentes encargados de brindar el servicio educativo, más aún cuando la educación tiene una especial importancia dado que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, preparándola para la vida y el trabajo.

La sentencia explica que el Estado es el encargado de coordinar la política educativa, por lo que tiene la facultad de conducir y desarrollar la evaluación de los docentes para el ingreso a la carrera magisterial, la cual deberá desarrollarla de manera coordinada con los Gobiernos Regionales. En ese sentido, enfatiza que el proceso de evaluación de profesores no puede ser considerado como inconstitucional, puesto que la evaluación al docente es uno de los deberes del Estado establecido en el artículo 15° de la Carta Magna.

Del mismo modo, señala que la ley cuestionada no "desconoce derechos", sino que únicamente establece una variación en el monto de las asignaciones, subsidios y compensaciones, lo cual no contraviene ninguna norma constitucional, dado que las leyes pueden ser modificadas, no teniendo los derechos laborales el carácter de derechos adquiridos.

Finalmente, el TC establece el criterio de interpretación del penúltimo párrafo del artículo 65° de la cuestionada ley, el cual tiene carácter general y vinculante para todos los poderes públicos.

Temas Claves: contenido esencial del derecho a la educación - contenido esencial del derecho a la huelga - derecho a la estabilidad laboral - derecho a la igualdad - derecho a la presunción de inocencia - derecho de acceso a la función pública - irrenunciabilidad de los derechos laborales - teoría de los hechos cumplidos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00025-2007-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú (demandante) c. Congreso de la República (demandado)

Resolución del 19 de setiembre de 2008

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra los artículos 3°, 11° inciso d), 12°, 17°, 29° segundo párrafo, 40°, 41°, 51°, 53°, 54°, 63°, 65° inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.

Magistrados presentes:

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 00025-2007-PI/TC
LIMA
DECANO NACIONAL DEL COLEGIO DE PROFESORES DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 19 días del mes de setiembre de 2008, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra los artículos 3°, 11° inciso d), 12°, 17°, 29° segundo párrafo, 40°, 41°, 51°, 53°, 54°, 63°, 65° inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial, por vulnerar los derechos a la igualdad, al trabajo, a una remuneración equitativa y suficiente, y a la huelga, así como los principios a la presunción de inocencia, a la jerarquía de normas, a la irretroactividad de las leyes, a los principios de la relación laboral, a lo establecido respecto al Estado y la Política Educativa, y a la obligación del Estado de promoción del trabajo.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante	:	Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú
Norma sometida a control	:	Los artículos 3°, 11° inciso d), 12°, 17°, 29° segundo párrafo, 40°, 41°, 51°, 53°, 54°, 63°, 65° inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.
Derechos invocados	:	El derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2°, numeral 2) de la Constitución); el derecho a trabajar libremente (artículo 2° numeral 15) de la Constitución); el principio a la presunción de inocencia (artículo 2°, numeral 24) inciso e. de la Constitución); lo establecido respecto al Estado y la Política Educativa (artículo 16° de la Constitución); el derecho al trabajo (artículo 22° de la Constitución); la obligación del Estado de promoción del trabajo (artículo 23° de la Constitución); el derecho a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24° de la Constitución); los principios de la relación laboral (artículo 26° de la Constitución); el derecho a la huelga (artículo 28° numeral 3 de la Constitución); el principio de jerarquía de normas (artículo 51° de la Constitución); y el principio de irretroactividad de las leyes (artículo 103° de la Constitución).
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionali-dad de la Ley N.° 29062 – Ley que modifica la Ley de Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.

III. NORMAS SUJETAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Artículo 3° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 3°.- El profesor
El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas que, en su calidad de agente fundamental del proceso educativo, presta un servicio público esencial dirigido a concretar el derecho de los estudiantes y de la comunidad a una enseñanza de calidad, equidad y pertinencia. Requiere de desarrollo integral y de una formación continua e intercultural.

Artículo 11° inciso d) de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 11.- Requisitos para postular a la Carrera Pública Magisterial
El ingreso a la Carrera Pública Magisterial es por concurso público.
Para participar en el concurso público de acceso a una plaza vacante se requiere cumplir con los siguientes requisitos:
(...) d. No haber sido condenado ni estar incurso en proceso penal por delito doloso.

Artículo 12° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 12°.- Concurso público para el ingreso a la Carrera Pública Magisterial
El Ministerio de Educación es el responsable de planificar, conducir, monitorear y evaluar el proceso de ingreso a la Carrera Pública Magisterial. Autoriza anualmente la convocatoria a concurso público para acceder a plazas vacantes.
El concurso público se caracteriza por ser objetivo, transparente, imparcial y confiable. Se realiza en dos etapas:
a) La primera a cargo del Ministerio de Educación para acreditar las capacidades y competencias del docente, a través de una prueba nacional. Esta comprende además la evaluación psicológica.
b) La segunda se desarrolla en la Institución Educativa entre quienes hayan aprobado la primera etapa. En ésta se evalúa la capacidad didáctica del docente, así como su conocimiento de la cultura y lengua materna de los educandos.

El Ministerio de Educación elabora, en coordinación con el órgano operador correspondiente del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa - SINEACE, los indicadores e instrumentos de evaluación, teniendo en cuenta la pluriculturalidad y diversidad regional.
La relación de plazas vacantes por institución educativa es elaborada por la Unidad de Gestión Educativa Local y refrendada a nivel regional y nacional, en función de las necesidades de los servicios educativos y teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley N° 27050 y su modificatoria, la Ley N° 28164.

Artículo 17° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 17°.- Concurso público para cubrir cargos directivos
El Ministerio de Educación convoca a concurso público para cubrir plazas de Director y Subdirector de las Instituciones y Programas Educativos. El concurso está a cargo de la Unidad de Gestión Educativa Local y se realiza en función de las necesidades del servicio educativo. Se caracteriza por ser objetivo, transparente, imparcial y confiable.

Artículo 29° segundo párrafo de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 29°.- Factores de evaluación del desempeño
(...)
Los profesores que no aprueben la evaluación en una primera y segunda oportunidad, son capacitados y asistidos para el fortalecimiento de sus capacidades pedagógicas. Si después de esta capacitación vuelven a desaprobar son retirados de la Carrera Pública Magisterial.

Artículo 40° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 40°.- Gestión de las actividades del Programa
Las actividades del Programa de Formación y Capacitación Permanente son normadas por el Ministerio de Educación dentro de un Sistema de Formación Continua. Son organizadas y gestionadas por el Ministerio de Educación, por las otras instancias de gestión educativa descentralizadas o por las Instituciones Educativas, respetando la política nacional, regional y local de formación continua.

Artículo 41° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 41°.- Formación y capacitación de Directores y Subdirectores
El Ministerio de Educación normará y organizará un Programa Nacional de Formación y Capacitación de Directores y Subdirectores de Instituciones Educativas.

Artículo 51° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 51°.- Asignación por tiempo de servicios
El profesor tiene derecho a percibir una remuneración íntegra al cumplir veinte (20) años de servicios la mujer; y veinticinco (25) años de servicio el varón; asimismo, dos (2) remuneraciones íntegras, al cumplir veinticinco (25) años de servicio la mujer y treinta (30) años de servicio el varón.

Artículo 53° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 53°.- Subsidio por luto y sepelio
El profesor tiene derecho a subsidio por luto y sepelio al fallecer su cónyuge. Este es equivalente a una remuneración íntegra o a una pensión. También tiene derecho a un subsidio equivalente a una remuneración íntegra o a una pensión por fallecimiento del padre o la madre. Al fallecer el profesor, activo o pensionista, el cónyuge, hijos, padres o hermanos, en esa prelación y en forma excluyente, tienen derecho al subsidio de dos (2) remuneraciones íntegras o pensiones.

Artículo 54° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 54°.- Compensación por Tiempo de Servicios y remuneración personal
El profesor recibe remuneración compensatoria por tiempo de servicios, la que se otorga al momento de su cese a razón de dos (2) remuneraciones totales permanentes por año o fracción mayor a seis (6) meses de servicios oficiales. Percibe, además, una remuneración personal del dos por ciento (2%) de su remuneración por cada año de servicios cumplidos.

Artículo 63° de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 63°.- Jornada de trabajo del Profesor, Subdirector y Director
La jornada ordinaria de trabajo de los profesores es de treinta (30) horas cronológicas semanales. Comprende horas de docencia de aula, de preparación de clases, de actividades extracurriculares complementarias, de proyección social y de apoyo al desarrollo de la Institución Educativa.

En los casos en que el profesor trabaje un número de horas diferente al de la jornada laboral ordinaria, por razones de nivel educativo, modalidad, especialidad o disponibilidad de horas en la InstituciónEducativa, el pago de su remuneración está en función de las horas de trabajo. No gozan de esta remuneración adicional aquellos profesores que perciben una asignación al cargo por su trabajo directivo, administrativo o pedagógico.
Los Directores de Instituciones Educativas, con la opinión del Consejo Académico, fijan los horarios de trabajo de los profesores de aula, teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestaria.
La jornada de trabajo para los Directores y Subdirectores es de cuarenta (40) horas cronológicas semanales.

Artículo 65° inciso c) de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 65°.- Término de la relación laboral
El retiro de la Carrera Pública Magisterial de los profesores se produce en los siguientes casos:
(...)
c. No haber aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades y en el mismo Nivel Magisterial.
(...)
El profesor comprendido en los alcances del literal a. puede solicitar su reingreso a la Carrera Pública Magisterial. El reingreso se produce en el mismo Nivel Magisterial que tenía al momento de su retiro de la Carrera. El reglamento de la presente Ley establece las condiciones y procedimientos de reingreso. El profesor comprendido en los alcances del literal b. no puede reingresar a cualquier entidad pública por un plazo de cinco (5) años, a excepción de aquel que estuvo incurso en las causales establecidas en los literales b. y c. del artículo 36 de la presente Ley, los que no podrán reingresar al servicio público. El profesor comprendido en los alcances del literal c. no puede reingresar al servicio público docente.

Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062, cuyo texto es el siguiente:
SEXTA.- Los profesores que están bajo el régimen de la Ley N.° 24029, Ley del Profesorado, se encuentran comprendidos en los alcances de los artículos 28 y 65 de la presente Ley.

Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 29062, cuyo texto es el siguiente:
DÉCIMO TERCERA.- Entiéndese por remuneración íntegra a los conceptos de carácter regular y permanente que de manera continua percibe el profesor.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

El Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3°, 11° inciso d), 12°, 17°, 29° segundo párrafo, 40°, 41°, 51°, 53°, 54°, 63°, 65° inciso c), así como contra la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera PúblicaMagisterial. Sustenta la demanda manifestando que la cuestionada ley considera a la educación como un servicio público esencial, lo cual atenta contra el derecho de huelga reconocido en el artículo 28° de la Constitución, toda vez que la huelga es el derecho que tienen los trabajadores para suspender las labores como forma de presión para obtener la restitución de un derecho conculcado o la mejora o creación de un derecho, y que los únicos servicios que pueden ser considerados esenciales son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de la persona o parte de la población, por lo que la educación no puede ser considerada como tal. Asimismo, señala que el requisito de no haber sido condenado ni estar incurso en proceso penal por delito doloso para poder postular a la CarreraPública Magisterial es inconstitucional porque vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 2° numeral 24. inciso e) de nuestra Carta Magna, ya que toda persona es considerada inocente hasta que haya sido condenada mediante sentencia penal expresa.

De otro lado, manifiesta que establecer el retiro de la Carrera Pública Magisterial por desaprobar por tercera vez la evaluación, luego de la respectiva capacitación, vulnera los derechos adquiridos y los principios de la relación laboral, contraviniendo el artículo 26° de la Constitución, más aún cuando se dispone que el profesor retirado por dicha causal no podrá reingresar al servicio docente, en evidente discriminación y limitación del ejercicio de los derechos constitucionales establecidos en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución, al desconocer los títulos profesionales e impedir el ejercicio de la profesión docente a perpetuidad, prohibiendo el reingreso a la Carrera Pública Magisterial. Del mismo modo, alega que dicha ley contraviene el artículo 16° de la Carta Magna, pues tanto el sistema como el régimen educativos son descentralizados; por tanto, no se puede designar al Ministerio de Educación como el único ente responsable de la gestión del proceso de ingreso a la Carrera Magisterial así como del Programa de Formación y Capacitación Permanente.

Aduce además que se estaría cometiendo un abuso de derecho, toda vez que se aplica la cuestionada norma a docentes que ingresaron y desarrollan su carrera profesional bajo el marco de las Leyes N.os24069 y 25212, contraviniendo el artículo 103° de la Constitución. Finalmente, señala que la norma impugnada establece una disminución en las remuneraciones y bonificaciones, desconociendo derechos adquiridos, más aún cuando equipara la remuneración íntegra a la remuneración total permanente.

2. Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda señalando que la educación debe ser considerada como un servicio público esencial en concordancia con el artículo 1° de la Ley N° 28988 – Ley que declara a la Educación Básica Regular como servicio público esencial, por lo que el Estado tiene el deber de

garantizar la continuidad de los servicios educativos, lo cual no podrá cumplirse si es que el ejercicio del derecho de huelga de los profesores vulnera el derecho de los estudiantes a educarse. Agrega que la norma cuestionada no ha eliminado el derecho de huelga, sino que únicamente precisa que cuando los profesores lo ejerzan se debe garantizar la continuidad del servicio educativo, estableciendo una modulación del derecho de huelga en aplicación del inciso 3) del artículo 28° de la Constitución, por lo que se debe priorizar el derecho a la educación por la trascendental importancia que tiene la educación básica en la etapa formativa de los estudiantes.

Del mismo modo, respecto a la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en la medida que no se permite participar en el concurso público de acceso a la Carrera Pública Magisterial a quien se encuentre incurso en un proceso penal por delito doloso, señala que se trata de una medida provisional, la cual sólo tiene efectos hasta que se dicte la sentencia en el respectivo proceso penal, y en caso la sentencia sea absolutoria, el sujeto absuelto podrá participar en el concurso público, por lo que la medida cuestionada no constituye una sanción sino únicamente una limitación temporal y provisional, debido a la naturaleza de la función pública, en especial, para quienes ejercen la Carrera Pública Magisterial, por lo que la medida resulta razonable y proporcional.

Asimismo, expresa que no se presenta la supuesta afectación de derechos adquiridos alegada por el demandante, dado que en nuestro país la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación restringida en el ámbito constitucional, limitándose exclusivamente a los casos que de manera expresa señale la Constitución, por lo que, tratándose de sucesión normativa, la teoría de los derechos adquiridos se restringe únicamente a los derechos pensionarios y no a otra clase de derechos.

De igual manera, respecto a la presunta aplicación retroactiva de la norma cuestionada, en base a la teoría de los hechos cumplidos, refiere que un régimen laboral regulado en una norma anterior puede ser modificado por una norma posterior, por lo que la Ley N.° 29062 puede variar válidamente el régimen de las Leyes N°s. 24029 y 25212. Añade que en virtud del artículo 103° de la Constitución, la nueva norma se aplica de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Asimismo, sobre el supuesto abuso de derecho, anota que a la dación de leyes por parte del Poder Legislativo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales consagradas en el artículo 102° de la Carta Magna, no puede oponerse la figura del abuso del derecho, puesto que el Congreso no actúa ejerciendo un derecho subjetivo, sino en cumplimiento de la función legislativa que la Constitución le ha asignado.

Finalmente, en relación a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, si bien el artículo 65° de la norma cuestionada establece un tratamiento diferente respecto a los docentes que no han aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades y en el mismo nivel magisterial, negándoles el reingreso al servicio público docente, aplicando el test de igualdad se observa que si bien es grave la intensidad de la intervención en la igualdad, el grado de realización u optimización del fin constitucional legítimo no es menor, pues se trata de lograr implementar un servicio público docente compuesto por profesores capacitados y que se esforzaron de manera oportuna para aprovechar la capacitación que les fue brindada por el Estado, por lo que dicho fin es mucho más trascendente que evitar el reingreso de aquellos profesores que fueron separados por no estar capacitados para la docencia. Por último, manifiesta que no se afectan las competencias de los Gobiernos Regionales en materia educativa pues el Ministerio de Educación no monopoliza la realización del concurso público, sino que realiza sus funciones en coordinación con las Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL).

V. FUNDAMENTOS

1. Sobre la supuesta inconstitucionalidad originada en el procedimiento de formación de la Ley N.° 29062

1. El demandante alega que para la expedición de la Ley N.° 29062 no se ha observado lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de la República, contraviniendo de esta manera el artículo 94° de la Constitución que dispone que el Reglamento del Congreso tiene fuerza de ley. Así, refiere que se incumplió con el procedimiento legislativo establecido en el artículo 73° del Reglamento del Congreso, por cuanto para su aprobación no se observó la segunda votación. Además, la Junta de Portavoces no tiene la facultad para exceptuar de este procedimiento, dado que sólo se encuentran exoneradas de tal requisito las proposiciones legislativas señaladas de manera expresa en el artículo 78° del referido Reglamento.

2. En principio cabe precisar, respecto a las etapas del procedimiento legislativo para la dación de leyes, que el artículo 73° del Reglamento del Congreso de la República establece lo siguiente:

Artículo 73°: El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:
a) Iniciativa Legislativa;
b) Estudio en comisiones;
c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso en el Diario Oficial El Peruano;
d) Debate en el Pleno;
e) Aprobación por doble votación; y,
f) Promulgación.

Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

3. Del texto del Reglamento se colige que el procedimiento legislativo debe estar compuesto de seis etapas, y que se encuentran exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto,

previstos en el mismo Reglamento, o los que hubieran sido exonerados de manera expresa por acuerdo de la Junta de Portavoces con la votación calificada establecida.

4. Por otro lado, el artículo 31-A del Reglamento del Congreso, señala que a la Junta de Portavoces le corresponde, entre otras atribuciones mencionadas de manera expresa, aquellas que le señale el Reglamento del Congreso[1].

5. De esta manera, si bien el artículo 78° del Reglamento del Congreso señala de manera expresa las proposiciones legislativas que se encuentran exoneradas del trámite de segunda votación, el artículo 73° del referido Reglamento le otorga a la Junta de Portavoces la facultad de exonerar de dicho trámite con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso, en concordancia con lo establecido en el artículo 31-A del mencionado Reglamento.

6. Por ende, se aprecia que la exoneración de segunda votación de la ley cuestionada se realizó de conformidad con lo establecido en el Reglamento del Congreso, toda vez que se contó con la exoneración expresa por acuerdo de la Junta de Portavoces con el voto de más de tres quintos de los miembros del Congreso.

7. Además, resulta pertinente establecer que resulta legítimo que la Junta de Portavoces pueda exonerar del trámite de "segunda votación", con el objeto de agilizar el procedimiento legislativo, pues constituye el órgano de representación de los Grupos Parlamentarios, es decir, expresa la voluntad general de los parlamentarios integrantes de dichos grupos, debiendo tenerse presente que, además, se exige una votación de mayoría calificada que represente no menos de los tres quintos de los miembros del Congreso de la República.

8. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ya ha considerado constitucional la exoneración del trámite de segunda votación por acuerdo de la Junta de Portavoces en el procedimiento legislativo para la aprobación de un proyecto de ley, al establecer que:

"El proceso legislativo de la Ley 28374

El proyecto de ley 11733, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, se transformó en la ley materia de inconstitucionalidad gracias a la votación de ochenta y siete de los noventidós congresistas presentes en la Sesión del 28 de octubre del 2004, a horas 01:01:14 p.m. De otro lado, en la Junta de Portavoces realizada el 2 de noviembre del mismo año, 'se acordó, por unanimidad, la exoneración del trámite de doble votación a que se refiere el artículo 73° del Reglamento del Congreso'.
Entonces, más allá de la forma correcta en que se aprobó la ley materia de la inconstitucionalidad, el tema que se encuentra regulando, al tratarse de un ámbito constitucional, requiere obligatoriamente una ley orgánica tal como ha venido a suceder. (...)"[2].

9. De igual manera, se debe tener presente que el trámite de segunda votación para la aprobación de los proyectos de ley establecido en el Reglamento del Congreso, constituye una opción legislativa y no un requisito constitucional, es decir, se trata de una disposición contenida en una norma con rango de ley[3], mas no de un requisito contenido en el procedimiento legislativo previsto en la Constituciónpara su aprobación, dado que la Carta Magna no establece la segunda votación como requisito para la aprobación de una ley. Asimismo, de lo expuesto en los fundamentos anteriores se observa que la formación de la ley cuestionada no contraviene el Reglamento del Congreso.

10. Es por ello que los argumentos del demandante carecen de fundamento, puesto que la exoneración de segunda votación se realizó en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 73° del Reglamento del Congreso de la República, por lo que no transgrede ninguna norma constitucional.

11. En consecuencia la demanda debe ser desestimada respecto a este extremo, por cuanto se siguió el procedimiento preestablecido tanto en el Reglamento del Congreso como en la Norma Fundamentalpara la promulgación de las leyes.

2. Análisis de constitucionalidad del artículo 3° de la Ley N.° 29062

12. El demandante manifiesta que el artículo 3° de la Ley N.° 29062 resulta inconstitucional por cuanto le confiere a la educación como un servicio público esencial, atentando contra el ejercicio del derecho a la huelga de los profesores.

2.1 Protección constitucional del derecho de huelga

13. El derecho a la huelga se encuentra previsto en el inciso 3) del artículo 28° de la Constitución, que dispone que "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático. (...) 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

14. Sobre el particular, ha dicho este Tribunal que la huelga es un derecho que
"consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores y debe efectuarse en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes- y con abandono del centro de trabajo"[4].

15. Se trata, en resumidas cuentas, del derecho que tienen los trabajadores para suspender sus labores como un mecanismo destinado a obtener algún tipo de mejora en ellas, y que se ejerce cuando se ha agotado previamente la negociación directa con el empleador.

16. En efecto, mediante el ejercicio del derecho a la huelga los trabajadores se encuentran facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales.

La huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de determinados fines ligados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

17. Sin embargo, el derecho de huelga, como todos los derechos, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado por la legislación vigente, razón por la cual resulta admisible que mediante una ley el Estado module su ejercicio, dado que "la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos"[5].

18. En ese sentido el derecho de huelga supone que su ejercicio es condicionado, en tanto no debe colisionar con los intereses de la colectividad que pudiesen verse afectados ante un eventual abuso de su ejercicio, lo que en buena cuenta significa que el derecho de huelga debe ejercerse en armonía con el interés público y con los demás derechos.

19. Así, en el presente caso, y a criterio del demandante, se configuraría una colisión entre el derecho de huelga de los trabajadores, supuestamente vulnerado por la ley cuestionada, y el derecho a la educación básica de millones de escolares, entre niños y adolescentes, que verían paralizados sus estudios por períodos indeterminados en caso de realizarse una de las innumerables huelgas de profesores a nivel nacional.

2.2 La educación como derecho fundamental y como servicio público

20. El derecho a la educación se encuentra garantizado por diversos artículos de nuestra Carta Magna. Las principales manifestaciones del derecho a la educación que emanan del propio texto constitucional son las siguientes: a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y, c) la calidad de la educación.

21. Sobre el particular y, como también ya ha sido establecido por este Tribunal,

"(...) en un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho a la educación adquiere un carácter significativo. Así, del texto constitucional se desprende una preocupación sobre la calidad de la educación, la cual se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla (segundo párrafo del artículo 16° de la Constitución). "También se pone de manifiesto al guardar un especial cuidado respecto al magisterio, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente (Art. 15°, primer párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incide firmemente en la obligación de brindar una educación 'ética y cívica', siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (art. 14, tercer párrafo)"[6]. (subrayado agregado).

22. Pero además, la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público. Así lo ha señalado este Tribunal al establecer que,

"la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos (...)"[7] (subrayado agregado).

23. De igual manera, y ya en el plano legal, la Ley General de Educación N.° 28044 establece en su artículo 4° que "La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la educación inicial y primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos".

2.3 Contenido esencial del derecho de huelga

24. En consecuencia, corresponde verificar si el artículo 3° de la Ley N.° 29062 vulnera el contenido esencial del derecho de huelga, consagrado en el artículo 28°, inciso 3), de la Constitución: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 3) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

25. De un análisis previo de los derechos colectivos de los trabajadores según la Ley Fundamental se derivan principios constitucionales para la delimitación del contenido esencial del derecho de huelga. En tal sentido, siguiendo lo establecido mediante STC N.° 0008-2005-PI (fundamento 41), considera este Colegiado emitir pronunciamiento a fin de establecer que son garantías o facultades del contenido esencial del derecho de huelga las siguientes:

(i) Ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
(ii) Convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
(iii) Establecer el petitorio de reinvindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
(iv) Adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
(v) Determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

2.4 Límites al derecho de huelga

26. Por su parte, la Constitución peruana reconoce límites al ejercicio del derecho de huelga [artículo 28°, inciso 3), de la Constitución], en la medida que en principio no existen derechos fundamentales absolutos, debiendo protegerse o preservarse no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

27. Derivado de ello, *por razón de la persona*, se encuentran excluidos del goce de libertad sindical y del derecho de huelga, los siguientes:

a) Los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (artículo 42° de la Constitución).
b) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42° de la Constitución).
c) Los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (artículo 153° de la Constitución).

28. Por otro lado, también a nivel legislativo se establecen límites al ejercicio del derecho de huelga, *por razón de la naturaleza del servicio*. Así, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, prevé que

Artículo 82°.- Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto **deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan. (énfasis nuestro)**
En la determinación legal de los servicios públicos esenciales, la misma norma determina un listado (artículo 83°), a saber: a) Los sanitarios y de salubridad; b) Los de limpieza y saneamiento; c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible; d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias; e) Los de establecimientos penales; f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones; g) Los de transporte; h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional; i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República; y, j) Otros que sean determinados por Ley.

29. A partir de la habilitación legal prevista en el último inciso de la norma bajo comentario, es que el artículo 1° de la Ley N.° 28988 dispone de manera expresa que

Artículo 1.- La educación como servicio público esencial
Constitúyese la Educación Básica Regular como un servicio público esencial, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho fundamental de la persona a la educación, derecho reconocido en la Constitución Política del Perú, en la Ley General de Educación y en los Pactos Internacionales suscritos por el Estado peruano. La administración dispondrá las acciones orientadas a asegurar los servicios correspondientes.
Así, el artículo 3° de la Ley N.° 29062 impugnada a través del presente proceso de inconstitucionalidad, se encuentra conforme a lo establecido por la Ley N.° 28988, que declara expresamente a la educación básica regular como servicio público esencial. Sin embargo, de ello no se deriva una situación que comprometa ilegítimamente el derecho de huelga, pues esta calificación como servicio público esencial no afecta los derechos constitucionales, ni los reconocidos por los Convenios y Tratados internacionales a los trabajadores.

30. De allí que, en lo que respecta al derecho de huelga debemos considerar que el Perú ha ratificado el *Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948* (Convenio OIT N.° 87) y el *Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949* (Convenio OIT N.° 98), los cuales forman parte del derecho nacional (artículo 55° de la Constitución), y constituyen cláusulas hermenéuticas conforme a los cuales deben ser interpretados los derechos y libertades que la Constitución reconoce (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

31. En consecuencia, a partir de la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, la misma que reviste el carácter de *soft law* para el derecho interno; en materia de la relación entre el derecho de huelga y los servicios públicos esenciales, se ha configurado que

el establecimiento de servicios mínimos en el caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto del término en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales[8].

2.5 El ejercicio del derecho de huelga y la Carrera Pública Magisterial

32. Estos límites propios al derecho de huelga, en el caso de los profesores a servicio del Estado (artículo 1° de la Ley N.° 29062), requiere especial referencia a las posibles situaciones de colisión que podrían presentarse respecto al derecho a la educación, cuya protección ha buscado tutelar el legislador. Con estos elementos, se esboza una interpretación acorde con la protección debida al derecho fundamental a la huelga, como una realidad no contradictoria y coherente con los otros bienes constitucionales consagrados en la Constitución, y para una plena realización de la persona humana y su dignidad (artículo 1° de la Constitución).

33. Al respecto, podríamos derivar como límites específicos al derecho de huelga para los profesores que integran la Carrera Pública Magisterial, los siguientes:
(i) Garantizar el contenido esencial del derecho de educación, conforme lo ha establecido este Tribunal mediante STC N.° 0091-2005-PA (fundamento 6), a partir de lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, y que fue ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978, la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas y fundamentales: disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad material, accesibilidad económica), aceptabilidad, adaptabilidad[9].
(ii) El ejercicio del derecho a la huelga por parte de los

profesores no podría conllevar la cesación total de las actividades vinculadas al servicio público esencial de la educación, más aún considerando que, tal como hemos mencionado previamente, constituye una obligación del Estado el garantizar la continuidad de los servicios educativos.

(iii En caso de huelga de larga duración se podría requerir el establecimiento de servicios mínimos en consulta plena con los interlocutores sociales[10], al igual que ocurre en aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

(iv) La huelga debe ejercerse en armonía con el orden público constitucional, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto [STC N.° 0008-2005-PI (fundamento 42)].

34. Por todo ello, cabe concluir que el artículo 3.° de la Ley N.° 29062 al disponer que los profesores prestan un servicio público esencial, no se afecta el contenido esencial del derecho de huelga, tal como ha sido establecido *supra*, debiendo determinarse las concretas lesiones casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad[11], pudiendo recurrirse, en dichos supuestos a la protección ordinaria, y subsidiariamente al amparo constitucional, y del cual este Colegiado es el garante en última instancia. De esta forma, el Tribunal valida la constitucionalidad del artículo 3.° de la Ley N.° 29062, siempre que su ejercicio se produzca en los términos planteados.

3. Análisis de constitucionalidad del inciso d) del artículo 11° de la Ley N.° 29062

35. El demandante alega que el inciso d) del artículo 11° de la ley cuestionada vulnera el principio a la presunción de inocencia al establecer como uno de los requisitos para postular a la Carrera PúblicaMagisterial el no estar incurso en proceso penal por delito doloso.

3.1 El principio de presunción de inocencia y su protección constitucional

36. El derecho a la presunción de inocencia, como derecho constitucional, se encuentra reconocido en el ordinal "e", inciso 24 del artículo 2° de la Carta Magna, que dispone que: "Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: (...) e). Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

37. Así, "(...) el constituyente ha reconocido la *presunción de inocencia* como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana ("La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", artículo 1° de la Constitución), así como en el principio *pro hómine*"[12].

38. De igual manera, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra amparado en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, estando previsto en el artículo 11.1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al establecer que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (...)". Del mismo modo, también se encuentra protegido por el artículo 14.2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 8.2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

39. En ese sentido, y como ha quedado establecido por este Colegiado, "por esta presunción *iuris tantum*, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida sentencia definitiva"[13]. Por tanto, al constituir una presunción *iuris tantum*, la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

40. Sin embargo, el derecho a la presunción de inocencia, como todos los derechos, no puede ser considerado como absoluto, sino que tiene un carácter relativo. Así lo ha determinado este Tribunal al establecer que tal derecho

"(...) no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional-, sin que ello signifique su afectación; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad"[14].

41. Por tanto, las medidas restrictivas del derecho a la presunción de inocencia quedan justificadas si resultan razonables y proporcionales al fin que se busca lograr o proteger. En esa línea, en el presente caso corresponde verificar si la medida de no permitir el ingreso a la Carrera Pública Magisterial a aquellas personas que se encuentran incursas en proceso penal por delito doloso se encuentra justificada.

3.2 Requisitos para el acceso a la función pública

42. El Tribunal Constitucional encuentra que el cuestionado requisito para postular a la Carrera Pública Magisterial, de no estar incurso en proceso penal por delito doloso, guarda directa vinculación con el derecho de acceso a la función pública y, en ese sentido, será en conjunción con él que se analizará su constitucionalidad.

43. El derecho de acceso a la función pública consiste en la facultad de las personas para acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, es decir, en el ejercicio de una función pública. Este Tribunal Constitucional ya ha establecido que "(...) los contenidos de este derecho son los siguientes: a) Acceder o ingresar a la función pública, b) Ejercerla plenamente, c) Ascender en la función pública; y, d) Condiciones iguales de acceso"[15].

44. Así, "el concepto de 'función pública' en este derecho comprende dos tipos de función que suele distinguirse: la función pública representativa y la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada"[16].

45. En el presente caso se aprecia que la labor que desempeñan los profesores se encuentra comprendida dentro de la función pública no representativa, pues se trata de profesionales que cuentan con título a nombre de la nación, tanto es así que la propia ley cuestionada les reconoce dicha calidad al establecer, en su artículo 3º, que "El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas (...)".

46. Así también se encuentra establecido en la Constitución, cuyo artículo 15º dispone que el profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. Lo que es lo mismo, reconoce al profesorado la calidad de función pública, por lo que su acceso debe encontrarse garantizado.

47. No obstante, el contenido del derecho de acceso a la función pública no comprende el ingreso, sin más, al ejercicio de la función pública, puesto que si bien se garantiza la participación de los ciudadanos en la función pública, ésta debe desarrollarse de conformidad con los requisitos que el legislador ha establecido, y cuya validez está condicionada a su constitucionalidad.

48. De esta manera el legislador se encuentra facultado para establecer los requisitos que considere convenientes para el acceso al ejercicio de una función pública, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto en el Texto Constitucional.

49. En el presente caso el legislador ha establecido como requisito para el acceso a la carrera pública magisterial que el postulante no se encuentre incurso en proceso penal por delito doloso, lo cual, supuestamente, vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.

50. Sin embargo se aprecia que el hecho de establecer un requisito de tal naturaleza para acceder a la carrera pública magisterial no vulnera, *per se*, el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto éste es un derecho relativo que admite ciertas restricciones en su ejercicio, siempre que éstas sean razonables y proporcionales.

51. Este Colegiado, aprecia que el referido requisito resulta razonable respecto al fin constitucionalmente válido que se pretende lograr, esto es, la eficiencia plena en la prestación del servicio público esencial y en especial de la educación, así como garantizar la plena vigencia del derecho a la educación que constituye uno de los deberes primordiales del Estado, pues la restricción a la presunción de inocencia se justifica debido a la importancia que tiene la educación, la cual tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana[17] y prepararla para la vida y el trabajo, además que la mayoría de los educandos son niños y adolescentes, a quienes el Estado debe proteger, tal como lo señala el artículo 4º de la Norma Fundamental.

52. Por otro lado el cuestionado requisito también resulta proporcional, pues constituye una medida idónea para lograr el fin que se pretende, esto es, impedir el ingreso a la carrera pública magisterial a quien se encuentre incurso en un proceso penal por delito doloso, con el objeto de asegurar que el servicio público docente se encuentre compuesto por profesores con una conducta idónea, más aún cuando se trata de brindar el servicio público especial y esencial de educación, para así garantizar la plena vigencia del derecho a la educación de los estudiantes.

53. De igual manera, cabe señalar que el cuestionado requisito no impide totalmente el acceso a la carrera pública magisterial, sino que únicamente se trata de un impedimento provisional, esto es, que sólo tendrá efectos hasta que se dicte sentencia en el respectivo proceso penal. Por tanto, si el profesor obtiene una sentencia absolutoria, no existirá impedimento alguno para que participe en cualquier concurso público.

54. Asimismo el referido requisito no vulnera el derecho a la presunción de inocencia por cuanto no se está adelantando opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito materia del proceso penal, sino que se trata de una restricción temporal y provisional del acceso a la carrera pública magisterial, hasta que se dicte sentencia en el proceso penal en el que se encuentre incurso el postulante.

55. En consecuencia, a juicio del Tribunal Constitucional, el cuestionado requisito de no permitir el acceso a la carrera pública magisterial a aquellos docentes que se encuentren incursos en un proceso penal por delito doloso no vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, razón por la que la demanda también debe ser desestimada en este extremo.

4. Análisis de constitucionalidad de los artículos 12º, 17º, 40º y 41º de la Ley N.º 29062

56. El demandante alega que los artículos 12º, 17º, 40º y 41º de la cuestionada ley resultan inconstitucionales porque contravienen lo establecido en el artículo 16º de la Constitución respecto al Estado y la Política Educativa –conforme al cual, tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados– así como los artículos 197º y 198º de la Carta Magna que consagran la autonomía de las Regiones, contraviniendo además la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización.

57. Los cuestionados artículos establecen que el Ministerio de Educación es el ente encargado de planificar y conducir el proceso de ingreso a la Carrera Magisterial, así como de convocar a concurso público para cubrir las plazas de Director y Subdirector de las instituciones educativas; igualmente, se encarga de normar las actividades del Programa de Formación y Capacitación Permanente de Docentes, así como normar y organizar el Programa de Formación y Capacitación de Directores y Subdirectores.

58. Al respecto conviene precisar que cuando el artículo 16° de la Carta Magna dispone que "Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados (...)", ello no quiere decir que cada región tiene autonomía para desarrollar su propia política educativa, sino que la educación y los centros educativos deben descentralizarse, esto es, deben ser accesibles para todos, para que de esta manera todos los niños y adolescentes de las distintas regiones del país tengan la posibilidad de acceder a una institución educativa y educarse. De ahí que el mismo artículo señale en su tercer párrafo que "(...) es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas (...)".

59. En el mismo sentido, el tercer párrafo del artículo 17° de la Constitución señala que el Estado tiene el deber de promover la creación de centros educativos donde la población los requiera. Lo que es lo mismo, el Estado tiene como una de sus funciones principales ejercer un rol garante de la educación nacional, garantizando oportunidades de acceso y permanencia en el sistema educativo que favorezcan el aprendizaje.

60. Por otro lado, si bien el Estado tiene el deber de garantizar que la educación sea descentralizada, conforme al artículo 16° de la Constitución, el segundo párrafo del mismo artículo dispone, además, que el Estado es el encargado de coordinar la política educativa así como formular los lineamientos generales de los planes de estudios y requisitos mínimos de la organización de los centros educativos, esto es, diseñar las políticas nacionales y sectoriales referentes a la educación, las cuales son de obligatorio cumplimiento para todos los niveles de gobierno.

61. Si conforme al artículo 16° de la Constitución, el Estado es el encargado de coordinar la política educativa así como formular los lineamientos generales de los planes de estudios y requisitos mínimos de la organización de los centros educativos, es evidente que ejerce dichas atribuciones constitucionales a través del Ministerio de Educación, quien se encarga de formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno. Así lo ha establecido este Tribunal al señalar que,

"al Gobierno Nacional, mediante el Ministerio de Educación, le corresponde fijar las políticas sectoriales en matera de personal (incluido el personal docente), así como implementar la carrera pública magisterial"[18].

62. Por tanto, la labor que desarrolla el Ministerio de Educación relacionada con la conducción y desarrollo de la evaluación de los docentes para el ingreso a la carrera magisterial, así como su respectiva capacitación, no contraviene el artículo 16° de la Carta Magna. Por el contrario, es precisamente el referido dispositivo el que faculta al Estado, a través del Ministerio correspondiente, a coordinar la política educativa aplicable a la nación, así como supervisar el cumplimiento y la calidad de la educación.

63. No obstante el Tribunal Constitucional ha señalado que el nombramiento de profesores para la prestación del servicio público de educación es una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, precisando que "una revisión del marco legal en materia de reparto competencial entre gobierno nacional y gobiernos regionales en materia de nombramiento de profesores de colegios estatales, demuestra que la gestión de los servicios educativos, entre los cuales se encuentra la provisión de profesores para la prestación del servicio público de educación, es una competencia compartida que debe realizarse en forma coordinada entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales (...) De esta forma, entonces, el nombramiento de profesores en los colegios estatales está sujeto a un procedimiento, por llamarlo así 'a cascadas', en el que cada uno de sus gestores –desde el Ministerio de Educación, pasando por el Gobierno Regional y culminando en la Unidad de Gestión Educativa Local- tienen participación y tareas específicas, que deben ejecutar en forma coordinada"[19] (subrayado agregado).

64. En ese sentido, si bien los Gobiernos Regionales gozan de autonomía en el ejercicio de sus competencias y, conforme al inciso 7) del artículo 192° de la Constitución tienen facultad para promover y regular actividades y/o servicios en materia de educación, dicha competencia debe ser ejercida "en concordancia con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. De ahí que las competencias previstas en el artículo 192° no pueden llevar a obstaculizar o poner en una situación de detrimento (...) las competencias del Gobierno Nacional"[20].

65. Por ello, respecto al ejercicio de las competencias de los Gobiernos Regionales, este Colegiado ha establecido que "La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocacles, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también participan otros órganos estatales"[21].

66. Por tanto, si bien los gobiernos regionales gozan de autonomía, deben de ejercerla sin contravenir las competencias que le han sido otorgadas al Estado y, en el presente caso, al Ministerio de Educación, teniendo en cuenta que la educación es una materia de interés supralocal y que las competencias atribuidas al Ministerio de Educación tienen por finalidad asegurar la unidad de criterio en el contenido y forma de la prueba de evaluación, así como asegurar la eficiencia en el proceso de implementación de la Carrera Pública Magisterial y la adecuada provisión del servicio educativo.

67. Asimismo cabe señalar que si bien tanto el artículo 13° de la Ley de Bases de la Descentralización como el artículo 10° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establecen que la educación es una competencia compartida en la que pueden intervenir dos o más niveles

de gobierno, ello se refiere únicamente a la gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, y no para materias que son de exclusiva competencia del Gobierno Central, a través del Ministerio de Educación.

68. Finalmente, respecto a este extremo de la demanda, en el que el recurrente alega la contravención de los artículos 197° y 198° de la Constitución, se aprecia que estos dispositivos no guardan relación alguna con la autonomía regional, sino más bien se encuentran referidos a la participación vecinal y ciudadana y a la capital de la República, por lo que la demanda también debe ser desestimada respecto a este extremo.

5. Análisis de constitucionalidad de los artículos 51°, 53° y 54° de la Ley N.° 29062

69. El demandante manifiesta que los artículos 51°, 53° y 54° de la ley cuestionada resultan inconstitucionales porque desconocen y disminuyen derechos adquiridos respecto a las asignaciones, subsidios y compensación por tiempo de servicio otorgadas a los profesores.

70. Al respecto el demandante considera vulneratorios dichos artículos porque reducen el monto que se otorga a los profesores por concepto de asignaciones, subsidios y compensación por tiempo de servicios, desconociendo así lo dispuesto en la Ley del Profesorado – Ley N.° 24029.

71. En primer lugar es necesario enfatizar que el demandante parte de la proposición errónea de considerar que nuestro ordenamiento jurídico se rige bajo la teoría de los derechos adquiridos, cuando nuestra propia Carta Magna en su artículo 103° dispone que "(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)".

72. En ese sentido, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que "(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes' (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la *teoría de los hechos cumplidos* y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas"[22] (subrayado agregado).

73. Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando determinó que "(...) la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente –a un grupo determinado de personas- que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente –permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial (...)"[23] (subrayado agregado).

74. Por ende, sólo es de aplicación la teoría de los derechos adquiridos a los casos expresamente señalados en la Constitución. En nuestra Carta Magna no se encuentra disposición alguna que ordene la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos a los casos referidos a la sucesión normativa en materia laboral, por lo que no existe sustento constitucional alguno que ampare lo alegado por el demandante respecto a la supuesta vulneración de sus derechos adquiridos, resultando inconsistentes sus alegatos.

75. De igual manera cabe señalar que la Décima Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada dispone derogar o dejar sin efecto todas aquellas disposiciones que se opongan a la aludida ley, de lo que se concluye que los artículos de la Ley del Profesorado – Ley N° 24029 relativos a las asignaciones, subsidios y compensaciones por tiempo de servicio, quedan automáticamente derogados con la entrada en vigencia de la Ley N.° 29062, conforme a lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución que señala que "la ley se deroga sólo por otra ley".

76. Además resulta necesario señalar que la ley cuestionada no "desconoce derechos", como lo ha manifestado el demandante, sino que únicamente establece una variación en el monto de las asignaciones, subsidios y compensaciones, lo cual no resulta contrario a las normas jurídicas ni a la Constitución.

77. En consecuencia la demanda también debe ser desestimada respecto a este extremo, al no presentarse la supuesta vulneración de derechos alegada por el demandante.

6. Análisis de constitucionalidad del artículo 63° de la Ley N.° 29062

78. El demandante manifiesta que el artículo 63° de la cuestionada ley vulnera el derecho al trabajo y a percibir una remuneración equitativa y suficiente, así como los principios laborales, por cuanto se incrementa el número de horas de trabajo sin que ello suponga el incremento de la remuneración.

79. Al respecto el artículo mencionado incrementa la jornada pedagógica de 18 horas cronológicas a 30 horas cronológicas, lo que el demandante considera vulneratorio de sus derechos. Sin embargo, cabe señalar que el artículo 25° de la Constitución establece que "la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo".

80. De este simple cotejo se concluye que, la ley cuestionada no vulnera los derechos constitucionales de los profesores, pues el incremento de la jornada pedagógica a 30 horas cronológicas semanales es factible y acorde con lo establecido en el artículo 25° de la Carta Magna, ya que se encuentra dentro del margen de la jornada ordinaria de trabajo que es como máximo de 48 horas semanales.

81. Así, los alegatos del demandante carecen de sustento, pues el número de horas trabajadas por los profesores no rebasa el límite de lo permitido, siendo que para ello reciben una remuneración, sin que se vulnere, de modo alguno, su derecho al trabajo y a percibir, precisamente, una remuneración por ello.

82. En consecuencia, la demanda también debe ser desestimada respecto de este extremo.

7. Análisis de constitucionalidad de la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062

83. El demandante alega que la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada contraviene los derechos adquiridos, produciéndose un abuso del derecho al imponer la vigencia de los artículos 28° y 65° de la Ley N.° 29062 a los profesores que se encuentran bajo el régimen de la Ley N.° 24029, cuya vigencia fue prorrogada mediante la Ley N.° 25212.

84. Así, el demandante refiere que la cuestionada disposición transitoria desconoce derechos adquiridos, así como contraviene el artículo 103° de la Constitución en tanto no ampara el abuso del derecho, cuando se aplican los artículos 28° y 65° de la ley cuestionada a docentes que ingresaron y desarrollaron su carrera profesional bajo otro marco legal, contraviniendo además el propio artículo 103° en la parte que dispone que: "(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)", así como el derecho al trabajo, el deber de promoción del trabajo y los principios de la relación laboral.

7.1 Respecto al alegado abuso del derecho

85. En principio, en cuanto al supuesto abuso del derecho cabe precisar que el mandato constitucional de proscripción del abuso del derecho "(...) se configura en el campo del ejercicio de los derechos subjetivos, una de cuyas características es que [es] de aplicación ante el ejercicio de los derechos subjetivos, siendo más propio hablar del abuso en el ejercicio de los derechos, antes que del abuso del derecho"[24].

86. El atributo del Congreso de la República de dictar leyes no puede ser considerado como el ejercicio de un derecho subjetivo, pues más bien se trata de una facultad constitucional consagrada en el inciso 1) del artículo 102° de la Constitución, conforme al cual, "Son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes". Se trata del ejercicio soberano de una función legislativa otorgada al Congreso, de carácter constitucional.

87. La expedición de leyes por parte del Poder Legislativo, por tanto, no puede implicar el ejercicio de un derecho sino el ejercicio de una función legislativa, por lo que no se le puede oponer la institución del abuso del derecho. Así lo ha establecido este Tribunal al señalar que "(...) Una de las atribuciones del Congreso es el dar leyes (artículo 102.1 de la Constitución), y en ese sentido, la función legislativa que ejerce se expresa en la producción de un derecho objetivo; así, tal atribución no puede ser calificada como derecho subjetivo (...) Al ejercicio soberano de la función legislativa, no se le puede oponer la institución del abuso del derecho, puesto que el Congreso no actúa ejerciendo un derecho subjetivo, sino cumpliendo una función legislativa que la Constitución le asigna"[25].

88. En consecuencia, el argumento alegado por la parte demandante sobre que el Congreso ha incurrido en abuso del derecho al expedir la ley cuestionada carece de sustento jurídico, dado que no es oponible la institución del abuso del derecho al ejercicio de la función legislativa asignada por la Constitución.

7.2 Sobre la presunta vulneración de los derechos adquiridos

89. Por otro lado, respecto a la supuesta contravención de los derechos adquiridos, como ya se ha señalado con meridiana claridad *supra*, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103° de nuestra Carta Magna, por lo que una norma posterior puede modificar una norma anterior que regula un determinado régimen laboral. Así por ejemplo ha señalado que "(...) conforme a la reforma del artículo 103° de la Constitución, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido, la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas"[26].

90. Así, el demandante parte de la premisa errónea de considerar que las Leyes N.° 24029 y 25212 no pueden ser modificadas ni derogadas, por lo que concluye equivocadamente que la aplicación inmediata de la ley cuestionada resulta una aplicación retroactiva. Sin embargo, como ha quedado dicho, el artículo 103° de la Constitución consagra la teoría de los hechos cumplidos por lo que la ley, desde su entrada en vigencia, es aplicable para todas las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En el presente caso, la Ley N.° 29062 objeto de control, se limita a desplegar sus efectos desde la fecha en la que entró en vigencia hacia delante, lo cual resulta conforme con lo dispuesto en la Constitución.

91. Por tanto este Colegiado no comparte el argumento del demandante respecto a que la norma cuestionada tiene efectos retroactivos y vulnera los derechos adquiridos, dado que el Congreso, en ejercicio de su función legislativa prevista en el inciso 1) del artículo

102° de la Constitución, tiene la facultad de dar leyes así como modificar las existentes, por lo que resulta constitucionalmente válido que la Ley N.° 29062 modifique el régimen establecido en la Ley N.° 24029 y que, en virtud de la teoría de los hechos cumplidos consagrada en el artículo 103° de la Carta Magna, sus efectos se apliquen de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

92. En consecuencia resulta constitucional y legítimamente válida la aplicación de los artículos 28° y 65° de la ley cuestionada a los profesores que se encuentren comprendidos en la Ley N.° 24062, cuya vigencia fue prorrogada mediante la Ley N.° 25212, por lo que lo dispuesto en la Sexta Disposición Transitoria de la ley cuestionada resulta plenamente conforme a la Constitución, debiendo desestimarse la demanda respecto de este extremo.

8. Análisis de constitucionalidad de la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062

93. El demandante alega que la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada vulnera el principio de irrenunciabilidad de derechos en la relación laboral, por cuanto equipara la remuneración íntegra a la remuneración total permanente, desconociendo los derechos adquiridos por los profesores.

8.1 El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales

94. El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales se encuentra consagrado en el inciso 2) del artículo 26° de la Carta Magna, que dispone que "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley". Así, supone la imposibilidad de que los trabajadores renuncien por propia decisión a los derechos laborales que la Constitución y la ley les reconocen.

95. Este principio "se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa"[27]. Del mismo modo, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar[28].

96. En el mismo sentido se ha pronunciado este Colegiado en la STC N.° 008-2005-PI/TC, al establecer que "(...) para que sea posible la aplicación del artículo 26° de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen".

97. El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales tiene por objetivo proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral, dado que al trabajador se le considera la "parte débil" de la relación laboral.

98. En el presente caso se advierte que el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa consagrada en el inciso 1) del artículo 102° de la Constitución, modifica normas en materia laboral, las cuales son de aplicación inmediata a las situaciones jurídicas existentes, lo que resulta constitucionalmente válido, pues el Poder Legislativo actúa en ejercicio de su función atribuida por la CartaMagna.

99. Por tanto los profesores (trabajadores) no están disponiendo de ningún derecho vigente, sino que se trata de una sucesión normativa en materia laboral, por lo que no resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

100. Al respecto este Colegiado ha señalado que "en efecto, dicho artículo constitucional [refiriéndose al artículo 26° inciso 2)] reconoce que en la relación laboral se respetará tal principio que consagra, con carácter general, no sólo el respeto de los derechos de carácter laboral, sino de otros derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la ley. A su turno, el artículo 103° de la Constituciódispone que la ley se deroga por otra ley y que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"[29].

101. Así, las normas laborales no resultan inderogables ni inmodificables, pues el Poder Legislativo en ejercicio de su función constitucional puede modificarlas sin que ello suponga una vulneración de los derechos de los trabajadores. En ese sentido también se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, en criterio que este Tribunal comparte, al establecer que,
"la ley podrá siempre modificar, adicionar, interpretar o derogar la normatividad legal precedente, sin que sea admisible afirmar que en el ordenamiento jurídico existen estatutos legales pétreos o sustraídos al poder reformador o derogatorio del propio legislador. (...) [Por tanto] no se sigue que las normas legales de carácter laboral sean inmodificables"[30].

102. Por consiguiente el hecho de que se produzca una sucesión normativa en materia laboral no puede ser considerado como una vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, pues dicho principio tiene por finalidad evitar que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley.

103. En consecuencia la demanda también debe ser desestimada en este extremo, al no presentarse la alegada vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral.

9. Análisis de constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 29° de la Ley N.° 29062

104. El demandante alega que el segundo párrafo del artículo 29° de la ley cuestionada vulnera los derechos adquiridos por los profesores mediante la Ley N.° 24029 al señalar que los profesores que no aprueben la evaluación por tercera vez, luego de haber sido capacitados, serán retirados de la carrera pública magisterial, lo que también contraviene los principios de la relación laboral y la protección contra el despido arbitrario, así como el derecho al trabajo y la dignidad del trabajador, amparados en nuestra Carta Magna.

105. Como ya se ha mencionado en los fundamentos anteriores respecto a la supuesta contravención de los derechos adquiridos, nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103° de nuestra Carta Magna, por lo que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas.

106. Por tanto carece de asidero el argumento del demandante respecto a que la norma cuestionada vulnera los derechos adquiridos de los profesores, puesto que el Congreso tiene la facultad de dictar normas así como modificar las existentes, sin que ello suponga una violación de los derechos de los trabajadores regulados por la norma anterior.

107. Por otro lado el demandante también alega que el cuestionado artículo vulnera sus derechos a la igualdad de oportunidades, al carácter irrenunciable de los derechos laborales, a la estabilidad laboral y al trabajo.

108. En ese sentido, el inciso a) del artículo 13° de la Ley del Profesorado – Ley N° 24029, modificado mediante Ley N° 25212, señala que los profesores al servicio del Estado tienen derecho a la estabilidad laboral en la plaza, nivel, cargo, lugar y centro de trabajo. De la misma manera, el artículo 27° de la Constitución garantiza a los trabajadores la estabilidad laboral y los protege contra el despido arbitrario al señalar que "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

109. La doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza; y, por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado.[31]

110. Sin embargo el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial. Así, respecto a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, el Tribunal Constitucional ha determinado que "mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho 'a no ser despedido arbitrariamente'. Sólo reconoce el derecho del trabajador a la 'protección adecuada' contra el despido arbitrario"[32].

111. Por ende, el derecho a la estabilidad laboral no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso la estabilidad laboral de los profesores se encuentra sujeta a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 15° de la Carta Magna que dispone que "(...) El Estado y la sociedad procuran su [del profesor] evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes".

112. Al respecto cabe señalar que, como se ha dicho en párrafos anteriores, la educación constituye un servicio público esencial, por lo que en un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho a la educación adquiere un carácter significativo. Del Texto Constitucional se desprende la trascendencia de la calidad de la educación, la cual se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla (segundo párrafo del artículo 16° de la Constitución).

113. De igual manera se pone de manifiesto el que se guarde un especial cuidado respecto los docentes, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente (art. 15°, primer párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incide firmemente en la obligación de brindar una educación 'ética y cívica', siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (art. 14, tercer párrafo)[33].

114. Por tanto, debido a la importancia que tiene el servicio de educación en nuestra sociedad, es necesario que los profesores se encuentren sometidos a evaluación, en aras de garantizar la provisión y permanencia en el servicio de profesores idóneos y capacitados, para así resguardar la calidad de la educación que tiene por objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana, y que los educandos logren el desarrollo integral de sus habilidades y potencialidades.

115. Con ese objetivo el artículo 28° de la ley cuestionada estipula que cada tres años se realice una evaluación ordinaria de desempeño del profesor, la cual tiene el carácter de permanente, integral y obligatoria. Dicha evaluación no puede ser considerada inconstitucional pues garantiza la idoneidad de los profesores en el servicio educativo, es decir, garantiza el derecho de los estudiantes de recibir una educación de calidad.

116. Asimismo, el supuesto en que son retirados de la carrera pública magisterial los profesores que no aprueben la evaluación por tercera vez –luego de haber sido capacitados–, no puede ser considerado como vulneratorio del derecho a la estabilidad laboral, puesto

que, como se ha mencionado anteriormente, este derecho no tiene la calidad de derecho absoluto.

117. Así, el derecho de permanecer en la carrera pública magisterial se mantiene mientras los profesores presenten capacidad e idoneidad para el cargo, es decir, mientras se encuentren capacitados para ejercer como docentes. De igual manera existe un límite temporal fijado en la ley, esto es, se ejerce por tres años, tiempo en el cual su permanencia en la carrera pública magisterial se encuentra sujeta a la aprobación de la evaluación, tal como se ha establecido en el artículo 28° de la Ley N.° 29062.

118. Por tanto, el establecer como causal de retiro de la Carrera Pública Magisterial el haber desaprobado la evaluación de desempeño en tres oportunidades no puede ser considerado como una vulneración del derecho a la estabilidad laboral ni al trabajo, puesto que configura una causa justificada de despido, dado que el profesor retirado de la carrera pública magisterial está demostrando con ello que no cuenta con capacidad e idoneidad para el ejercicio del cargo de profesor.

119. En consecuencia la demanda también debe ser desestimada respecto a este extremo.

10. Análisis de constitucionalidad del inciso c) del artículo 65° de la Ley N.° 29062

120. El demandante alega que el inciso c) del artículo 65° de la ley cuestionada vulnera sus derechos a la igualdad de oportunidades, a la igualdad ante la ley y al trabajo, y limita el ejercicio de los derechos constitucionales, al no permitir su reingreso a la carrera pública magisterial si el profesor fue retirado por no haber aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades y en el mismo nivel magisterial, desconociendo los títulos profesionales e impidiendo el ejercicio de la profesión docente a perpetuidad.

121. Si bien el demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad del inciso c) del artículo 65° de la Ley N° 29062, de lo alegado en la demanda se aprecia que, en realidad, el demandante pretende que se declare la inconstitucionalidad del último párrafo del cuestionado artículo 65°, que establece la prohibición de reingreso a la Carrera Pública Magisterial a aquellos profesores que hubieran desaprobado en tres oportunidades la evaluación de desempeño profesional.

10.1 Respecto al desconocimiento de los títulos profesionales e impedimento del ejercicio de la profesión de docente

122. En principio, el establecer que los profesores que hayan desaprobado la evaluación de desempeño en tres oportunidades sean retirados de la carrera pública magisterial no puede ser considerado como un desconocimiento de los títulos profesionales, puesto que ellos mantienen su vigencia y eficacia, por lo que el profesor retirado puede seguir ejerciendo su carrera de profesor en el sector privado si alguna entidad educativa requiere y acepta sus servicios.

123. Así, el hecho que el profesor sea separado de la carrera pública magisterial no significa que se desconozca su título de docente, sino únicamente que dicho profesor no se encuentra apto para ejercer su carrera en el marco de la educación pública por no haber aprobado en tres oportunidades la evaluación de desempeño, no encontrando impedimento alguno para que pueda ejercer en el ámbito privado.

124. De igual manera cabe señalar que precisamente la ley cuestionada reconoce los títulos de docentes, cuando en su artículo 3° dispone que: "El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas (...)", no existiendo disposición alguna que disponga la cancelación de los títulos profesionales a quienes hayan desaprobado la evaluación hasta en tres oportunidades.

125. Por tanto carece de sustento la afirmación del demandante en el sentido de que el artículo cuestionado desconoce los títulos profesionales, puesto que es la propia ley cuestionada la que los reconoce, siendo que únicamente restringe ejercer la carrera de docente en el ámbito de la educación pública a los profesores que no aprueben, por tercera vez, la evaluación de desempeño.

10.2 Principio de no discriminación

126. La Constitución ha reconocido al principio-derecho a la igualdad en el inciso 2) del artículo 2° en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

127. El Tribunal Constitucional ha afirmado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, detenta una doble condición de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes[34].

128. De esta manera el mandato correlativo derivado del derecho a la igualdad será la *prohibición de discriminación*, es decir, la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad.

129. Este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia que "la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad,

uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato"[35].

130. Según quedó dicho, el demandante considera que el último párrafo del artículo 65° de la ley impugnada resulta violatorio del derecho fundamental a la igualdad, al prohibir el reingreso a la carrera pública magisterial del profesor que ha desaprobado por tercera vez la evaluación de desempeño.

131. Tal como ha sido establecido por este Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia[36], para ingresar a evaluar una eventual afectación del derecho de igualdad, corresponde que se proponga un término de comparación (*tertium comparationis*) válido. Ello significa que es preciso que las dos situaciones de hecho que han merecido un trato desigual por parte del legislador, deben ser válidas constitucionalmente y compartir una esencial identidad en sus propiedades relevantes. Sólo entonces cabe ingresar a valorar las razones que podrían justificar o no la diferencia de trato, en el correcto entendido de que la ausencia de objetividad o necesidad en tales razones harán del tratamiento disímil, un trato, a su vez, discriminatorio, y por ende, inconstitucional.

132. Aunque el recurrente no ha realizado alusión expresa a ese término de comparación, del tenor de su demanda puede colegirse que éste se encuentra constituido por el hecho de que, de conformidad con el penúltimo párrafo del artículo 65° de la ley, los profesores que han sido sujetos de destitución (con excepción de aquellos que hayan incurrido en las causales previstas en los literales b y c del artículo 36°[37]), sí pueden reingresar a las entidades públicas luego de transcurridos 5 años. En otras palabras, consideran contrario al derecho a la igualdad que mientras en estos casos estaría permitido el reingreso luego de un tiempo determinado, en el caso de no haber aprobado la evaluación de desempeño laboral en tres oportunidades, no hay lugar a reingreso.

133. El Tribunal Constitucional sólo podría compartir este planteamiento si, tal como ha pretendido sostenerse, la posibilidad de reingreso a una entidad pública por parte de un ex profesor destituido, regulada por el penúltimo párrafo del artículo 65°, incluyese entidades que prestan servicio público docente. Y es que sólo bajo este supuesto existiría un trato injustificadamente desigualitario, a saber, la posibilidad de retorno a la carrera pública magisterial de quien ha incurrido en una falta grave pasible de destitución, y la imposibilidad de retorno de quien ha incurrido en una causal de retiro también importante, aunque de menor entidad, como es haber desaprobado en tres ocasiones la evaluación de desempeño laboral

134. Sucede, sin embargo, que una interpretación del penúltimo párrafo del artículo 65° de la ley impugnada de conformidad con el derecho fundamental a la educación, reconocido en los artículos 13° y 14° de la Constitución, impide considerar que entre las entidades públicas a las que puede reingresar quien ha sido destituido de la Carrera Pública Magisterial, se encuentran aquéllas que prestan servicio público docente.

En efecto, analizadas las distintas causas que, según el artículo 38° de la ley, dan lugar a la sanción de destitución (causar perjuicio grave al estudiante y/o a la Institución Educativa; maltratar física o psicológicamente al estudiante causando daño grave; realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad y libertad sexual, debidamente tipificados como delitos en las leyes correspondientes; concurrir al centro de trabajo en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas; abandonar injustificadamente el cargo; haber sido condenado por delito doloso; falsificar documentos relacionados con el ejercicio de su actividad profesional; reincidir en faltas por las que se recibió sanción de suspensión), puede concluirse que, sin perjuicio de sus distintas características propias, todas denotan una ausencia absoluta de compromiso con el derecho fundamental a la educación y con su condición de presupuesto axiológico para alcanzar "el desarrollo integral de la persona humana", según reza el artículo 13° constitucional, situación que, como es evidente, se torna singularmente grave habiéndose tratado de supuestos profesionales de la docencia.

En tal sentido, la efectiva vigencia del deber del Estado de proteger y promover el referido derecho fundamental (artículo 14° de la Constitución), exige no volver a situar en riesgo la estabilidad psíquica y somática del educando, ni la imagen e idóneo funcionamiento de las instituciones educativas, siendo preciso, en consecuencia, que personas cuya conducta ha resultado manifiestamente incompatible con estos valores constitucionales, no tengan oportunidad de ejercer nuevamente el cargo de profesores. Una interpretación discordante con este planteamiento, en definitiva, violaría el contenido esencial del derecho fundamental a la educación, quedando, por consiguiente, proscrita constitucionalmente.

135. Son dos las consecuencias que derivan de lo expuesto. En primer término, que debe interpretarse el penúltimo párrafo del artículo 65° de la ley impugnada en el sentido de que entre las entidades públicas a las que puede retornar, después de 5 años, el docente destituido por las causales previstas en los literales a), d), e), f), g) y h) del artículo 36° de la referida ley, no se encuentran las que prestan servicio público docente. El destituido por las causales previstas en los literales b) y c) del artículo 36°, según establece la propia ley, no pueden regresar al servicio público, en general. Este criterio de interpretación tiene alcance general y resulta vinculante para todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional.

Y, en segundo lugar, que la supuesta afectación del derecho fundamental a la igualdad alegada por el recurrente, debe ser desestimada. Ello en vista de que el sentido interpretativo del penúltimo párrafo del

artículo 65° que pretendía ser utilizado como término de comparación, no es constitucionalmente válido.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. De conformidad con los fundamentos 134 y 135 *supra*, interprétese el penúltimo párrafo del artículo 65° de la Ley N.° 29062 en el sentido de que entre las entidades públicas a las que puede retornar, después de 5 años, el docente destituido por las causales previstas en los literales a), d), e), f), g) y h) del artículo 36° de la misma ley, no se encuentran las que prestan servicio público docente. Este criterio de interpretación tiene alcance general y resulta vinculante para todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] Artículo 31°-A del Reglamento del Congreso: La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz de cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada. Le corresponde: (...)
4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento.

[2] *Cfr.* STC N.° 0002-2005-AI/TC, Fundamento N° 98

[3] Artículo 94° de la Constitución: El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...).

[4] *Cfr.* STC N.° 0008-2005-PI/TC, Fundamento N° 40.

[5] *Cfr.* STC N° 0008-2005-PI/TC, Fundamento N° 41.

[6] *Cfr.* STC N.° 04646-2007-PA/TC.

[7] *Cfr.* STC N.° 4232-2004-AA/TC.

[8] Recopilación de decisiones y principios sobre la Libertad Sindical del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT Párrafo 606.

[9] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General **E/C.12/1999/10** de fecha 8 de diciembre de 1999.

[10] Recopilación de decisiones y principios sobre la Libertad Sindical del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Párrafo 625. Véase el 330.° Informe, caso N.° 2173, Queja contra el Gobierno de Canadá relativa a la provincia de Columbia Británica presentada por el Congreso del Trabajo de Canadá (CLC), el Sindicato de Enfermeras de Columbia Británica (BCNU), la Federación de Docentes de Canadá (FDC), la Federación de Docentes de Columbia Británica (BCTF), el Sindicato Canadiense de Trabajadores del Sector Público (CUPE), Sección Columbia Británica, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y la Internacional de la Educación (EI); párrafo 297.

[11] STC N.° 00019-2005-AI (fundamentos 43 al 50), STC N.° 06089-2006-PA (fundamento 46), STC N.° 0050-2004-AI/TC (fundamento 109), STC N.° 0045-2004-AI (fundamentos 33 al 41), STC N.° 0024-2005-AI (fundamentos 29 al 32).

[12] *Cfr.* STC N.° 10107-2005-HC/TC, Fundamento N° 3.

[13] *Cfr.* STC N.° 0618-2005-HC/TC, Fundamento N° 21.

[14] *Cfr.* STC N.° 9943-2005-PHC/TC, Fundamento N° 3

[15] *Cfr.* STC N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC.

[16] *Cfr.* STC N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC.

[17] Artículo 13° de la Constitución Política: La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana (...).

[18] *Cfr.* STC N.° 047-2004-AI/TC, Fundamento N° 148.

[19] *Cfr.* STC N° 047-2004-AI/TC, Fundamentos N° 147-149.

[20] *Cfr.* STC N° 0031-2005-PI/TC, Fundamento N° 26.

[21] *Cfr.* STC N° 0007-2002-AI/TC, Fundamento N° 9.

[22] *Cfr.* STC N.° 0002-2006-PI/TC, Fundamento N° 12.

[23] *Cfr.* STC N.° 008-96-I/TC, Fundamento N° 17.

[24] *Cfr.* STC N.° 005-2002-AI/TC y acumulados, Fundamento N° 6.

[25] *Cfr.* STC N.° 005-2002-AI/TC y acumulados, Fundamento N° 6.

[26] *Cfr.* STC N.° 01875-2006-PA/TC, Fundamento N° 28.

[27] *La Constitución Comentada*, Tomo I. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2005, p. 550

[28] NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103.

[29] *Cfr.* STC N.° 008-2005-PI/TC, Fundamento N° 58.

[30] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente N° C-529/94.

[31] *La Constitución Comentada*, Tomo I. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2005, p. 560.

[32] *Cfr.* STC N.° 0976-2001-AA/TC, Fundamento N° 11.

[33] *Cfr.* STC N.° 04646-2007-PA/TC.

[34] *Cfr.* STC N.° 00045-2004-AI/TC, Fundamento 20.

[35] *Cfr.* STC N.° 2510-2002-AA/TC.

[36] *Cfr.* STC's N.os 0183-2002-PA, F. J. 1; 0015-2002-PI, F. J. 3; 0031-2004-PI, F. J. 22; 0435-2004-PA, F. J. 3; 1337-2004-PA, F. J. 2; 4587-2004-PA, F. J. 22; 1211-2006-PA, F. J. 6519-2006-PA, FF. JJ. 6 y 7; entre otras.

[37] Art. 36° de la Ley N.° 29062: "Son causales del término de la relación laboral por destitución, si son debidamente comprobadas:
(...)
b. Maltratar física o psicológicamente al estudiante causando daño grave.
c. Realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad y libertad sexual, debidamente tipificados como delitos en las leyes correspondientes. (...)"

Exp. N° 0006-2008-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Presidente de la República. Se declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 022-2008 de la Región Puno que reconoce a la planta de coca como patrimonio cultural].*

Fecha de Resolución: 11 de junio de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 7 agosto de 2008

Resumen: El 7 de agosto de 2008 se publicó la STC 00006-2008-PI/TC, en la que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad formulada por el Ejecutivo, y la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 022 emitida por el Gobierno Regional de Puno. Sostuvo en dicha causa que el Gobierno Regional de Puno no tiene competencia para declarar a la hoja de coca como "patrimonio regional, cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico histórico, alimenticio, medicinal e industrial, como símbolo del Pueblo Quechua-aymara de la Región Puno"; ni tampoco, para declarar zonas de cultivo a los valles de su circunscripción, razón por la cual no puede autorizar la industrialización de la hoja de coca.

Argumentó que la aludida ordenanza era excesiva y violatoria del principio de supremacía constitucional y del bloque de constitucionalidad, así como de los principios de unidad, taxatividad, residualidad, lealtad regional, tutela y control.

Por otra parte el Tribunal Constitucional afirmó que al decidir en ese sentido estaba manteniendo su línea jurisprudencial, puesto que ya en casos anteriores declaró fundadas demandas similares en las que señaló que el órgano encargado de declarar patrimonio cultural a la hoja de coca es el Congreso de la República, con el informe favorable del Instituto Nacional de Cultura (INC).

Finalmente, exhortó al Poder Ejecutivo y a DEVIDA a concretar el Programa de Desarrollo Alternativo; del mismo modo, invocó al Congreso a desarrollar la ley que declare patrimonio cultural a la hoja de coca.

Temas Claves: atribuciones y competencias de los organismos del Estado - cultivo hoja de coca - finalidad del proceso de inconstitucionalidad - derecho a la identidad cultural - derecho a la identidad étnica - patrimonio cultural de la nación - principio de unidad de estado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
006-2008-PI/TC

SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 11 de junio de 2008

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Presidente de la República (demandante) vs. Gobierno Regional de Puno (demandado)

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra los artículos 1° y 2° de la Ordenanza Regional N° 022-2007-GRP, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Puno.

Magistrados firmantes:

LANDA ARROYO
MESIA RAMIREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ALVAREZ MIRANDA

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMAS CUESTIONADAS
IV. ANTECEDENTES
- Fundamentación jurídica de la demanda y hechos relevantes.
- Contestación de la demanda.

V. FIJACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS EN ESTA MATERIA CONSTITUCIONAL
VI. VISIÓN PANORÁMICA DE LO ACTUADO: ITER PROCESAL Y SANEAMIENTO
VII. FINALIDADES DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y TIPOS DE INFRACCIONES
- Casos precedentes y línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional
- El Perú Estado unitario y descentralizado; distribución de competencias

VIII. FUNDAMENTOS
- El derecho a la identidad cultural.
- El derecho a la identidad cultural y su concretización a través de la jurisprudencia constitucional.
- La hoja de coca como expresión de la identidad cultural.
- Órgano competente para declarar a la hoja de coca patrimonio cultural.
- Eficacia de las sentencias constitucionales, omisiones legislativas y función de colaboración del Tribunal Constitucional.
- Las implicancias político sociales de reconocer áreas de cultivo tradicional.
- Excesiva competencia asumida por el Gobierno Regional de Puno.
- Vulneración de los principios de unidad, lealtad, taxatividad, cláusula de residualidad y tutela y control.

IX. EFECTO VINCULANTE DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD
VII. FALLO

EXP. Nº 0006-2008-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de junio de 2008, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra:

Los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional 022-2007 del Gobierno Regional de Puno y por conexidad los demás artículos.

II. DATOS GENERALES

2.1. Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad.
2.2. Demandante	:	Presidente de la República.
2.3. Normas sometidas a control	:	Artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional Nº 022, emitida por el Gobierno Regional de Puno
2.4. Normas constitucionales presuntamente vulneradas	:	Artículos 21 y 192

III. TEXTO DE LA NORMA CUESTIONADA

Ordenanza Regional Nº 022-2007 emitida por el Gobierno Regional de Puno:

"Artículo Primero.- Reconocer a la planta de Coca, como Patrimonio Regional, cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico histórico, alimenticio, medicinal e industrial, como símbolo del Pueblo quechua – aymara de la Región de Puno.

Artículo Segundo.- Reconocer como zonas cocaleras de cultivo tradicional a las cuencas de: Inambari y Tambopata en la Provincia de Sandia; y a la cuenca del Inambari en la Provincia de Carabaya; donde el volumen de cultivo guarde estricta relación directa con la carga familiar, el sueldo mínimo vital, o el equivalente a una UIT por mes, mientras no exista otra fuente de ingreso rentable. Asimismo declárese de interés regional el cultivo del arbusto de la hoja de coca debiéndose imponer políticas de revalorización de la misma, como recurso natural y patrimonial de Puno".

Artículo tercero.- El Gobierno Regional promoverá e impulsará la industrialización de la hoja de coca a través de la microempresa y pequeña empresa con fines alimenticios y medicinales; impulsando la constitución y gestión empresarial de los propios agricultores productores de la hoja de coca en sus propias cuencas cocaleras con la finalidad de generar valor agregado a la hoja de coca; de acuerdo a la Resolución Nº 016-94-INDECOPI-CLC, del 27 de julio de 1,994, previa licencia otorgada por el Ministerio de Agricultura y fiscalizado por ENACO.

Artículo cuarto: El Gobierno Regional de Puno deberá gestionar un nuevo padrón de productores de la hoja de coca en el ámbito de su jurisdicción (cuencas cocaleras de Sandia y Carabaya) a través de la Dirección Regional de Agricultura y ENACO de la Región Puno.

Artículo quinto.- Declárese de necesidad e interés regional, la creación del Instituto Científico de Investigación de la hoja de coca de la Región de Puno, con sede en las cuencas cocaleras de Sandia y Carabaya, como organismo científico – técnico, autónomo, educativo y promotor, dedicado a efectuar e impulsar estudios sobre las propiedades y virtudes de la hoja sagrada, hacia la humanidad, teniendo en consideración sus características químicas, bioquímicas, farmacológicas y nutracéuticas.

Artículo sexto.- En tanto no exista una política nacional para la protección de la planta de coca, deberá gestionarse la suspensión de la erradicación forzosa y biológica de la hoja de coca en las cuencas cocaleras de Sandia y Carabaya por constituirse en un ecodicio; que las fumigaciones destruyen la biodiversidad total de la zona fumigada, eliminando todo tipo de vida, la calidad del suelo y el medio ambiente.

Artículo Séptimo.- Que, el Gobierno Regional Puno, Gestione ante el Congreso de la República la derogatoria del Decreto Ley Nº 22095; ante el Tribunal Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley Nº 22095 y exigir una Ley nacional que controle el cultivo de la hoja de coca, que permita una fiscalización a la producción, la productividad, distribución, consumo, comercio e industrialización de sus derivados lícitos. Exigir al Gobierno Central, el retiro de la planta de hoja de coca del Artículo 2 del apéndice 1, de la lista de estupefacientes de la Convención Única de 1961 en la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Artículo Octavo.- La presente Ordenanza Regional será reglamentada por el Ejecutivo del Gobierno Regional de Puno, en un plazo de treinta (30) días calendario a partir de su publicación, en concordancia con las leyes y dispositivos legales vigentes.

Artículo Noveno.- Encargar a la Gerencia Regional de Desarrollo Económico, la publicación de la presente Ordenanza Regional en el Diario Oficial EL PERUANO.

Artículo Décimo.- Deróguese los dispositivos regionales que contravengan a lo dispuesto en la presente Ordenanza Regional.

Artículo Décimo Primero.- Dispensar la presente Ordenanza Regional del trámite de lectura y aprobación de Acta."

IV. ANTECEDENTES

4.1. Fundamentación jurídica de la demanda y hechos relevantes.

Con fecha 19 de marzo de 2008, el demandante interpuso demanda de inconstitucionalidad solicitan-do, como pretensión principal, se expulse del ordenamiento jurídico Peruano los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional N.º 022-2008 emitida por el Gobierno Regional de Puno. Agrega a su pedido, como pretensión accesoria declarar inconstitucionales los demás artículos de la cuestionada Ordenanza en razón de su conexidad.

Al efecto dice que la Ordenanza Regional fue aprobada por el Consejo Regional de Puno en sesión ordinaria del día 06 de noviembre de 2007, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Puno el 04 de noviembre del mismo año, y publicada en el boletín de normas legales del diario oficial "El Peruano" el 28 de febrero de 2008.

En cuanto a la vía procedimental señala que si bien es cierto que la Ordenanza Regional excede su competencia e invade la del Gobierno Nacional y por tanto el proceso competencial sería el correspondiente, también lo es que en el presente caso corresponde el proceso de inconstitucionalidad porque lo que se cuestiona es una competencia atribuida en una Ordenanza, que tiene rango de ley, pues así lo señala el artículo 110 del Código Procesal Constitucional que estatuye que *Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.*

Agrega que las competencias (exclusivas, compartidas y delegables) de los Gobiernos Regionales están expresamente señaladas en el artículo 192 de la Constitución Política, en los artículos 9 y 10 de la Ley27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, y en los artículos 35 y 36 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, no estableciéndose en ninguna de ellas que sea competencia del Gobierno Regional declarar patrimonio cultural, regional, etnobotánico, etc. a la planta de coca, ni mucho menos reconocer zonas de cultivo de la referida planta según los términos que utiliza la Ordenanzacuestionada. Refiere que las normas antes señaladas forman parte del bloque de constitucionalidad que debe ser respetado por toda Ordenanza y que la emisión de la norma en cuestión rompe el bloque de constitucionalidad constituyendo, en consecuencia, una infracción indirecta de la Constitución Política del Perú.

El recurrente sostiene también que el Estado Peruano es uno e indivisible, que se organiza según el principio de separación de poderes y que no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él, y como tal no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste. Sostiene por ello que debe entenderse que el diseño de las políticas nacionales y sectoriales es competencia exclusiva del Gobierno Nacional, de allí que se ha diseñado en las normas correspondientes cuáles son las competencias de los Gobiernos Regionales precisándose las competencias no asignadas a las Regiones corresponden al Gobierno Nacional.

Respecto al artículo primero de la Ordenanza en cuestión el actor sostiene que ésta ha violado el principio de Supremacía Constitucional y taxatividad, primero porque el artículo 21 de la Constitución Políticadel Perú y el II del Título Preliminar de la Ley Nº 28296, "Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación" señalan que ninguna de estas normas encargan dicha competencia al Gobierno Regional; y, segundo porque las competencias asignadas por la Constitución Política, la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales tampoco regulan que el Gobierno Regional tenga la facultad de declarar patrimonio cultural a algún bien material o inmaterial. En ese sentido añade que el inciso "i" del artículo 47 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala como función específica de éstos "*... conservar y proteger el patrimonio cultural...así como promover la declaración por los organismos competentes de los bienes culturales no reconocidos que se encuentren en la región...*", facultad que recae específicamente en el Instituto Nacional de Cultura, Biblioteca Nacional

y el Archivo General de la Nación, según sea el caso, instituciones que conforman el Gobierno Central y no el Regional.

En cuanto al segundo artículo de la norma sometida a control constitucional el demandante señala que esta disposición ha legalizado como zonas de cultivo de coca a todos los valles que están dentro de la circunscripción de su región. Afirma asimismo que el artículo 26 de la Convención Única sobre estupefacientes (firmada por el Estado Peruano en Nueva York el 30 de marzo de 1961) precisa que los Estados Parte de la Convención que permitan el cultivo del arbusto de coca deben establecer uno o más organismos oficiales con facultad para la designación de zonas de cultivo. Refiere también que siguiendo las recomendaciones de la Convención se ha creado un organismo que diseña la política nacional antidrogas y limita las áreas de cultivo de coca. Esto es posible porque el artículo 8 de la Constitución Política del Perú señala que la facultad de reprimir el narcotráfico corresponde al Gobierno Nacional y el artículo 2º del Decreto Legislativo 824, "Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas", modificado por ley 27629, dispone que DEVIDA es el organismo encargado de diseñar y conducir la política nacional de lucha contra el consumo de drogas; afirma en consecuencia que la facultad de reconocer zonas de cultivo de coca tampoco es facultad del Gobierno Regional.

Sostiene el actor que los artículos tercero y cuarto de la norma cuestionada son inconstitucionales porque los únicos entes que pueden otorgar licencia para la industrialización y comercialización de la hoja de coca son el Ministerio de Agricultura y la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) según lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto Ley 22095 y porque además la creación del Instituto de Investigación es potestad del Gobierno Central.

Fundamenta que el artículo sexto de la Ordenanza se equivoca cuando afirma que no existe una política nacional para la protección de la hoja de coca y que su erradicación supone muerte biológica del arbusto; el recurrente sostiene al efecto que el Gobierno ha implementado una política nacional que consiste en la erradicación de cultivos de coca promoviendo la siembra de productos alternativos y que la erradicación biológica está prohibida por el D.S. 004-2000-AG. Considera que esta situación provoca un estado de desinformación de la población que conllevaría a un grave problema de inestabilidad social si se repitiera en otras regiones del país.

Expone que el artículo sétimo al buscar la derogatoria del Decreto Ley 22095 persigue dejar sin efecto una norma que prohíbe la formación de nuevos cultivos y que de ser así se promovería en realidad la elaboración de drogas. Solicitar el retiro de la hoja de coca de la lista de estupefacientes de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, como requiere la Ordenanza, sería igualmente promover el tráfico ilícito de drogas.

Añade a su demanda el hecho de que el Tribunal Constitucional ya ha emitido sentencia, que constituye cosa juzgada, recaída en el expediente acumulado 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC declarando fundada la demanda de inconstitucionalidad contra Ordenanzas emitidas por los Gobiernos Regionales de Cuzco y Huánuco que declararon patrimonio cultural de la nación al arbusto de coca. Sostiene igualmente que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad suponen ley negativa, y son vinculantes a todos los sectores de la población, es decir tienen efectos generales y en consecuencia acarrean la prohibición de emitir una norma igual a la que ha sido declarada inconstitucional. Solicita por ello que el Tribunal adopte medidas eficaces para evitar que esta se vuelva una práctica usual entre los Gobiernos Regionales y se sancione drásticamente al infractor de la Constitución. Considera así que esta nueva ordenanza viola los artículos 201 y 204 de la Constitución Política del Perú pues ha a vuelto declarar patrimonio cultural a la hoja de coca, desafiando abiertamente la disposición del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional disposiciones legales iguales y anteriores.

Finalmente sostiene que la Ordenanza Regional es parte de una estrategia de ruptura del orden constitucional que destruiría la Política Nacional antidrogas y terminaría por favorecer al narcotráfico. Así anexa a su demanda informes emitidos por DEVIDA y ENACO que dicen que solo el 0.75% de la coca producida en las cuencas del Inambari y Tambopata es destinada al uso industrial de ENACO en tanto que el 99.25% restante va destinado al narcotráfico que en la zona ha generado violencia y muerte.

4.2. Contestación de la demanda

El Presidente del Gobierno Regional de Puno, don Pablo Fuentes Guzmán y el Consejero Delegado del Consejo Regional del Gobierno Regional de Puno, don Juan Sacachipana Sacachipana contestan la demanda solicitando sea declara infundada en base a lo siguiente:

Respecto al exceso o invasión de competencia señalan que esto no es así porque los principios de dinamicidad y subsidiaridad estatuidos en los incisos b) y f) del artículo 4º de la Ley 27783, Ley de Bases dela Descentralización, permiten la progresión de las Competencias. Sostienen que dichos principios están en concordancia con los incisos 5 y 10 del artículo 192 de la Constitución. Por todo ello dicen que la Ordenanza Regional 022-2007 se encuentra dentro de la "Competencia Atípica", por que está en consecuencia se encontraría dentro del marco del ordenamiento jurídico.

Señalan igualmente que el Ministerio de Agricultura tiene como competencia regular la política de desarrollo agrario de la Región a través de la Dirección Regional Agraria de Puno fijando los índices de producción, consumo, comercialización, fijación de precios, áreas cultivadas, fijación de fines lícitos, etc. de los productos agrícolas incluida la hoja de coca. Consideran que la referida competencia de la Dirección Regional Agraria es compartida con el Gobierno Regional de Puno de acuerdo al Plan Anual de Transferencia de Competencia.

Agregan que no existen normas que prohíban al Gobierno Regional de Puno regular los aspectos del Sector Agrario de su Región y por ende el Consejo Regional (máximo órgano de la Región) puede producir normas jurídicas primarias y secundarias regionales a favor del productor agrario como lo ha hecho con la Ordenanza 022-2007 que regula el tema de la hoja de coca. Por ello afirman que la competencia asumida es constitucional y así lo prevé el artículo 192 inc. 5, 10 de la Constitución Política del Perú en concordancia con el artículo 1, 2, 3 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesina.

Sostienen que la Ley, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (28296), no regula expresamente la facultad de declarar a la hoja de coca patrimonio cultural de la Nación pero que, en cambio, los artículos 1, 2, 3 y 4 inc. h) de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, la Ley 28495, Ley de protección al acceso a la diversidad biológica del Perú, la Ley 28216 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos así como el artículo 2 inc. b), 11 de la Ley 27811, Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura, si regulan esa facultad a favor del Gobierno Regional. Entienden por esto que existe conflicto entre las normas antes señaladas por lo que resulta necesaria la aplicación de los incisos 2, 13, 15, 16, 19 22 y 24 del artículo 2 de la Constitución, así como los artículos 3, 7, 38, 51, 88, 89 y los incisos 5 y 10 del artículo 192 de nuestra Constitución.

Sobre la afectación a los principios de unidad, lealtad, taxatividad y cláusula de residualidad expresan que el actor interpreta erróneamente la Ordenanza en cuestión porque ésta no tiene la intención de afectar la soberanía ni desintegrar la estructura del Estado.

En cuanto a lo expuesto sobre el tema de la regulación normativa regional opuesta a políticas nacionales afirman que la Ordenanza no está contra la Política Nacional anti narcótica sino que postula promover espacios de inclusión cultural, económico y social porque consideran que existe ausencia significativa del Estado en la Región que promueva políticas razonables y eficaces garantizando el desarrollo económico de la Región. Por ello solicitan se profundice el proceso de descentralización y se aperturen mecanismos de participación política de la ciudadanía en las decisiones del Estado.

Los recurrentes señalan también que de conformidad con el artículo 45 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, es competencia del Gobierno Nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, correspondiéndoles a los gobiernos regionales definir, normar, dirigir y gestionar sus políticas regionales en concordancia con las políticas nacionales, significando entonces que en dicho extremo existiría competencia compartida, es decir competencia permisiva para el diseño de políticas en la actividad agropecuaria del sector Agricultura, incluyendo la Hoja de Coca, de manera que la Ordenanza Regional cuestionada es parte de la política de desarrollo agropecuario de la región Puno, diseñada por la Dirección Regional Agraria Puno, que no se contrapone a las decisiones de políticas del Estado.

Sostiene por tanto que la Ordenanza Regional cuestionada es válida por estar acorde a la Constitución, puesto que se trata de norma jurídica regional que regula un asunto de interés regional, siendo aplicable los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 24656, es decir está de acuerdo al modelo de interpretación jurídica y al método sociológico en la interpretación constitucional.

Finalmente señalan que el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulado) que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra las Ordenanzas Regionales sobre la Hoja de Coca emitidas por los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, no es igual al del caso presente porque tiene como premisa menor un supuesto de hecho relevante diferente al caso de la Ordenanza Regional del Gobierno Regional de Puno. Afirman por todo ello que con esta demanda se pretende restringir el derecho fundamental de los pueblos indígenas, especialmente el derecho esencial protegido a favor de las comunidades campesinas y sus miembros, por lo que debe aplicarse lo estatuido en el artículo 2 inc. b), artículo 11, de la Ley 27811, en concordancia con el artículo 1. 2, 3 y 4 inc. h) de la Ley 24656, y artículo 192, incisos 5 y 10, de la Constitución Política del Perú, correspondiendo implementar políticas de desarrollo económico, cultural y social acorde a las particularidades que expresa una propia identidad cultural del sur andino concretamente en la ceja de Selva de la región de Puno.

V. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS EN ESTA MATERIA CONSTITUCIONAL

De lo expuesto en el escrito de la demanda de inconstitucionalidad y su contestación se extrae que los puntos controvertidos en materia constitucional son:

- Determinar en quien recae la competencia para declarar patrimonio de la nación a la hoja de coca.
- Determinar en quien recae la competencia para declarar zonas de cultivo de la coca.
- Determinar si la competencia asumida por el Gobierno Regional de Puno es excesiva.
- Determinar si existe violación a los principios de unidad, lealtad, taxatividad, cláusula de residualidad y tutela y control.

VI. VISION PANORÁMICA DE LO ACTUADO: Iter Procesal y Saneamiento.

6.1. La demanda fue admitida a trámite por resolución de fecha 25 de marzo del 2,008, en la que el Tribunal consideró que ésta cumplía los requisitos de fondo y forma para su admisión establecidos en los artículos 202 y 203 de la Constitución Política del Perú y artículos 98 y sub siguientes del Código Procesal Constitucional.

6.2. Admitida a trámite la demanda de inconstitucionalidad y de acuerdo al artículo 89 del Código Procesal Constitucio-nal se corrió traslado de ésta al Órgano emisor de la Ordenanza cuestionada, esto es al Gobierno Regional de Puno, y por ello el Consejero Delegado del Consejo Regional del Gobierno Regional de Puno, Sr.

Juan Sacachipana Sacachipana, interpuso excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Sostiene que la demanda tiene hechos y pretensiones inconexas, que no tiene orden y que solo se limita a copiar textualmente lo que el Tribunal Constitucional ha resuelto en la sentencia recaída en el expediente 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC.

6.3. A su turno el Procurador Público Regional del Gobierno Regional de Puno, Walter Gustavo Chávez Mamani, se apersonó al proceso y solicitó la ineficacia del auto admisorio de demanda afirmando que la demanda no cumplía con un requisito de forma, es decir, faltaba anexar el Acuerdo del Consejo de Ministros con la determinación de formular demanda de inconstitucionalidad.

6.4. Mediante resolución de fecha 05 de junio de 2008 el Tribunal admitió como apersonado al proceso al Consejero Delegado del Consejo Regional del Gobierno Regional de Puno, Sr. Juan Sacachipana Sacachipana y declaró improcedente la excepción propuesta por éste fundamentando que la redacción de la demanda para este colegiado no ha sido y no es ni oscura ni ambigua porque su texto presenta con la claridad suficiente lo que el demandante quiere en su pretensión, que no es otra cosa que la declaración de inconstitucionalidad de una Ordenanza Regional que por su texto y espíritu hace una declaración en relación a la hoja de coca, que, a decir del demandante, no tiene la facultad para ello.

6.5. En concernencia a la solicitud de ineficacia del auto admisorio de demanda propuesta por el Procurador Público Regional del Gobierno Regional de Puno este colegiado emitió resolución de fecha 05 de junio de 2008 fundamentando que la Resolución Suprema N° 052-2008-JUS, que se adjuntó como anexo de la demanda en versión a la publicación en el diario oficial El Peruano del día 19 de marzo del 2008, dice que la determinación por el Poder Ejecutivo de llevar a cabo la formulación de la demanda que da origen al presente proceso se hizo con el correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros, lo que para este Tribunal resultó suficiente y por tanto decidió admitir a trámite la demanda. Sin embargo atendiendo al pedido del Procurador el Tribunal solicitó al Presidente del Consejo de Ministros remitir la copia certificada del Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado hecho que se cumplió dentro del plazo fijado por el Tribunal.

6.6. Respecto a la vía procedimental debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que el tema de fondo versa sobre el presunto ejercicio excesivo de competencia asumido por el Gobierno Regional de Puno y en consecuencia la demanda debiera tramitarse bajo las reglas del proceso competencial, también lo es que dicha competencia ha sido expresada y arrogada en una Ordenanza que, como norma con rango de ley, es susceptible de ser cuestionada únicamente mediante el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad que se plantea ante el Tribunal Constitucional en instancia única según lo ha previsto el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú en concordancia con el inciso 1 del artículo 202 e inciso 1 del artículo 203 de la acotada. Por su parte el artículo 110 del Código Procesal Constitucional es aplicable al presente caso por cuanto establece que:

"Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad".

6.7. Resueltas las excepciones y cumplidas las exigencias para los procesos de inconstitucionalidad establecidas en los artículos 202 y 203 de la Constitución Política del Perú y artículos 98 y sub siguientes del Código Procesal Constitucional este Colegiado declara saneado el proceso y en consecuencia queda el proceso de inconstitucionalidad en Estado de pronunciamiento de fondo.

VII. Finalidades del Proceso de Inconstitucionalidad, supremacía constitucional y tipos de infracciones:

1. El proceso de inconstitucionalidad tiene como finalidad inmediata la defensa de la Constitución, en su condición de Ley suprema, frente a normas de menor rango que la contravengan y como finalidad mediata impedir la aplicación de dichas normas cuando éstas puedan generar afectaciones concretas a los derechos fundamentales de los individuos.

2. No está demás recordar que la doctrina ha señalado que la Constitución es la norma de normas o norma subordinante porque es obra del Poder Constituyente (pueblo); en ella se reconocen los derechos fundamentales del ser humano, se establecen las reglas básicas de convivencia social y política, y además crea y regula el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma.

3. Lo expuesto en el fundamento precedente ha sido recogido por el artículo 75° del Código Procesal Constitucional cuando señala que el proceso de inconstitucionalidad, tiene por finalidad

"la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa."

Este precepto contiene el principio de jerarquía normativa que nos dice que cualquier otra norma con rango menor está sometida a la supremacía de la Constitución resultando que una norma con rango de ley será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma suprema; en consecuencia, el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango, está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución.

4. En el presente caso están en discusión normas que delimitan el ámbito competencial de distintos órganos constitucionales por lo que, además de la aplicación del principio de jerarquía normativa, es menester acudir al

principio de competencia para determinar la validez o invalidez constitucional de la norma con rango de ley cuestionada. Así el artículo 79º del Código Procesal Constitucional establece que

"Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

5. Por otra parte el artículo 75º del Código Procesal Constitucional señala que la infracción a la jerarquía normativa de la Constitución, puede ser: a) por la forma o por el fondo; b) parcial o total; y, c) directa o indirecta; sin embargo, el recurrente no ha precisado en qué tipo de infracción incurre la Ordenanza que es sometida a control constitucional. Se afirma en el escrito de demanda que la Ordenanza afecta el bloque de constitucionalidad por lo que estaríamos frente a un caso de infracción indirecta, que significa que existe incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó: a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa, b) La regulación de un contenido materialmente constitucional y, c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales; tal es el caso de la Ley de Bases de la Descentralización. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales incoadas.

Casos precedentes y línea Jurisprudencial del Tribunal Constitucional:

6. En el año 2005 los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco emitieron las Ordenanzas Regionales 031-2005-GRC/CRC y 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, respectivamente, que declararon a la planta de la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico y además reconocieron como zonas de producción tradicional de carácter legal al territorio de sus circunscripciones.

7. Frente a dichas Ordenanzas el Presidente de la República, a través de su representante designado especialmente para ello, demandó la inconstitucionalidad de las referidas Ordenanzas y realizado todo el iter, procesal el Tribunal declaró fundada la demanda en la sentencia recaída en el expediente 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC (acumulados) y en consecuencia expulsó del ordenamiento jurídico dichas normas legales.

8. El presente caso tiene como petitorio la declaración de inconstitucionalidad de una Ordenanza Regional que ha declarado patrimonio cultural a la planta de coca, razón por la que el Presidente de la República demanda su inconstitucionalidad por considerar que vulnera la Constitución; en consecuencia, nos encontramos frente a un caso similar al resuelto en la sentencia recaída en el referido expediente 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC (acumulados) que constituye caso precedente, por lo que en algunos puntos el Tribunal se limitara a ella siguiendo su línea jurisprudencial en forma armoniosa y coherente.

El Perú Estado unitario y descentralizado; distribución de competencias

9. El artículo 43º de la Constitución Política del Perú señala que:

"El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes"

El Estado constituye una unidad, un todo, un universo; no obstante la vertiginosidad con la que avanzan los Estados modernos y la creciente población, que suma miles de millones en algunos casos como China, han creado la necesidad de transferir el poder, elemento básico para gobernar, a órganos especializados para una mejor administración del Estado. Es indudable que quien gobierna necesita del poder y lo ejercita para bienestar del componente social. El poder del Estado en consecuencia es único, pero hay que diferenciar el Estado unitario del centralista; en este último el poder recae en un solo órgano que se convierte en dominante de los poderes locales y particulares en los que además la subordinación orgánica al poder central es absoluta, con autoridad investida con competencias normativas en el Gobierno Central. En el Estado unitario y descentralizado en cambio el poder no se encuentra concentrado en un órgano único sino que se permite la posibilidad de transferir facultades de gobierno a entidades, denominadas por algunos como "organismos constitucionales autónomos", que ayudan al desarrollo integral de la política nacional (artículo 189 de la Constitución), con poder incluso para dictar normas de ámbito territorial, pero en atención a las competencias asignadas por la propia Constitución del Estado que, como se dijo, constituye una unidad, razón ésta por la que un organismo del Estado al que se le ha conferido una parte de ese poder no puede ir mas allá de lo que la propia Constitución le asigna.

10. Nuestro país tuvo una concepción centralista por muchos decenios y su política gubernativa estuvo destinada a un grupo minoritario hasta que abandonó esa idea y adoptó la descentralización a partir dela Constitución de 1979, apenas hace poco más de 20 años. El proceso de descentralización (artículo 188 de nuestra Constitución) ha tenido en cuenta que el Perú se caracteriza por tener una geografía extraordinaria y que existen pisos altitudinales que van desde los cero hasta los 6800 metros sobre el nivel del mar, que han formado de manera natural microclimas, regiones y microregiones naturales en los que se ha asentado grupos humanos que se adapta a sus circunstancias en los que cada microclima y cada región es radicalmente contrario al otro y precisamente ese contraste ha creado necesidades propias en cada grupo humano que genera a su vez costumbres propias como ajenas, totalmente diferentes unos de otros grupos. Como resultado de esto tenemos un país pluricultural, pluriétnico y plurilingüista con tendencia a la descentralización.

11. El legislador constitucional atendiendo a la realidad antes descrita ha desarrollado un proceso de descentralización que responde a esa realidad nacional concreta, por lo que ha creado Gobiernos locales y Regionales en los que sus gobernantes son elegidos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución) y representan precisamente a los intereses de cada región a la par que se sujetan a políticas que responden a necesidades propias. Aun cuando los Gobiernos Regionales se rigen bajo preceptos propios, la Constitución les ha asignado a estos gobiernos autónomos un conjunto de competencias (artículo 192° de la Constitución) que los distinguen entre ellos y del Gobierno Central.

12. El propio Tribunal en los casos precedentes ha señalado que las competencias de los órganos constitucionales pueden ser:

a. Competencias exclusivas: Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales. Serán positivas si son susceptibles de ser delegadas o negativas si son privativas del órgano respectivo, es decir, no sólo exclusivas sino también excluyentes.
b. Competencias compartidas: Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con los principios de cooperación y de tutela y control de los organismos constitucionales autónomos, según se verá luego.
c. Competencias delegadas: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

13. Las competencias asignadas a los Gobiernos Regionales se encuentran taxativamente establecidas en el artículo 192 de la Constitución cuando señala que:

Artículo 192.-
Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

1. *Aprobar su organización interna y su presupuesto.*
2. *Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.*
3. *Administrar sus bienes y rentas.*
4. *Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.*
5. *Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.*
6. *Dictar las normas inherentes a la gestión regional.*
7. *Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.*
8. *Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.*
9. *Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.*
10. *Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.*

14. Las demás atribuciones inherentes a su función las encontramos en el inciso 10 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, que en primer lugar recoge lo establecido por la Constitución, y son:

Artículo 10.- Competencias exclusivas y compartidas establecidas en la Constitución y la Ley de Bases de la Descentralización:

Los gobiernos regionales ejercen las competencias exclusivas y compartidas que les asigna la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización y la presente Ley, así como las competencias delegadas que acuerden entre ambos niveles de gobierno.

1. Competencias Exclusivas

Son Competencias Exclusivas, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N° 27783, las siguientes:

a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
b) Formular y aprobar el Plan de Desarrollo Regional Concertado con las municipalidades y la sociedad civil de su región.
c) Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto.
d) Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades.
e) Diseñar y ejecutar programas regionales de cuencas, corredores económicos y de ciudades intermedias.
f) Promover la formación de empresas y unidades económicas regionales para concertar sistemas productivos y de servicios.
g) Facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura, la agroindustria, la artesanía, la actividad forestal y otros sectores productivos, de acuerdo a sus potencialidades.
h) Desarrollar circuitos turísticos que puedan convertirse en ejes de desarrollo.
i) Concretar acuerdos con otras regiones para el fomento del desarrollo económico, social y ambiental.
j) Administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal.
k) Organizar y aprobar los expedientes técnicos sobre acciones de demarcación territorial en su jurisdicción, conforme a la ley de la materia.
l) Promover la modernización de la pequeña y mediana empresa regional, articuladas con las tareas de

educación, empleo y a la actualización e innovación tecnológica.

m) *Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad, y proponer las iniciativas legislativas correspondientes.*

n) *Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad.*

o) *Otras que se le señale por ley expresa.*

2. Competencias Compartidas

Son Competencias Compartidas, de acuerdo al artículo 36 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización Nº 27783, las siguientes:

a) *Educación. Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo.*

b) *Salud pública.*

c) *Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente.*

d) *Gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental.*

e) *Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales.*

f) *Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales.*

g) *Competitividad regional y la promoción de empleo productivo en todos los niveles, concertando los recursos públicos y privados.*

h) *Participación ciudadana, alentando la concertación entre los intereses públicos y privados en todos los niveles.*

i) *Otras que se le delegue o asigne conforme a Ley.*

15. A todo esto hay que agregar lo dispuesto en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación que establece que:

Artículo I.- Objeto de la Ley
La presente Ley establece políticas nacionales de defensa, protección, promoción, propiedad y régimen legal y el destino de los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación.

Artículo II.- Definición
Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley.

16. Tratándose en el presente de temática de puro derecho es preciso verificar si el Gobierno Regional de Puno emitió la Ordenanza de acuerdo a los criterios establecidos por la Constitución Política del Perú, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación que establecen los principios de unidad y lealtad regional, taxatividad, cláusula de residualidad y tutela y control.

VIII. Fundamentos

17. Antes de ingresar a las cuestiones propuestas, este tribunal considera necesario dejar establecido su posición institucional con relación al derecho a la identidad cultural que ha sido alegado por la parte emplazada como sustento para ejercer su competencia como Gobierno Regional al declarar a la planta de la Hoja de Coca como patrimonio Regional, cultural inmaterial en la Región Puno. El Tribunal considera que esta es una ocasión pertinente para precisar algunos de los contornos del alegado derecho a la identidad cultural, así como reiterar nuestra línea jurisprudencial con relación a la relevancia histórica y cultural del cultivo así como del uso tradicional de la hoja de coca, por parte de las diferentes comunidades que integran nuestro territorio nacional. Esto porque, no es la primera ocasión en que este Colegiado debe deslindar su postura con relación al uso tradicional de la hoja de coca y su incidencia en las competencias de los gobiernos regionales.

8.1. El derecho a la identidad cultural

18. El derecho a la identidad cultural fue introducido como "novedad" en el texto constitucional de 1993, al establecerse en su artículo 2°, inciso 19), el derecho de toda persona:

"19) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad".

19. La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de "(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico"[1]; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie.

20. La identidad étnica, como especie del género "identidad cultural", ha merecido también atención de la comunidad internacional. Así, el artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que:

"Artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

21. El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término "vida cultural" utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos.

22. A partir de esta consideración, y conforme lo señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esto significa, considerando lo hasta aquí expuesto, que el artículo 2°, numeral 19) de la Constitución, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, se robustece en su interpretación a la luz del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y, supone al mismo tiempo, un compromiso del Estado peruano con la comunidad internacional, en la medida que el Perú ha ratificado dicho Pacto con fecha 28 de abril de 1978 y, en la medida también, que conforme al artículo 55° de la Constitución, "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional".

8.2. El derecho a la identidad cultural y su concretización a través de la jurisprudencia constitucional.

23. Este Colegiado ha hecho algunas precisiones en anteriores pronunciamientos en torno a la dimensión de la protección constitucional que otorga el artículo 2°, inciso 19), al considerar que mediante dicha disposición,

(...) el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la nación peruana: su multiculturalismo y plurietnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado, "el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58). (STC 0020-2005-AI/).

24. En otra ocasión, este Tribunal también ha manifestado que los derechos que reconoce la Constitución en el mencionado artículo 2°, vistos en conjunto con lo previsto en el artículo 21°, y a partir de la dimensión constitucional de la dignidad humana como premisa antropológica,

(...) constituyen la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias (STC 0042-2004-AI/).

25. La identidad cultural, como elemento de integración de la sociedad en el marco del pluralismo que profesa el Estado Democrático y Constitucional, también es concebida como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social, es decir, de imprimirle cualidades que posibiliten su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto y tiempo determinado, así como de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales, por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales.

26. Estas expresiones culturales, que corresponden a una sociedad pluricultural y multiétnica compatible con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que alienta y promueve el respeto a las diferencias, han sido valoradas por este Tribunal como expresiones de un patrimonio inmaterial, mientras que los bienes culturales a que se refiere el artículo 21° de la Constitución[2], han sido valorados como expresión del patrimonio cultural materializado.

27. En tal sentido, la identidad que se construye a través de representaciones o manifestaciones culturales concretas o materiales, expresa una doble dimensión de la cultura. Por un lado, constituye expresión de la "obra cultural" de un pueblo o grupo social, como puede ser un monumento, una construcción, un telar, o una determinada práctica social etc.; y, por otro, también expresa la "identidad emotiva", es decir, tiene la virtud de lograr adhesiones a partir de su constitución como expresión cultural de un grupo social. Esta comprensión emocional de determinados bienes materiales puede, por tanto, llegar a convertirse en expresión de cultura e identidad de un grupo social determinado que, por ello,

debe ser tutelada por el Estado en el marco del artículo 21° de la Constitución.

28. De este modo, la identidad cultural de los grupos sociales y, de las personas en general, se construye a partir de un conjunto de percepciones de carácter objetivo- subjetivo, respecto a una serie elementos culturales y de representación. Estos elementos y practicas sociales caracterizan a los grupos humanos, definiéndolos, individualizándolos y diferenciándolos de otros grupos, y generando entre ellos lazos de pertenencia. Pueden ser de diversa índole: lingüísticos, religiosos, políticos, históricos, (identificación con un pasado común), costumbres ancestrales, paisajes naturales monumentos históricos restos arqueológicos, monumentos de importancia arquitectónica, producción material e inmaterial, entre otras posibilidades por agotar. En cuanto expresión de la cultura de un pueblo, los elementos que forman su cultura, así como sus prácticas ancestrales y, en general, el patrimonio cultural de los pueblos, puede también ser tutelados como expresión del derecho a la identidad cultural, en la medida que representan la vida cotidiana mantenida a través del tiempo que refleja la historia y las aspiraciones de un grupo o una comunidad.

29. La protección que deba brindarse a la identidad cultural como derecho subjetivo que se sustenta en tales manifestaciones culturales, importa no obstante la identificación de qué debe considerarse como patrimonio cultural. Una primera respuesta a dicha cuestión la ofrece la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (Ley N.° 28296), dispositivo destinado a establecer políticas nacionales de defensa y protección de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la nación. El artículo II de su Título Preliminar, en efecto, define a los bienes integrantes del mismo en los siguientes términos:
Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del que hacer humano –material o inmaterial– que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo (...)

8.3. La hoja de coca como expresión de la identidad cultural

30. En este sentido, este Colegiado ha tenido ocasión de establecer que, aunque en el marco de lo que establece la Convención sobre la protección del patrimonio Mundial cultural y natural, aprobado por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, suscrita por el Perú, el 24 de febrero de 1982,
"(...) la planta de la hoja de coca, en tanto especie vegetal, no es susceptible de ser declarada como patrimonio cultural ni natural en un sentido material"; ello sin embargo no "no supone, desconocer su carácter de elemento biológico cuya utilización con fines terapéuticos y medicinales le otorga una protección especial, en tanto, patrimonio cultural inmaterial." (STC 020-2005-AI/TC FJ 104)

31. Con relación al concepto de patrimonio cultural inmaterial, este Colegiado ha precisado que se trata del,

"(...) conjunto de las expresiones culturales y sociales que, heredadas de sus tradiciones, caracterizan a las comunidades, lo que ha determinado que estos bienes inmateriales se hayan afirmado y terminado imponiéndose a nivel internacional como una noción capital para comprender las identidades culturales de los pueblos, y es la que ahora nos permitirá abordar la naturaleza de la planta de la hoja de coca."
En tal sentido hemos establecido con relación a la hoja de coca que:
"(...) en tanto especie natural cuya utilización para un fin determinado, debe recibir un régimen de protección especial conforme al Derecho Internacional, pero fundamentalmente dentro de los alcances de la Constitución, pues la promoción de la cultura constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44° de la Constitución. De ahí que el Estado, por mandato constitucional, deba respetar, todas aquellas manifestaciones culturales de las personas o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2° 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad (artículos 88°, 89° y 149° de la Constitución). (STC 020-2005-AI/TC FJ 106)

32. De este modo, cabe resaltar la íntima relación del cultivo y uso tradicional de la hoja de coca como parte de un conjunto de prácticas sociales, culturales, medicinales y de intercambio comercial, de determinadas comunidades de nuestro país, con el derecho reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución que protege el derecho a la identidad étnica y cultural, obligando al Estado a proteger estas manifestaciones como expresión del pluralismo que constituye el principio que define al Estado Constitucional y democrático de Derecho.

33. Ello no obstante, resta por ver si en el Estado Constitucional el reconocimiento del Derecho a la identidad cultural, genera per se un derecho o comporta la habilitación de competencias de modo que cualquier estamento del Estado pueda declarar que determinada práctica, social o ancestral pueda ser declarada como patrimonio cultural de la nación.

8.4. Órgano competente para declarar a la hoja de coca patrimonio cultural

34. La cuestión que debe responderse en este caso estriba, entonces, en establecer si el Gobierno Regional de Puno, tiene o no habilitada su competencia para declarar al cultivo de la hoja de coca "(...)como Patrimonio Regional, cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico histórico, alimenticio, medicinal e industrial, como símbolo del Pueblo quechua – aymara de la Región de Puno", tal como se lee en el primer artículo de la Ordenanza Regional que se cuestiona en este Proceso.

En tal sentido, la presente demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo (a través del Ministerio de Justicia) contra la Ordenanza Regional N° 022-2007 emitida por el Gobierno Regional de Puno tiene antecedentes- como ya se adelantó- en las sentencias recaídas en los expedientes 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), en las cuales el Supremo Intérprete declaró inconstitucionales ordenanzas similares a la actual, emitidas por los Gobiernos Regionales de Huánuco y Cuzco.

34. En dicha sentencia recaída en los expedientes ya mencionados el Tribunal Constitucional exhortó:

1) Al Congreso a reconocer a la hoja de coca como Patrimonio Cultural de la Nación. En este tema el TC señaló textualmente en el fundamento 111 que: "Todo lo dicho, evidencia que desde hace siglos el uso tradicional (chaccheo, mágico religioso, ceremonial y medicinal) de la planta de la hoja de coca, forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2° 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución).
   Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.°28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional."
2) Al INC a evaluar la conveniencia técnica de esa declaración como patrimonio cultural inmaterial
3) Al Poder Ejecutivo y a DEVIDA a concretar el Programa de Desarrollo Alternativo. En este otro punto el Tribunal fundamentó que:
   Fundamento 146: "Para tales efectos, exhorta al Poder Ejecutivo, y particularmente, a DEVIDA, ha adoptar todas las medidas necesarias para concretar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.° 006-2005-PCM. En tal sentido, de conformidad con los lineamientos de la política de dicha estrategia, corresponde a DEVIDA, entre otras acciones, promover el desarrollo alternativo sostenible en los ámbitos del programa mediante actividades lícitas y el mejoramiento de los servicios sociales, de infraestructura y otros que eleven el nivel de vida de la población; propiciar las condiciones adecuadas para alentar la actividad privada a través de proyectos de impacto económico, social y ambiental, con la participación de los gobiernos regionales, locales y organizaciones de base; facilitar el acceso de productos competitivos procedentes de la actividad agropecuaria, acuícola, y servicios rentables a mercados de nivel local, regional, nacional e internacional; priorizar programas de crédito para proyectos productivos rentables de pequeña y mediana escala en los ámbitos del programa; así como para las pequeñas empresas ubicadas en dichos ámbitos, realizando coordinaciones sectoriales, regionales y locales pertinentes; desarrollar proyectos de generación de mano de obra temporal paralelo a los programas de erradicación y auto-erradicación, a fin de no presentar vacíos en la generación de los ingresos familiares; y considerar la participación de la población en los programas y proyectos, especialmente de las Comunidades Nativas a fin de mejorar sus condiciones de vida y evitar el incremento de cultivos de coca"

8.5. Eficacia de las sentencias constitucionales, omisiones legislativas y función de colaboración del Tribunal Constitucional.

35. Han transcurrido poco más de dos años desde que se dictó la aludida sentencia, que tiene efectos erga omnes, y el Congreso de la República aun no ha cumplido con reconocer a la hoja de coca como Patrimonio Cultural de la Nación. Vista la directa relación con el derecho reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución, este Colegiado considera que dada la directa relación con los conflictos sociales y jurídicos que viene propiciándose a raíz de la falta de actuación del legislador a efectos de satisfacer la razonable aspiración de los pueblos y grupos sociales directamente vinculados con el cultivo tradicional de la hoja de coca, se ha ido configurando un supuesto de omisión legislativa que es posible de control por parte de este Colegiado.

36. En efecto conforme ha sido reconocido de manera creciente por la doctrina constitucional, en la situación actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, mediante el proceso de control de constitucionalidad de la ley, no sólo es posible el control de las actuaciones positivas del legislador a través de la emisión de leyes, sino que también, en muchos casos, se vuelve imperativo la vigilancia de su desidia o inacción, cuando dicha inactividad viene ordenada por imperio de la Constitución. En tal sentido en el Derecho comparado se ha reconocido que estamos frente a un supuesto de omisión legislativa controlable en sede de la justicia constitucional: a) cuando ha transcurrido un periodo razonable y el órgano legislativo no ha emitido la norma exigida desde la Constitución; b) la existencia de un mandato claro sobre la obligación de legislar; c) la posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional, de modo que el ocio del legislador pueda ser superado con la actuación del órgano jurisdiccional[3].

37. Es verdad que la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas, como lo hace

por ejemplo la Constitución portuguesa de 1976[4]o la brasileña de 1988[5], no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad.

38. Ello muestra que la tesis de la división de poderes en el marco del actual desarrollo del Estado Constitucional, se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales. En este marco, el control de las omisiones del legislador se corresponden con una tesis básica respecto del valor de la Constitución como marco, pero también como orden fundamental. En tal sentido como lo ha precisado Alexy, "Lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible"[6]

39. En este esquema metodológico, puede establecerse que el control de la acción positiva del legislador, está en directa relación con lo que es "constitucionalmente imposible". Cuando la actividad del legislador a través de la ley incursiona dentro de este ámbito, la actuación del Tribunal se orienta a eliminar dicha intromisión prohibida por la Constitución. En cambio el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es "constitucionalmente necesario" y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente aquello que es "solo constitucionalmente posible" se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta "constitucionalmente necesario".

Constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta "constitucionalmente necesario".

40. Si no fuera posible desde la jurisdicción constitucional la exigencia de determinadas acciones al legislador en sentido positivo, buena parte del modelo de garantía de los derechos no serían posibles de atender, puesto que el Estado Constitucional se sustenta no sólo en un haz de posibilidades de acción negativa por parte del Estado, sino que la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, importa una serie de acciones positivas sin las cuales el modelo sería incompleto. De modo que la necesidad de que los órganos judiciales puedan activar la acción de los demás poderes, no hay que buscarla necesariamente en un mandato expreso del constituyente, en la medida que se trata de un mandato más sustancial que formal y que responde a la misma esencia del modelo de reparto de atribuciones y competencias de los poderes públicos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales.

41. En esta dirección la doctrina ha reafirmado la necesidad de la inclusión del control de las omisiones, entre otras razones, en virtud a: a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza "social" del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las "obligaciones constitucionales", en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales[7]

Omisiones de la Ley y omisiones del legislador

42. Establecida la necesidad del control de las omisiones del legislador, conviene ahora detenernos en identificar las formas en que suele presentarse estos supuestos de control por parte del Tribunal Constitucional. En este punto, la doctrina suele distinguir las omisiones absolutas u omisiones del legislador de las omisiones relativas u omisiones de la ley. Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamenta. Las omisiones de la ley u omisiones relativas en cambio están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. Se presentan en el control de constitucionalidad de un precepto normativo en el que, como ha señalado la jurisprudencia alemana, se constata, "la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio"[8]. De ahí que el parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas sea el principio constitucional de igualdad.

43. Respecto a la configuración de una omisión absoluta o total, la doctrina discute si esta se presenta sólo después de transcurrido un lapso de tiempo prudencia en que la acción legislativa no se ha desarrollado o ella

puede deducirse del simple mandato constitucional y opera desde el momento mismo de la promulgación de la Constitución. En este sentido, como lo ha manifestado Villaverde Mendez, "El deber constitucional no consiste en hacer algo en un determinado plazo, sino en hacerlo desde el momento en que la Constitución está vigente; aunque la fijación de ese momento quede al albur de la decisión del legislador. Si el legislador puede decidir sobre cuándo cumplir con el permiso o la orden constitucional, su inactividad no puede interpretarse sin más contraria a la Constitución".

44. Siendo ello verdad, no obstante, tratándose de derechos fundamentales, el silencio del legislador no puede quedar sujeto a el derecho comparado también ha desarrollado una serie de mecanismo a efectos a ese "albur de la decisión del legislador" como si tratara de una simple promesa que el tiempo termine por extinguir, en la medida que corresponde a los jueces la tutela de los derechos constitucionales en el actual Estado Constitucional, y son ellos quienes pueden establecer una línea de diálogo y comunicación con el Poder Legislativo a través de sus sentencias.

45. En este sentido, dos son los mecanismos que suelen utilizarse a efectos de remediar los problemas que presenta las omisiones por parte del legislador en el tiempo. A) en primer lugar la apelación al plazo razonable, como un tiempo prudencia que permita cubrir la omisión; b) la fijación de un plazo fijo por parte de las instancias judiciales. La teoría del plazo razonable es en realidad un instrumento utilizado por los jueces constitucionales frente al legislador en el control sobre todo de los silencios de la ley constitutivos de una inconstitucionalidad por omisión (omisiones relativas) para disponer de la vigencia de la voluntad legislativa. Con el supuesto fin de atemperar el fallo de las sentencias que aprecian su existencia, el juez constitucional deja en precario la validez de la ley impugnada por omisiva, pues, en el caso de declarar la inconstitucionalidad por omisión, no se anula el precepto legal omisivo, sino que la sentencia recomienda al legislador que en un plazo razonable remedie esa omisión, so pena de que, transcurrido ese plazo a juicio del juez constitucional, una nueva impugnación de esa misma ley abocará a que se declare, ahora sí, nulo el precepto en cuestión.

Omisiones constitucionalmente explícitas y omisiones de configuración jurisprudencial

42. En el Derecho comparado actualmente no ofrece mayores resistencias la necesidad del control de las omisiones ordenadas de manera explícita por la Constitución. Este es el caso por ejemplo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental o crea un órgano constitucional delegando a la ley su configuración o regulación. Los supuestos de mandatos explícitos a legislar, constituyen normas constitucionales dirigidas al legislador y su control puede hacerse en sede jurisdiccional siempre que pueda desprenderse un mandato explícito y la inacción del legislador se haya constatado a lo largo de un periodo razonable.

43. Distintos son los supuestos en que la constatación de la omisión, sólo se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constatación en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa. Aquí se trata de concebir a la acción de los órganos judiciales, y en especial del Tribunal Constitucional, como instituciones que colaboran con el desarrollo y efectividad de las cláusulas constitucionales de modo que, en el desarrollo de sus contenidos pueden avizorar, con conocimiento de causa la necesidad de que los contenidos constitucionales no se desvanezcan o diluyan ante la pasividad de los poderes constituidos. Se trata de la vigilia de la Constitución en su dinámica cotidiana.

44. En este sentido, conviene precisar en este punto, que las omisiones constatadas a través de la actuación de los órganos judiciales, en especial, por la actividad del Tribunal Constitucional, se configuran como mandatos normativos que se proyectan con efecto erga omnes conforme al artículo 204° de la Constitución y los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional y que en consecuencia se derivan de la actuación de los órganos judiciales en su labor de defensa del orden jurídico constitucional, así como de su misión de tutela de los derechos fundamentales.

Configuración de un supuesto de omisión legislativa por delimitación jurisprudencial en el presente caso.

45. Tal como ya ha quedado establecido en el fundamento 34, este Colegiado ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la relación entre el derecho a la identidad cultural previsto en el artículo 2.19 de la Constitución y la necesidad de que el legislador actúe en el marco de sus competencias declarando la naturaleza de patrimonio cultural inmaterial del cultivo de hoja de coca. En dicha ocasión este Colegiado dispuso de manera precisa:

"Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2° 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución).

Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.°28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional."

46. Con base en este precedente jurisprudencial este Tribunal está en condiciones de establecer que dado el

tiempo transcurrido desde entonces (mas de dos legislaturas ordinarias), se ha configurado un supuesto de omisión legislativa por delimitación jurisprudencial del derecho a la identidad cultural previamente desarrollado por este Colegiado y que incluye entre sus supuestos normativas, la necesidad de que el Estado actúe reconociendo legislativamente las diversas manifestaciones culturales y tradicionales, entre ellas, la relevancia cultural milenaria del cultivo y utilización tradicional de la hoja de coca en las diferentes comunidades y espacios geográficos de nuestro país.

47. En este sentido, el Tribunal considera que el legislador está obligado a actuar en la próxima legislatura emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los pueblos andinos y amazónicas que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca. Esto además en la necesidad de prevenir permanentes conflictos frente a la frustración que general la inactividad de los poderes públicos con relación al reconocimiento de este tipo de derechos tan profundamente arraigados en la cosmovisión de las diferentes nacionalidades y culturas que habitan en nuestro territorio nacional.

Sobre las cuestiones planteadas en el presente caso

48. Resta ahora analizar si la actuación del Gobierno de Puno, invade las competencias del gobierno central con la emisión de la ordenanza materia de este proceso. Esto acarrea dos controversias, una de tipo formal y la otra de fondo. La primera está referida al accionar del Gobierno Regional de Puno, el cual no puede declarar a la hoja de coca como patrimonio cultural, pues no es competencia que le esté asignada taxativamente por la Constitución o demás leyes. El propio Tribunal ha expresado en los fundamentos 85 y 86 de la citada sentencia que la declaración de patrimonio cultural es responsabilidad del Gobierno Nacional a través del Instituto Nacional de la Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación.

"Así las cosas, la Constitución (artículo 192°) no reconoce expresamente a los gobiernos regionales la competencia para declarar un bien como Patrimonio Cultural de la Nación; lo que no obsta para que dichos gobiernos puedan realizar propuestas a fin de que un determinado bien sea declarado Patrimonio Cultural de la Nación. En ese sentido, pues, estamos frente a una competencia compartida entre el gobierno central y los gobiernos regionales, en el sentido que, de acuerdo con el artículo 10° 2 f) de la LOGR, es competencia del gobierno central, a través del Instituto Nacional de Cultura (artículo VII de la Ley N.° 28296 —Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación—), la declaración de un bien como patrimonio cultural dela Nación, lo que no excluye, sin embargo, que los gobiernos regionales lo puedan proponer; claro está siempre que estas propuestas no afecten la integridad del Estado (artículo 189° de la Constitución) y se realicen en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, según dispone el artículo 192° de la Constitución".

Y la de fondo sería la supuesta "inconstitucionalidad por omisión" del Congreso de la República y el INC. Sin embargo el mismo fundamento 111 brinda las facilidades al INC para "evaluar" la conveniencia técnica de declarar patrimonio cultural inmaterial a la hoja de coca "de conformidad con el ordenamiento internacional", es decir dicha declaración debe ajustarse a las normas internacionales.

49. El Perú forma parte de los países firmantes de la Convención de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) de 1961, en la que se adoptó el criterio de considerar a la hoja de coca como alucinógeno. Es por ello que en su informe anual 2007 sobre las drogas, la JIFE recomienda tanto a Perú como a Bolivia adoptar medidas para erradicar la costumbre del "chacchado" de la hoja de coca.

50. Si bien el Congreso debía declarar Patrimonio Nacional a la hoja de coca y el INC evaluar la conveniencia de declararla patrimonio cultural inmaterial, esta debía hacerse de acuerdo al ordenamiento internacional; es por ello que tanto el Congreso de la República como el INC al no haber publicado conclusiones claras y precisas sobre la viabilidad de considerar a la hoja de coca como patrimonio cultural, recaen en la figura de la "inconstitucionalidad por omisión". La inercia de estos organismos del Estado traducida en silencio e inacción conlleva a la tergiversación de sentencias del Tribunal Constitucional y a la promulgación de Ordenanzas como la sujeta a control.

51. Se debe distinguir además que la declaración de la hoja de coca como patrimonio cultural de la Nación tiene dos dimensiones: la primera de tipo jurídico y la segunda de carácter político. En la primera se debe analizar si esta declaración contraviene de alguna forma la Convención Internacional de 1961 y dicho análisis debe ser netamente jurídico. La segunda le corresponde al legislador nacional o a los funcionarios encargados y consiste en la toma de decisiones, es decir la declaración misma (parámetros, lineamientos, excepciones etc.)

52. El Estado Peruano no ha emitido declaraciones precisas y oficiales sobre el informe del año 2007 sobre las drogas realizado por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) de la ONU, en el que se recomienda a los gobiernos de Perú y Bolivia introducir medidas para evitar el uso de la hoja de coca en la industria e incluso como práctica tradicional del "chacchado".

53. Declaraciones con matiz de opinión afirman que el Gobierno del Perú se encuentra evaluando este informe y su grado de validez, así como que estaría estudiando una posición frente a la temática en comentario, la que tendrá que analizar el informe de la ONU y la realidad que dice que la población peruana que aún conserva dicha tradición del chacchado. La ministra de Justicia, Rosario Fernández, anunció que el Gobierno Peruano evaluará este informe, pues "todo lo que tenga que ver con la mejora y el cuidado de la salud del ser humano tiene que ser atendido". (Declaraciones vertidas en el diario El Comercio 5 de marzo del 2008).

54. En consecuencia habiendo este Colegiado determinado quien es el órgano competente para declarar a la hoja de coca patrimonio cultural, el artículo 1 de la ordenanza cuestionada resulta inconstitucional. Debe tenerse en cuenta que si la inacción del órgano competente continua y para evitar Ordenanzas masivas que declaren a la hoja de coca como patrimonio cultural, el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución tendría, irremediablemente, que analizar la viabilidad de considerar patrimonio cultural a la hoja de coca en relación con la Convención de 1961, desarrollando los motivos, impedimentos, o concordancias existentes en aplicación de la inconstitucionalidad por omisión realizando un desarrollo constitucional expreso. Con ello el TC no ha de estar atribuyéndose funciones distintas a las previstas en la Constitución y en su Ley Orgánica, sino que solo analizaría la viabilidad de la medida en relación con las normas nacionales y las internacionales. Por esto el TC se permite exhortar otra vez a los órganos anteriormente mencionados a establecer los lineamientos claros de la declaración patrimonial cultural de la hoja de coca, es decir los límites y efectos necesarios de la medida en cuanto a los cultivos de hoja de coca a nivel nacional y la política antidrogas del país.

8.6. Las implicancias político – sociales de reconocer áreas de cultivo tradicional.

Artículo 2º de la Ordenanza.

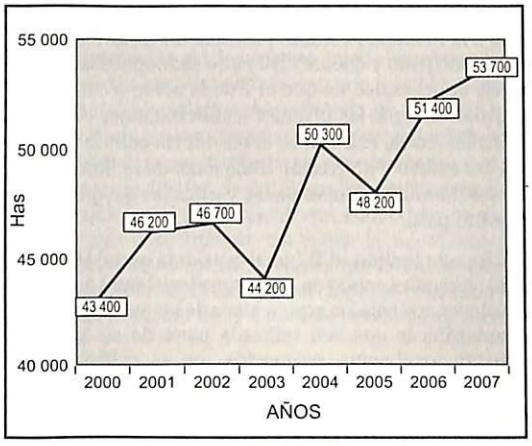
55. El artículo 2º de la Ordenanza Regional Nº 022-2007 del Gobierno Regional de Puno reconoce áreas de cultivo tradicional a las cuencas de Inambari y Tambopata en la provincia de Sandia y a la cuenca de Inambari en la provincia de Carabaya. Estas zonas de acuerdo a la descripción de la Ordenanza se dedican al cultivo "tradicional" de la hoja de coca.

56. Este Tribunal considera que para poder emitir un pronunciamiento al respecto debe partir de la realidad de las localidades señaladas y la relación que guardan con otras zonas de vivencias similares. Lo primero que se debe estudiar es el número de hectáreas de cultivo, la producción de la hoja de coca a nivel nacional en las zonas descritas, para luego ver las cifras que se estiman sobre su uso tradicional tanto en la región como en la elaboración de productos industriales a través de ENACO.

57. Según los datos publicados por el Observatorio Peruano de Drogas (OPD) la superficie de cultivo de coca, expresada en hectáreas ha aumentado en el año 2007 dejando la cifra en 53,700 hectáreas.La OPD toma como fuente al Sistema Nacional de Monitoreo en colaboración con la ONUDD.

58. Esas 53,700 hectáreas producen alrededor de 115 000 TM de coca que es el total producido por el país. De ese número solo 9 000 TM son cultivos legales y aún peor ENACO solo compra 3 500 TM. Con esto llegamos a las conocidas cifras que el total de coca destinada al consumo tradicional o a la industria es del 7.82% y el 92.18% restante es destinada al narcotráfico.

Gráfico 1
SUPERFICIE DE CULTIVO DE COCA



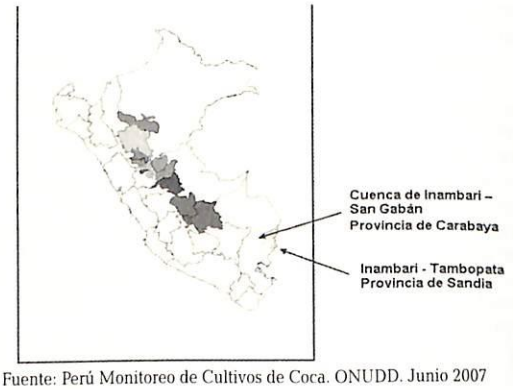
Fuente: Sistema Nacional de Monitoreo en colaboración con la ONUDD
Elaboración: OPD – DEVIDA

59. Sin embargo son muchas las regiones donde encontramos áreas de cultivo de la hoja de coca, no pudiendo de manera prematura y automática atribuirle todo el total y porcentaje destinado a las zonas referidas en la Ordenanza Regional.

60. El gráfico 2 muestra las áreas de cultivo de la hoja de coca. Así aparecen las zonas de Inambari y Tambopata en la provincia de Sandia y San Gabán en la provincia de Carabaya, todas ellas mencionadas en la cuestionada Ordenanza (Fuente: Perú Monitoreo de Cultivos de Coca. ONUDD. Junio 2007).

61. En la Ordenanza Regional Nº 022-2007 se realza el valor tradicional y patrimonial del recurso en las cuencas de Inambari y Tambopata en Sandia y la cuenca de Inambari en Carabaya, es por eso que se debe analizar la relación que guardan el número de hectáreas cultivadas con el consumo tradicional de la zona y que se detalla en el gráfico número 3 (Elaboración del gráfico OPD – DEVIDA).

Gráfico 2



Fuente: Perú Monitoreo de Cultivos de Coca. ONUDD. Junio 2007

Gráfico 3

VALLES	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Alto Huallaga	13,636	14,481	15,286	13,646	16,900	16,039	17,080	17,217
Apurímac-Ene	11,475	12,600	14,170	14,300	14,700	15,530	15,813	16,019
La Convención - Lares	13,914	13,980	12,170	12,340	12,700	12,503	12,747	12,894
San Gabán	**s.d**	**s.d**	**s.d**	**470**	**2,700**	**292**	**446**	**465**
Inambari - Tambopata	**1,511**	**2,520**	**2,430**	**2,260**	**2,000**	**2,250**	**2,366**	**2,864**
Aguaytía	2,529	1,051	1,070	510	500	917	1,570	1,610
Marañón, Putumayo, Amazonas	s.d	1,250	1,250	450	500	500	968	1,065
Palcazú - Pichis - Pachitea	340	350	350	250	300	211	426	1,148
Alto Chicama	s.d	s.d	s.d	s.d	s.d	s.d	s.d	400
Total redondeado	**43,400**	**46,200**	**46,700**	**44,200**	**50,300**	**48,200**	**51,400**	**53,700**

Elaboración: OPD – DEVIDA

62. En las áreas de San Gabán (Carabaya) e Inambari y Tambopata (Sandia) tenemos un total de 3329 Hectáreas cultivadas que de acuerdo a los datos recogidos anteriormente harían un total de 7129,14 TM de hoja de coca.

63. Según una encuesta realizada por el Instituto de Estadísticas e Informática (INEI) el máximo de consumo tradicional de la hoja de coca a nivel nacional es de 8 800 TM, y esta cifra disminuye anualmente(Según dicha encuesta factores como el de las migraciones influyen en la disminución del consumo tradicional, así también como el nuevo consumo industrial (filtrantes, mates, harina etc.)). En el informe presentado por DEVIDA se señala que ENACO en el año 2007 solo acopió 25,8 TM de hoja de coca de los valles de Inambari y Tambopata y de la Zona de San Gabán no acopió ni una sola tonelada pues no viene comercializando en esta zona (Informe presentado en la demanda).

64. Ahora sí podemos comprobar con estos datos que solo una parte de toda la producción de hoja de coca está destinada al consumo tradicional de la zona, y el resto (la mayor parte) está destinada al narcotráfico o a otros fines no lícitos.

65. Con la política antidrogas emprendida por el Estado a través de DEVIDA y plasmada en la "Estrategia Nacional de lucha contra las drogas 2007-2011" se busca como segundo y tercer objetivo básico la interdicción y desarrollo sostenible de las áreas productoras de la hoja de coca. Ello implica que estando en un Estado Constitucional de Derecho (STC N.º 0048-2004-AI/TC (FJ 11)) basado en una economía social de mercado (STC N. º 01963-2005-PA/TC (FJ 3- 9)), el Gobierno Nacional ha debido analizar las implicancias que tienen sus políticas en la zona en la que se piensa aplicar el programa y buscar el interés social sin descuidar el desarrollo individual de las personas, garantizando de esta manera su integral desarrollo y el respeto de sus derechos concebidos en la Constitución.

66. De un análisis directo de la situación en la que se encuentran las personas encontramos una realidad que tiene diferentes carencias que son de tipo:

- Económico
- Social
- Cultural – educacional
- Institucional

67. El primero por las condiciones y cifras económicas que muestran un panorama desalentador, el segundo por las distintas posiciones en cuanto al consenso y diálogo de la población y el Estado, el tercero por el escaso nivel educacional con que cuentan sus habitantes, y el cuarto por la carencia de reglas claras y de control por parte de las autoridades. En el gráfico 4 se ha elaborado un cuadro comparativo en el que se ubican algunas de las provincias productoras de hoja de coca y el puesto que ocupa en el ranking de pobreza dentro de las 194 provincias con las que cuenta el Perú (siendo 1 el menos pobre y 194 el más pobre) (Fuente: Informe sobre Desarrollo Humano – Perú 2005. PNUD).

Gráfico 4

DEPARTAMENTOS Y PROVINCIAS	POSICIÓN	DEPARTAMENTOS Y PROVINCIAS	POSICIÓN
AYACUCHO		PASCO	
Huanta	162	Oxapampa	84
La Mar	175	**PUNO**	
CUSCO		**Carabaya**	**118**
La Convención	152	San Antonio de Putina	115
HUÁNUCO		**Sandia**	**120**
Huamalíes	186	SAN MARTÍN	
Leoncio Prado	157	Tocache	101
Puerto Inca	194	UCAYALI	
Pachitea	193	Padre Abad	151
JUNÍN		LORETO	
Chanchamayo	57	Maynas	80
Satipo	91		

Fuente: Informe sobre Desarrollo Humano – Perú 2005. PNUD

68. Las provincias de Sandia y Carabaya ocupan los lugares 120 y 118 respectivamente, siendo esto un ejemplo de las condiciones económicas de la zona.

69. Según reportes del INEI en los valles de Inambari, Tambopata y San Gabán impera una extrema pobreza, que abarca el 51 % de la población. Entre todos sus cultivos (coca, café, cítricos etc) el ingreso anual promedio es de S/. 3 000 en Tambopata y de S/. 6 000 y S/. 15 000 en Inambari y San Gabán respectivamente. El cultivo que más les favorece es la coca.

70. En el plano social la Defensoría del Pueblo en su informe correspondiente al mes de mayo del presente advierte de un conflicto latente en el distrito de San Gabán provincia de Carabaya. Los problemas están referidos a consecuencias jurídicas de la oposición de los campesinos a la erradicación de sus cultivos de hoja de coca. (Informe Defensorial mes de Mayo del 2008: Distrito de San Gabán, provincia de Carabaya, Caso: Enfrentamiento entre la Policía Nacional y agricultores cocaleros (quienes protestaban en contra de la erradicación forzada de cultivos de coca) en las inmediaciones de la Hidroeléctrica de San Gabán).

71. En el plano educativo, la mayoría de la población campesina solo alcanza la educación primaria.

72. En lo institucional las autoridades distritales se encuentran en un proceso de constantes altercados con el gobierno provincial y regional así como con el nacional por la defensa de sus cultivos de hoja de coca.

73. En la Estrategia Nacional de lucha contra las drogas 2007 – 2011 se desarrollan tres objetivos estratégicos que DEVIDA desarrolla como sigue:

1. PREVENCIÓN DEL CONSUMO

Promover el desarrollo e institucionalización de políticas y programas de prevención y rehabilitación del consumo de drogas, desde los gobiernos regionales y gobiernos locales.

2. INTERDICCIÓN

Detener y disminuir sostenidamente los cultivos ilícitos, así como la producción, comercialización, tráfico de drogas y delitos conexos.

3. DESARROLLO SOSTENIBLE

Generar propuestas productivas, sociales y de infraestructura que sean sostenibles y participativas, orientadas al abandono del cultivo de coca para uso ilícito.

74. El segundo y tercer objetivo se encuentran estrechamente relacionados. La interdicción se ha venido ejecutando con la erradicación de la hoja de coca y el control de ENACO. Sin embargo la propuesta de desarrollo sostenible aún parece poco eficaz por factores como el precio de los productos alternativos, las condiciones de vida y la pasividad con la que estas se efectúan. Los programas internacionales y nacionales, públicos y privados han venido invirtiendo y prestando más apoyo a la zona central (sierra y selva centro) debido a que la mayor cantidad de producción cocalera se encuentra precisamente en estas áreas.

75. El artículo 2 de la Ordenanza Regional al reconocer las zonas de cultivo determina que "el volumen de cultivo guarde estricta relación directa con la carga familiar, el sueldo mínimo vital o el equivalente a una UIT por mes, mientras no exista otra fuente de ingresos rentable. Con este párrafo se condiciona la producción de la hoja de coca en las zonas ya reconocidas con un elemento económico que se configura en la calidad y el nivel de vida de los pobladores. Esto demuestra que de ser más efectivos los programas alternativos, Ordenanzas de este tipo se podrían evitar, e incluso los agricultores optarían por otros cultivos y no necesariamente por la hoja de coca.

76. Entonces los problemas referidos al "desarrollo sostenible" o "productos alternativos" son básicamente:

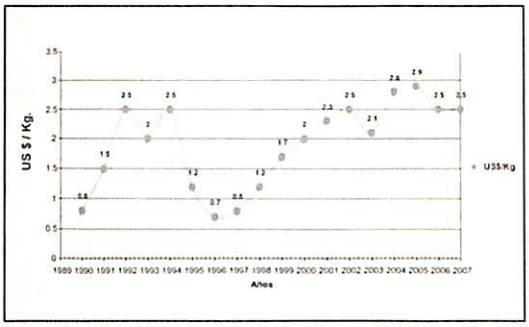
1. La pasividad política de los encargados de llevar a cabo este proyecto
2. Las condiciones de vida de los pobladores y la inacción por parte del Estado
3. La poca retribución económica que generan estos productos alternativos.

77. Como ya se manifestó anteriormente los proyectos de "cultivo de productos alternativos" aún no se han llevado a cabo a plenitud en la zona, el avance es lento y genera descontento en la población y en las autoridades. La mayoría de estos proyectos han sido efectuados en el centro del país descuidando estas zonas de Puno. Sin apoyo estatal y debido a las condiciones de vida de los pobladores de las cuencas declaradas como aptas para el cultivo de coca, resulta atractiva económicamente esta actividad frente a cualquiera de los otros productos que se proponen. Además el apoyo técnico, la capacitación y preparación para competir en el mercado con estos cultivos alternos es casi nula. La mayoría de estos pobladores no cuentan con servicios básicos, (51% en extrema pobreza), lo que dificulta aún más que sus familias puedan resistir el cambio o la transición entre la hoja de coca y otro producto alterno, ya que el período de adaptabilidad puede ser relativamente largo. El Estado (Nacional, Regional y Local) aún no ha llegado a la zona de forma activa. Su inacción favorece a los comerciantes del cultivo ilícito.

78. El tercer punto relaciona el precio de la hoja de coca (Tanto el precio legal como el ilícito) con el precio de los "productos alternativos". Aquí es evidente que el Estado no va a poder competir económicamente con los narcotraficantes. El precio promedio anual de la hoja es como lo indica el gráfico 5 (Fuente ONUDD 2008)

79. Sin embargo la ONUDD (Informe 2007 Drogas y Delitos en el Perú situación actual y evolución) ha manifestado que el precio de la hoja de coca varía de acuerdo a la oferta, es decir cada valle puede tener precios distintos de cotización de la hoja.

Gráfico 5

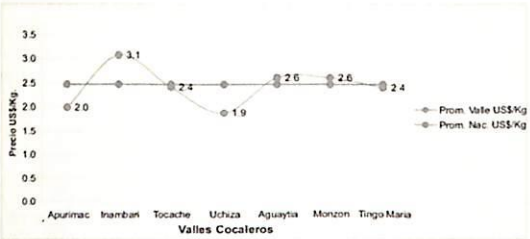


Fuente: ONUDD 2008

80. Del gráfico 6 se desprende que el precio más alto de la hoja de coca se da en la zona de Inambari, casi similar ocurre en las dos áreas cocaleras también reconocidas en la Ordenanza. Además el mismo informe señala que los precios están sujetos a variación la que es condicionada por los narcotraficantes quienes aprovechan la desesperación generada por las condiciones de vida, para comprar el producto.

81. Los productos alternativos que las Naciones Unidas proponen a través del Estado y de los mismos programas que vienen efectuando en algunas zonas de la Sierra y selva central son el café, el cacao, la palma aceitera, el pijuayo, el arroz, frutales (cítricos), y actividades como la apicultura, la ganadería, la agroforestería etc.

Gráfico 6



Fuente: ONUDD 2008

82. Hay que tener presente en esto que no todos los productos mencionados son cultivables en la zona, dadas las condiciones climáticas, riqueza de la tierra y desniveles del terreno en donde se cultiva o realiza la actividad. Así los productos cultivados en el plan "alternativo" son el cacao, el café, el pijuayo, los frutales (cítricos) que solo crecen en Tambopata (Monitoreo publicado por la OPD).

Gráfico 7
Convenio Perú - Naciones Unidas - Proyecto AD/PER/99/D96
Diversificación Agropecuaria

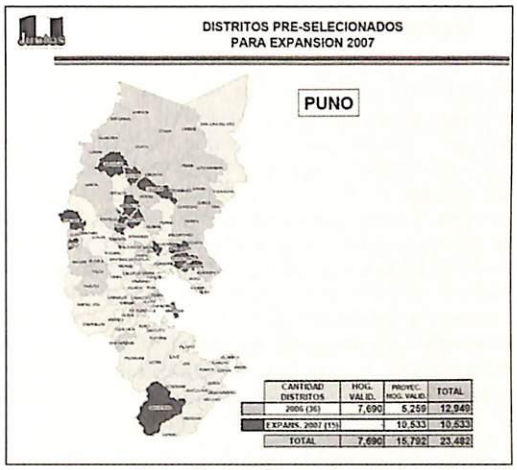
Cultivo	Valle	TOTAL								Rendimiento Esperado
		1999-2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	N° Fam. Beneficiadas	
Café Convencional	Inambari		46	62	62	62	62	62	188	Convencional CN 20 qq/Ha
	Tambopata	47	128	139	139	139	139	139	324	
Café Orgánico	Inambari	112	183	250	259	261	263	315	252	Orgánico RH: 15 qq/Ha RN: 20 qq/Ha
	Tambopata	175	298	369	437	508	541	612	523	
Cítricos	Inambari	19	35	71	78	85	87	89	40	RH: 20 TM/Ha RN: 40 TM/Ha
	Tambopata	35	69	84	98	114	126	132	90	
Cacao	Inambari		0	30	39	39	39	39	(1)	
	Tambopata		0	0	4	4	5	10	(1)	
Otros frutales (Palto, Plátano, Piña)	Inambari	11	18	26	27	27	27	27	(1)	
	Tambopata	43	84	86	95	114	129	129	(1)	
Cultivo Alimenticio (Frejol, Soya, Camote)	Inambari	110	154	180	187	197	200	208	(1)	
	Tambopata	164	200	243	292	338	380	395	(1)	
TOTAL		716	1 215	1 540	1 717	1 888	1 998	2 157	1 417	

Fuente: Monitoreo publicado por la OPD.

83. Ahora, el precio de estos productos no satisface las necesidades mínimas de la población y no tienen punto de comparación con lo que se obtiene con la hoja de coca al vendérsela a los narcotraficantes. Inclusive el precio que paga ENACO es de menos de la mitad, de lo que se obtiene con la otra forma.

84. Programas del gobierno que llegan a la zona como "Juntos" muestran altas cifras de atención, sin embargo esta aún es insuficiente en relación con las necesidades que verdaderamente tiene la población *(Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres "JUNTOS". Ver gráfico 8)*. Las expectativas de atención de este programa por ejemplo son elevadas, pero en última instancia solo sirven para mitigar momentáneamente las necesidades de los pobladores, más no aseguran un programa a largo plazo de desarrollo integral.

Gráfico 8



Fuente: Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres "JUNTOS".

85. De lo expuesto hasta aquí podemos encontrar y comprobar que las zonas declaradas como áreas de cultivo tradicional satisfacen la demanda del consumo tradicional e industrial, la cual es mínima en relación a la producción. El resto alimenta el narcotráfico.

86. La Ordenanza Regional 022-2007 del Gobierno de Puno, no es más que una manifestación de la desesperación de los pobladores de la zona por asegurarse las condiciones necesarias de vida mediante una agresiva atención vía políticas públicas de educación, salud, vivienda, etc. que garanticen el período de transición entre el cultivo de la hoja de coca y los otros propuestos, se evitarían conflictos innecesarios y el aumento del narcotráfico en el país.

87. El Estado así no puede reconocer como áreas de cultivo tradicional a las señaladas, pues se ha demostrado que alimenta el narcotráfico, sin embargo puede limitar la producción y las zonas de cultivo a lo necesario para el consumo y la industria, de aceptar esta práctica milenaria del chacchado y oponerse a las recomendaciones de la JIFE.

88. De no lograrse la inconstitucionalidad de la norma además se estaría reconociendo un centro de provisión de insumos para el narcotráfico que constituye un canal de distribución para el narcotráfico internacional de la zona sur del país, que nace en Puno, y crea un canal de distribución por Bolivia y Brasil. (ver Mapas sobre los canales de distribución de la coca en el país. Fuente: ONUDD – Informe 2007 Drogas y Delitos en el Perú situación actual y evolución -)

89. De esta manera es necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional 022-2007; sin embargo, el Gobierno Nacional debe tomar las medidas necesarias para cambiar la política hasta el momento ejercida, garantizando de esta manera el desarrollo de los pobladores de la zona y del país mediante la lucha contra las drogas en el país y su distribución en el plano internacional.

8.7. Excesiva competencia asumida por el Gobierno Regional de Puno.

90. En resumen, de lo expuesto en los fundamentos anteriores la competencia asumida por el Gobierno Regional de Puno de declarar a la hoja de coca patrimonio cultural y señalar que su cultivo es tradicional, y que por ende puede cultivarse a discreción dentro de la circunscripción del Gobierno Regional de Puno es excesiva, primero porque no es una que esté asignada en la Constitución y en las demás leyes, segundo porque no ha considerado la situación real del destino de la hoja de coca y tercero porque estando la producción, comercio e industrialización de la hoja de la coca relacionada al narcotráfico, según los índices expresados anteriormente, se hace evidente que constituye política nacional la lucha contra el narcotráfico, el consumo de drogas y la masificación e internacionalización de ésta. La Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación es clara cuando establece que:

Artículo I.- Objeto de la Ley
La presente Ley establece políticas nacionales de defensa, protección, promoción, propiedad y régimen legal y el destino de los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación

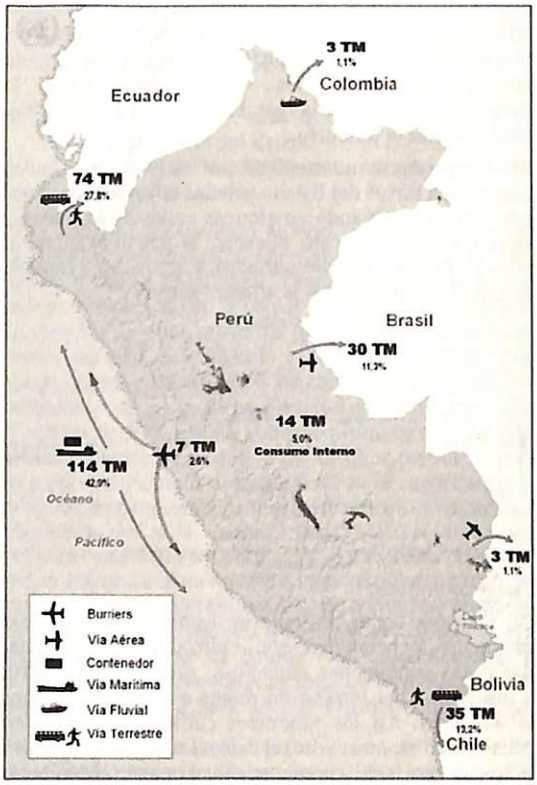
8.8. Vulneración a los principios de unidad y lealtad regional, taxatividad, cláusula de residualidad y tutela y control.

91. La norma en cuestión vulnera los principios de unidad y lealtad regional, taxatividad, cláusula de residualidad y tutela y control. Si bien es cierto que la Constitución Política señala que:

Artículo 191.- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.
También es cierto que la autonomía debe ejercerse bajo el principio de unidad y lealtad regional que dice Artículo 189º de la Norma Fundamental, establece que

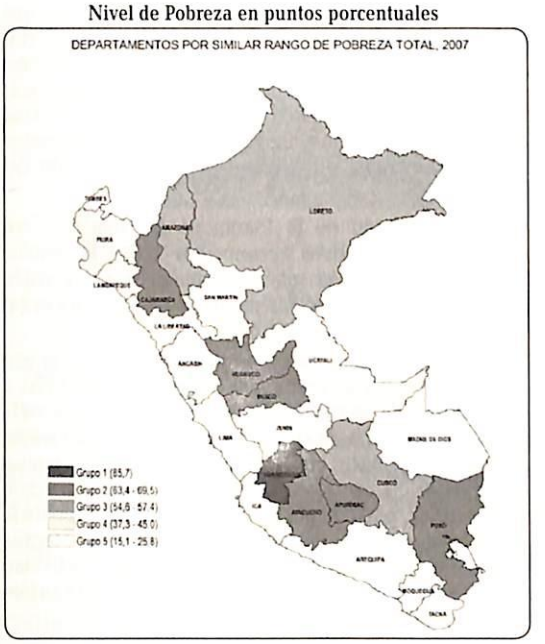
El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado de la Nación."

El principio de lealtad regional "...Opera como una garantía institucional, pues asegura que el proceso de descentralización no degenere en uno de desintegración en el que los gobiernos regionales puedan confundir el principio de autonomía que le ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 191º) con los de autarquía o soberanía interna..." (fundamento 44 del caso precedente)



Fuente: ONUDD – Informe 2007 Drogas y Delitos en el Perú situación actual y evolución

Nivel de Pobreza en puntos porcentuales



Fuente: ONUDD 2007.

"...Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal..." (fundamento 42 del caso precedente).

El Gobierno de Puno pone en riesgo y peligro la Política nacional antidrogas y al propio Estado porque otorga "carta en blanco" al cultivo, producción y comercialización de la hoja de coca que, como se ha visto, está destinado al narcotráfico, vulnerando con ello el principio de lealtad regional impuesto por la propia Constitución.

"...En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, prima facie, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional..." (fundamento 48 del caso precedente).

"...Los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad)..." (segundo párrafo del fundamento 49 del caso precedente).

Como se dijo anteriormente ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Gobierno Regional ni la Ley de Bases de la Descentralización le han asignado al Gobierno Regional de Puno la facultad de declarar a la hoja de coca patrimonio cultural Regional, es decir, esa función no está taxativamente regulada por lo que debe entenderse que es el ente superior, que en este caso es el Gobierno Nacional, quien tiene dicha facultad. La Ordenanza no ha seguido los lineamientos de la Política del Gobierno Nacional y ha asumido competencia que va más allá de lo previsto, por todo ello se ve afecta de inconstitucionalidad.

El artículo 199° de la Constitución señala que *"Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente".*

En "la medida que la regionalización se inserta dentro del proceso de descentralización, y éste se realiza "por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales", los gobiernos regionales están sujetos a instancias de control y tutela por parte de órganos nacionales competentes.

De este artículo debe entenderse no sólo que los Gobiernos están sometidos a control y fiscalización administrativa sino que además sus normas pueden estar sujetas a control constitucional cuando, activada la demanda de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional asume competencia para ello, tal como ha ocurrido en el presente caso.

IX. Efecto vinculante de la sentencia de inconstitucionalidad.

92. El Artículo 82 del Código Procesal Constitucional establece que: *"...Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación..."*

Las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.° 28301); considera que en el supuesto de que alguna autoridad o persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción deducida por el Gobierno Regional de Puno.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 1° y 2° de la Ordenanza Regional N.° 022-2008 de la Región Puno.
3. Declarar **INCONSTITUCIONALES** los demás artículos de dicha Ordenanza por conexidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
MESIA RAMIREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ALVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 00006-2008-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

1. Suscribo la presente sentencia porque estoy de acuerdo, en parte, con su fundamentación, así como con lo decidido en ella.

2. Sin embargo, no me ocurre lo mismo con respecto a lo consignado, esencialmente, en aquellos fundamentos mediante los que se pretende declarar a la planta de la hoja de coca como Patrimonio Cultural de la Nación de los que, con el debido respeto por la opinión de los demás miembros del Tribunal Constitucional, discrepo, razón por la que emito el presente fundamento de voto para dejar constancia de ello y, por tanto, a salvo mi opinión.

3. En efecto, mi principal discrepancia radica en la declaración de la Planta de la Hoja de Coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Cultural de la Nación, lo cual no es un asunto nuevo para este Tribunal, sino que, por el contrario, constituye una ratificación de lo anteriormente expuesto en la sentencia del 27 de septiembre de 2005 recaída en los Expedientes N.os 00020-2005-PI/TC y 00021-2005-PI/TC (acumulados), en particular, en el Fundamento N.° 111 y en el acápite N.° 4 de la parte resolutiva.

4. Y no comparto dicha declaración porque es necesario tener en cuenta que no hay información que permita creer que el uso de la planta de la hoja de coca, por medio del chacchado, constituyó una práctica popular en la sociedad incaica. Por el contrario, la costumbre fue introducida compulsivamente por los encomenderos españoles para que los indígenas trabajaran más horas sin descanso. En ese sentido, considero que dicho antecedente histórico, y su posible uso medicinal no la convierten en patrimonio cultural.

5. No hay estudios serios que permitan afirmar que la planta de la hoja de coca, más allá de sus efectos inmediatos, tenga nutrientes; su chacchado tiene como finalidad esencial insensibilizarse para trabajar más allá de las fuerzas de cada trabajador. Lo que el Estado debe propugnar es una mayor nutrición del campesino y mayores niveles de calidad en la alimentación del campesinado.

6. La aceptación de la Planta de la Hoja de Coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Cultural de la Nación solamente obedece a una visión política medrosa que acepta medias verdades para evitar enfrentar la realidad y corregirla.

7. Tiene, en efecto, usos adecuados para evitar el mal de altura y, posiblemente, como energético artificial a desarrollar en la agroindustria, lo cual, sin embargo, no la convierte en Patrimonio Cultural de la Nación con mayor derecho que la maca, por citar un ejemplo. Mucho menos la convierte en un instrumento válido para el ejercicio de la política, pues de por medio está la protección de la vida y la salud de los integrantes de la sociedad, atacada duramente por el tráfico ilícito de drogas, actividad que genera, a su vez, niveles inauditos de corrupción, inestabilidad política y violencia social.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] Azkin, Benjamín, Estado y Nación, FCE, México, 1968, pág. 34.

[2] Artículo 21°.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado (...).

[3] Así en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán: Cfr. Sagüés, Nestor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, segunda edición, Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 95.

[4] "Art. 279.- Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que la dicten en un plazo razonable", este artículo fue modificado en 1982, permitiendo el control de las omisiones al Tribunal Constitucional.

[5] "Art. 103.2o. Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días."

[6] Alexy, Robert, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. De Carlos Bernal, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 66, Madrid, 2002, p. 22.

[7] Fernández Rodríguez, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión. pag. 203

[8] *(Wilkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsauss chluss)*, Cfr. Fernandez Rodríguez, J. J. "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", en Revista de Estudios Políticos N°. 101, 1998, pg. 336.

Exp. N° 0014-2007-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República. Se declara la inconstitucionalidad, en parte, de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada].*

Fecha de Resolución: 4 de mayo de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 11 de mayo de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% de congresistas contra la Ley N.° 28991, de Libre Desafiliación; y, en consecuencia, inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones.

En tal sentido, precisó que los criterios establecidos en la presente sentencia son de alcance general y vinculan a todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional.

En vista de que resulta constitucionalmente exigible establecer una regla vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa y de conformidad con el artículo 65° de la Constitución, el Tribunal dispuso que se interprete que constituye causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y, como consecuencia el derecho de retorno al Sistema Público de Pensiones, la acreditación de que la decisión de afiliación al Sistema Privado de Pensiones fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.

Mientras se mantenga la afiliación no opera la prescripción

El Tribunal dispuso que tratándose de un acto de afiliación con violación del derecho fundamental a la información, es decir una violación continuada que persiste mientras la afiliación se mantenga, no opera ningún plazo prescriptorio para solicitar la nulidad del acto de afiliación en los supuestos de indebida, insuficiente y/o inoportuna información.

Asimismo, el Tribunal ordenó que a partir de la interpretación de los artículos 3.° y 15.° de la ley impugnada, acorde con el artículo 65° de la Constitución, debe entenderse que es obligación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de la Superintendencia de Banca, Seguros, Administradoras Privadas de Pensiones y de la Oficina de Normalización Previsional, hacer de conocimiento de los aportantes que una indebida, insuficiente y/o inoportuna información al momento de su afiliación a una AFP es causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones, señalándose los criterios que permitan determinar la existencia de esta causal. Esta información deberá ser difundida en la campaña informativa regulada por el artículo 3.°, e incluida claramente en el Boletín Informativo regulado por el artículo 15.° de la ley cuestionada.

Las pérdidas deben ser compartidas

El Tribunal también exhortó al Legislador y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones a que, en el más breve plazo posible, emitan normas

dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones sean asumidas también por el patrimonio de las AFP, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben, estableciendo determinados mecanismos a través de los cuales puede reducirse el margen de riesgo, mejorando el control de las inversiones y compartiendo las pérdidas generadas conforme lo señala en su fundamente 38), que a la letra dice:

- "Ordenar que cuando menos, un porcentaje significativo de las comisiones recibidas sea destinado a aminorar las pérdidas generadas en cada ejercicio mensual, destinándolo, por ejemplo al Fondo Consolidado de Reservas Previsionales".
- "Ordenar que las comisiones tengan un porcentaje variable que sea directamente dependiente del rendimiento del fondo en cada ejercicio".
- "Ordenar que sólo un porcentaje reducido de los fondos administrados sea invertido en la bolsa de valores, cuando menos, mientras se mantenga un escenario de crisis financiera internacional".
- "Ordenar que un porcentaje significativo de los fondos administrados sea invertido en rentas fijas o en valores más seguros como bonos por ejemplo".
- "Ordenar que las AFP deben brindar al afiliado, a los organismos competentes y a la opinión pública, una información detallada de los rubros en los que es invertido el dinero del fondo".
- "Crear un cuarto tipo de fondo de superlativa estabilidad para los asegurados próximos a jubilarse".
- "Ordenar que un porcentaje significativo de los fondos sea invertido en proyectos o capitales nacionales (infraestructura, por ejemplo), que aseguren un rendimiento y permitan un mejor control de la inversión realizada".
- "Regular la presencia de, cuando menos, un representante de los afiliados en el Directorio de las AFP".

Temas Claves: causales de desafiliación pensionaria - derecho a la igualdad - derecho a la información - derecho a la pensión - derecho a la propiedad - desafiliación pensionaria - desafiliación por falta de información - inconstitucionalidad por omisión - intangibilidad de los fondos pensionarios - sistema privado de pensiones - sistema público de pensiones.

EXP. N.° 00014-2007-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE CONGRESISTAS

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Del 4 de mayo de 2009

Proceso de Inconstitucionalidad

Más de veinticinco por ciento del número Legal de congresistas c/. Congreso de la República

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada

Magistrados firmantes

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DIPOSICIONES CUESTIONADAS
III. ANTECEDENTES
1. Argumentos de la demanda.
2. Argumentos de la contestación de la demanda.
IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
V. FUNDAMENTOS
§1. Delimitación del petitorio.
§2. Análisis de constitucionalidad de las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Público de Pensiones.
§2.1 El sistema previsional administrado por el Estado como "Sistema Público de Pensiones": precisiones interpretativas.
§2.2 Las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Pública del Pensiones previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
§2.3 La omisión por parte del legislador de incluir la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones.
§2.4 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el derecho a la igualdad.
§2.5 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el derecho fundamental a la información.
§3. Análisis de constitucionalidad de los mecanismos de información al trabajador regulados por la ley impugnada.
§4. Análisis de constitucionalidad de la obligación de afiliar al Sistema Privado de Pensiones a los trabajadores que no hayan optado por afiliarse a ningún sistema en un determinado plazo.
§5. Análisis de constitucionalidad del uso de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para asegurar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones.
§6. Análisis de constitucionalidad del cobro de comisiones por parte de las AFPs y de la supuesta afectación al derecho de propiedad de los aportantes.
§7. Deber constitucional de las AFPs de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones.
§8. Sentencias constitucionales y equilibrio presupuestal.
VI. FALLO

EXP. N.° 00014-2007-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE CONGRESISTAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de mayo de 2009, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas, representados por don Yonhy Lescano Ancieta, contra la Le N.° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de marzo de 2007.

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

Ley N.° 28991
Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada

TÍTULO I
LIBRE DESAFILIACION AL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y RETORNO AL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

Artículo 1°.- Desafiliación y retorno al Sistema Nacional de Pensiones
Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad.

Artículo 2°.- Desafiliación por derecho a pensión
Adicionalmente, podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado dé Pensiones (SPP) que al momento de su afiliación a este, cuenten con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP.

Artículo 3°.- Campaña de difusión p una decisión informada
El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP) desarrollaran una campaña de difusión a nivel nacional respecto de los alcances de la desafiliación, de los procedimientos que debe observar cada afiliado para culminar el trámite correspondiente y de las bondades de cada uno de los sistemas pensionarios existentes. Para tal fin, dichas instituciones deberán adecuar oficinas de consulta a nivel nacional.
Esta campaña durará tres (3) meses, luego de los cuales se iniciara el procedimiento de desafiliación.

Artículo 4°.- Procedimiento de la desafiliación
El procedimiento de desafiliación no deberá contemplar ninguna restricción a la libertad del trabajador para desafiliarse.
El procedimiento deberá considerar toda la información para que el afiliado tome libremente su decisión. La información relevante considera, por lo menos, el monto de pensión estimado en el SNP y en el SPP, el monto

adeudado por el diferencial de aportes y las constancias de haber cumplido con los requisitos de años de aporte para tener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y la ONP, entre otros. Dicho procedimiento será establecido por el reglamento de la presente Ley, a propuesta de la SBS.

Artículo 5°.- Transferencia de los aportes
Para el caso de los afiliados que opten por desafiliarse del SPP, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deben transferir directamente a la ONP el saldo de las Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), libre de aportes voluntarios sin fin previsional y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento. La rentabilidad generada en la CIC así como los aportes voluntarios con fin previsional y su respectiva rentabilidad acumulada servirán para compensar la totalidad o parte de la deuda originada por el diferencial de aporte.
Las condiciones y el plazo máximo de transferencia del saldo de las CIC y del Bono o Título de Bono de Reconocimiento a la ONP serán establecidos en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 6°.- Declaración Jurada
La desafiliación a que se refiere la presente Ley se realiza conforme a la voluntad del afiliado expresada en una Declaración Jurada, que será presentada al momento de la desafiliación.
En la Declaración Jurada debe constar de manera expresa que el afiliado ha sido adecuadamente informado acerca de las implicancias, la irreversibilidad y la conveniencia o no de su desafiliación, y de que los recursos provenientes de los aportes, la rentabilidad generada en la CIC y, de ser el caso, del Bono de Reconocimiento, pasan a formar parte de los recursos del SNP, por ser este un sistema de reparto.
(...)

TÍTULO II
GARANTÍA DE PENSIONES MÍNIMA Y COMPLEMENTARIAS
(...)

Artículo 14°.- Financiamiento de la Pensión Mínima y de las Pensiones Complementaria
El financiamiento del pago de la Pensión Mínima y de las Pensiones Complementarias, a que se hace referencia en la presente Ley, es cubierto con los recursos y la rentabilidad del Fondo Consolidado de ReservasPrevisionales - Bono de Reconocimiento de forma mensual, una vez agotados los recursos del CIC y del Bono de Reconocimiento, de ser el caso. Los mecanismos específicos de pago serán definidos en el reglamento de la presente Ley.

TÍTULO III
DERECHO A INFORMACIÓN OPORTUNA Y SUFICIENTE

Artículo 15°.- Información oportuna y suficiente
El MTPE, en coordinación con la SBS y la ONP, aprueba y publica en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación masiva un "Boletín Informativo" sobre las cara teristicas, las diferencias y demás peculiaridades de los sistemas pensionarios vigentes. Dicho Boletín debe incluir, como mínimo, la información sobre los costos previsionales, los requisitos de acceso a pensión, los beneficios y las modalidades de pensión que otorga cada sistema, y la información relacionada con el monto de la pensión.

Artículo 16°.- Entrega del Boletín Informativo
El empleador debe entregar a aquellos trabajadores no afiliados, que ingresen por primera vez a un centro laboral, una copia del "Boletín Informativo" a que se refiere el artículo 15 a fin de que decida libremente su afiliación.
El trabajador tendrá un plazo de diez (10) días, contados a partir de la entrega del "Boletín Informativo", para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez (10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. Vencido este último plazo, sin que el trabajador hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema, o no se hubiese ratificado en la decisión adoptada, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.° 054-97-EF.
El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece las sanciones por el incumplimiento de esta obligación por parte del empleador.
(...)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA.- Podrán desafiliarse del SPP todos los afiliados que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, que se encuentran bajo el alcance de la Ley N.° 27252, cuando cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP.
(...).

III. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

Con fecha 9 de mayo de 2007, los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, alegando que es incompatible con los derechos fundamentales a la libre elección del sistema pensionario, a la igualdad ante la Ley, a la libertad de información, a la intangibilidad de fondos y reservas de la seguridad social y a la propiedad.

Los fundamentos de la demanda, son los siguientes:

- Señalan que los artículos 1 ° y 2° de la ley, resultan discriminatorios, pues han excluido los otros supuestos de válido retorno al Sistema Público de Pensiones, previstos en la STC N.° 1776-2004-AA/TC, entre ellos, la indebida información de la que puede haber sido víctima el trabajador al momento de afiliarse al Sistema Privado de Pensiones. Con ello, refieren que han dejado fuera de los beneficios del retorno al Sistema Público a una amplia gama de trabajadores, afectándose el derecho de libre elección del sistema pensionario, reconocido en el artículo 11° de la Constitución.

Refieren que no pretenden defender un retorno irrestricto, sino tan sólo un retorno parcial, en los términos desarrollados por el Tribunal Constitucional.

- Sostienen que el artículo 16º de la ley, en concordancia con el artículo 6º del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.º 054-97-EF, obliga a una afiliación compulsiva al Sistema Privado, violando la libre elección del sistema pensionario.
- Alegan que la ley cuestionada ignora al universo de trabajadores que fueron víctimas de información engañosa, información insuficiente o falta de información al momento de afiliarse al Sistema Privado Pensiones, motivo por el cual este bloque de afectados deben tener el derecho de retorno al Sistema Público de Pensiones.
- Sostienen que la norma cuestionada, que en teoría fue elaborada para informar, en realidad avala una campaña de desinformación, puesto que no ordena que se dé a los trabajadores toda la información respecto a las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionarios.
- Argumentan que el artículo 14° de la ley, al permitir que sea el Estado el que se haga cargo de garantizar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones, con dinero del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, afecta la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social, prevista por el artículo 12° de la Constitución. Refieren que lo que debería ocurrir es que tal pago se encuentre a cargo de las Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones.
- Respecto a la violación del derecho de propiedad, refieren que la ley dispone que el trabajador que decida retornar al Sistema Público de Pensiones, lo haga con su Cuenta Individual de Capitalización y su rentabilidad, olvidando consignar la devolución de parte de las comisiones percibidas, con lo cual habría un enriquecimiento ilícito a favor de las AFP. Por lo tanto, consideran que la devolución de parte de las comisiones abonadas debe ser un derecho de todos los trabajadores que retornen al Sistema Público.

2. Argumentos de la contestación de la demanda.

Con fecha 16 de julio de 2007, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- Sostiene que los artículos 1 ° y 2° de la ley cuestionada no contravienen el mandato constitucional de libre acceso a las pensiones (artículo 11 ° de la Constitución), toda vez que las referidas disposiciones constituyen un límite válido al derecho fundamental a la pensión, pues respetan su contenido esencial, y no suprimen ni interfieren en la elección que los ciudadanos puedan realizar respecto de los regímenes previsionales existentes.
- Expresa que en lo que concierne a la libre desafiliación tal cual está regulada en los referidos dispositivos, resulta válido que se produzca un retorno condicionado y con requisitos, dado que, conforme lo ha establecido por el Tribunal Constitucional, no resulta viable establecer un libre e irrestricto traslado.
- Refiere que el Tribunal Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de las medidas dictadas por el legislador a través de la Ley N.º 28991, al señalar que la relación entre esta ley y el precedente vinculante (STC N.º 1776-2007-PA), es una relación de integración jurídica, antes que de jerarquía o de exclusión.
- Alega que el artículo 16° de la ley no supone una afiliación compulsiva al Sistema Privado, sino que tiene por finalidad cumplir con el deber del Estado de garantizar la debida información de los ciudadanos para el libre acceso a los sistemas pensionarios. En tal sentido, el artículo 15º de la ley, establece la creación de un Boletín Informativo, y es a partir de su entrega, cuando empieza a computarse el plazo de 10 días para que el trabajador tome una decisión. Añadido a ello, la norma otorga al trabajador un plazo de 10 días adicionales a efectos de que ratifique o cambie su decisión luego de lo cual, de no expresar su voluntad, será afiliado al Sistema Privado de Pensiones. Agrega que esta disposición recoge lo establecido en el artículo 6° de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, norma que no es pasible de control de constitucionalidad al haber operado el plazo prescriptorio.
- Afirma que los artículos 3°, 4°, 6° y 15° de la ley garantizan los mecanismos adecuados a fin de proveer a los afiliados la información cierta y suficiente que les permita tomar una decisión conforme a sus intereses. En tal sentido, esta información comprende lo referido a las ventajas y desventajas de los sistemas pensionarios. Asimismo, el hecho que el artículo 6° haga referencia a la presentación de una Declaración Jurada donde el afiliado haga constancia de que ha sido adecuadamente informado implica que la información que se le brinda a los afiliados es correcta.
- Sostiene que no existe afectación alguna a la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social toda vez que, conforme a lo dispuesto por el artículo 12° de la Constitución, resulta constitucional la utilización de dichos fondos a través de la regulación de una norma con rango de ley. En este entendido, la ley busca equiparar las condiciones existentes entre ambos regímenesprevisionales para lo cual ha establecido el pago de una pensión mínima y de pensiones complementarias (artículos 10°,11°, 12°, 13° y 14°) bajo ciertas condiciones y requisitos en beneficio de aquellos afiliados que no se encuentran dentro de los supuestos de desafiliación y retorno establecidos, ello, porque corresponde al Estado garantizar el acceso a dichas prestaciones y de velar para que éstas sean acordes con la dignidad humana.
- Alega que la titularidad de las comisiones cobradas por la administración de los fondos pensionarios privados, corresponde, en calidad de retribución, a las AFPs, motivo por el cual su no devolución no supone afectar el derecho de propiedad. En ese sentido, refiere que tal pretensión no toma en cuenta el vínculo existente entre la AFP y el afiliado, generado a partir de la celebración de un contrato privado de afiliación, en virtud de la cual las AFP se comprometen a administrar los aportes del afiliado a fin de obtener una rentabilidad que le permita gozar de una pensión de jubilación adecuada en términos económicos, a cambio del pago de una comisión que es fijada por las reglas del libre mercado.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

1. Determinar si resulta compatible con el principio-derecho a la igualdad y con el derecho fundamental a la información, la omisión por parte del legislador de incluir la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones.
2. Determinar si resultan compatibles con el derecho fundamental a la información los mecanismos de información regulados por los artículos 3° y 15° de la ley impugnada.
3. Determinar si resulta compatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de seguridad social la obligación de afiliar al Sistema Privado de Pensiones a los trabajadores que no hayan optado por afiliarse a ningún sistema en un determinado plazo.
4. Determinar si resulta compatible con la intangibilidad de los fondos pensionarios prevista en el artículo 12° de la Constitución, el uso de los Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para asegurar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones.
5. Determinar si resulta compatible con el derecho a la propiedad la no devolución de las comisiones a las AFPs en los casos en que opere la desafiliación.
6. Determinar si resulta compatible con el deber del Estado de velar por los intereses de los usuarios, con el derecho fundamental a la pensión y con la garantía institucional de la seguridad social, el hecho de sólo los recursos aportados por los trabajadores respondan por los riesgos de administración de los fondos privados de pensiones.

V. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio.

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.° 28991, pues consideran que es contraria a los derechos fundamentales a la libre elección del sistema pensionario (artículo 11 °), a la igualdad (artículo 2° 2), a la libertad de información (artículos 2° 4 y 65°) y a la propiedad (artículos 2° 16 y 70°), reconocidos por la Constitución.

Aún cuando los recurrentes, en determinados extremos de la demanda, parecen alegar la inconstitucionalidad in toto de la ley impugnada, el análisis estricto de sus alegatos permite advertir que son concretas las disposiciones de la ley que consideran inconstitucionales.

En efecto, los demandantes consideran inconstitucionales:

- los artículos 1 ° y 2° de la ley, pues los consideran contrarios al principio-derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución) y al derecho fundamental a la información (artículos 2° 4 y 65° de la Constitución), al haber omitido incluir todas las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones desarrolladas en la STC 1776-2004-PA.
- los artículos 3°, 4°, 6° y 15° de la ley, pues los consideran contrarios al derecho fundamental a la información (artículos 2° 4 y 65° de la Constitución).
- el artículo 16° de la ley, pues lo consideran violatorio del derecho fundamental de libre acceso al sistema de seguridad social (artículo 10° de la Constitución).
- la omisión en la que incurriría la ley al no haber previsto la devolución de las comisiones cobradas por las AFPs, pues la consideran contraria al derecho fundamental a la propiedad (artículos 2° 16 y 70° de la Constitución).

De este modo, en principio, es sobre estos aspectos que corresponderá realizar el respectivo control de constitucionalidad.

§2. Análisis de constitucionalidad de las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Público de Pensiones.

2. En primer término, los recurrentes juzgan inconstitucio-nales los artículos 1° y 2° de la ley. El primero de ellos establece lo siguiente:
"Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad".
Por su parte, el artículo 2° dispone lo siguiente:
"Adicionalmente, podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que, al momento de su afiliación a éste, cuenten con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP".

§2.1 El sistema previsional administrado por el Estado como "Sistema Público de Pensiones": precisiones interpretativas.

3. Ante todo, es preciso tener presente que una interpretación de estas disposiciones de conformidad con el derecho fundamental a la igualdad, reconocido por el artículo 2° 2 de la Constitución, exige entender que el concepto de "Sistema Nacional de Pensiones" contenido en ellas, comprende tanto el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N.° 19990 como el regulado por el Decreto Ley N.° 20530. Ello en razón de que las personas que pertenecieron tanto a uno como a otro régimen tuvieron la oportunidad de trasladarse al Sistema Privado de Pensiones (SPrP), siendo necesario, en consecuencia, que, a efectos de no dispensar un trato discriminatorio, todas ellas se consideren comprendidas en su supuesto normativo.
Por la misma razón, el concepto de "pensión de jubilación" contenido en las normas analizadas, no puede interpretarse como atinente sólo a la pensión de jubilación regulada por el Decreto Ley N.° 19990, sino también a la pensión de cesantía regulada por el Decreto Ley N.° 20530.
Es sobre la base de tal consideración que, para efectos de evitar indebidas interpretaciones, en lo sucesivo se hará referencia en general a un Sistema Público de Pensiones (SPuP), y no a un Sistema Nacional de Pensiones.

§2.2 Las causales de desafiliación del SPrP y retorno al SPuP previstas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4. Los artículos 1 ° y 2° de la ley impugnada, delimitan el universo de aportantes que, habiendo pertenecido al SPuP, tienen la posibilidad de retornar a este sistema, desafilándose del SPrP gestionado por las denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs). Dicho universo queda delimitado del siguiente modo por la ley:

a) Quienes hubieren ingresado al SPuP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de desafiliarse del SPrP les corresponda una pensión de jubilación en el SPuP, independientemente de la edad que tengan (artículo1°).
b) Quienes al momento de afiliarse al SPrP, hubieren cumplido con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SPuP (artículo 2°).

5. A criterio de los demandantes, esta delimitación no resulta inconstitucional en lo que dispone, sino en aquello que deja de disponer. En efecto, los demandantes consideran que los supuestos de desafiliación regulados por estas disposiciones son constitucionales. En concreto, afirman que "[son], ciertamente, (...) supuesto [s] válido [s] para solicitar el retorno al [SPuP]". Sucede, sin embargo, que, a su juicio,

"... no [son los] único[s]. Hay otros supuestos igualmente procedentes que han sido inexplicablemente ignorados por la ley (...). Así por ejemplo, están los casos detallados en la Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente N.° 1776-2004-AA/TC. (...).

Al dejar fuera de los beneficios del retorno al [SPuP] a todos aquellos trabajadores que están en los otros supuestos expresados en la (...) Sentencia del TC, la ley cuestionada ha perjudicado el derecho de estos trabajadores a elegir el sistema pensionario en el que quieren estar"[2].

6. En efecto, en la STC 1776-2004-PA, este Tribunal tuvo ocasión de establecer que la posibilidad del retorno del SPrP al SPuP, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de libre acceso a los sistemas previsionales, reconocido por el artículo 11 ° de la Constitución. No obstante, como bien han advertido los recurrentes, el Tribunal estableció también que, como todo derecho fundamental, dicha posibilidad de retorno no podía ser ejercida de un modo absoluto, siendo susceptible de ser restringida legalmente bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad, y en la medida de que sea respetado el contenido esencial del derecho.

En ese sentido, en el fundamento 35 y siguientes de la referida sentencia, se desarrollaron los supuestos que, bajo una adecuada interpretación del artículo 11° de la Constitución, justificaban un retorno al SPuP. Tales supuestos eran tres; a) el caso del aportante que en el momento de trasladarse del SPuP al SPrP, ya cumplía con los requisitos para obtener una pensión en el SPuP; b) el caso en el que la afiliación al SPrP tenia como antecedente una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de las AFPs o de la Administración Pública; y, c) el caso del trabajador cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para su vida o su salud.

§2.3 La omisión por parte del legislador de incluir la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de desafiliación de SPrP.

7. Según ha quedado expuesto, el primer supuesto, es decir, el caso del aportante que en el momento de trasladarse del SPuP al SPrP, ya cumplia con los requisitos obtener una pensión en el SPuP, ha sido debidamente recogido en el artículo 2° de la ley impugnada. Por su parte, el tercer caso, a saber, el del trabajador expuesto a labores que pueden afectar su vida o su salud, también se encuentra previsto en la ley incoada como un supuesto válido de retorno al SpuP. En efecto, su Primera Disposición Transitoria y Final, dispone lo siguiente:

"Podrán desafiliarse del [SPrP] todos los afiliados que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud que se encuentren bajo el alcance de la Ley N.° 27252, cuando cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el [SPuP]"

Cierto es que esta disposición, a diferencia del criterio planteado por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, condiciona el retorno de estos trabajadores a que cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SPuP, lo cual podría situarlos ante la posibilidad futura de que el monto de su pensión resulte menor a aquél que hubiesen recibido si se les hubiese permitido retornar al SpuP inmediata e incondicionadamente. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, esta posibilidad -que ciertamente hubiese representado una vulneración de los derechos fundamentales al libre acceso previsional y a la pensión, reconocidos en el artículo 11° de la Constitución- ha sido debidamente evitada por el legislador a través de la regulación de la denominada "Pensión Complementaria para Labores de Riesgo", cuyo propósito, de conformidad con el artículo 13° de la ley cuestionada, consiste en "que la pensión no sea menor al monto que le hubiera correspondido percibir, en forma anual, en el [SPuP]". En tal sentido, la interpretación conjunta de la Primera Disposición Transitoria y Final con el artículo 13° de la ley impugnada, permite arribar a un contenido normativo compatible con la Norma Fundamental.

8. Así las cosas, de los tres supuestos que autorizan el retorno al SPuP desarrollados por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, el único no contemplado en la ley sometida a juicio, es el caso de los trabajadores que optaron por trasladarse al SPrP como consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de las AFPs o de la Administración Pública. Por tanto, bien entendido el planteamiento de los demandantes, es esta omisión la que, a su juicio, generaría una consecuencia discriminatoria por parte de los artículos 1 ° y 2° de la ley.

9. Consideran los recurrentes que la referida omisión vulnera el principio-derecho a la igualdad. También la juzgan violatoria del derecho fundamental

a la información, reconocido en el artículo 2° 4 y concretizado en el ámbito de las relaciones usuario-empresa de servicios por el artículo 65° de la Norma Fundamental. Como fundamento de la existencia de esta afectación constitucional, traen a colación los fundamentos 39, 40 y 42 de la STC 1776-2004-PA.
En definitiva, aún cuando los recurrentes no lo han planteado en estos términos, lo que en concreto denuncian es la existencia de una inconstitucionalidad por omisión. Inconstitucionalidad que, a su entender, haría "imperativo (...) que dichos artículos de la ley impugnada sean expulsados de nuestro ordenamiento jurídico"[3].

10. El Tribunal Constitucional comparte sólo parcialmente el criterio de los recurrentes. Lo comparte en el sentido de considerar que, en efecto, la omisión en la que ha incurrido el legislador no resulta conforme con los artículos 2° 4 y 65° de la Constitución. Pero discrepa de él tanto en el uso del principio-derecho de igualdad como parámetro para alegar la existencia del vicio, como en las consecuencias que de éste se pretenden derivar.
En efecto, tal como se sustentará en un instante, a juicio del Tribunal Constitucional, la omisión en la que ha incurrido el legislador no resulta inconstitucional por violar el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2° 2 de la Constitución, sino por violar -como también alegan los demandantes- el derecho fundamental del usuario (aportante al fondo de pensiones) a recibir de los organismos competentes (AFPs, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -SBS-, y Oficina de Normalización Previsional -ONP-) la adecuada y oportuna información sobre el servicio que se le brinda o se le va a brindar (la administración del fondo de su pensión), el cual, como una singular concretización del derecho fundamental a la información, reconocido por el articulo 2° 4 de la Constitución, se encuentra recogido en el artículo 65° de la misma Norma Fundamental. Lo que, a su vez, da lugar a una violación del derecho fundamental a elegir libremente un sistema de seguridad social (libertad que sólo puede ser debidamente ejercida sobre la base de una adecuada información como presupuesto imperativo de la válida formación de la voluntad), previsto en el artículo 11 ° constitucional.
Y, de otra parte, no considera este Colegiado que, como sugieren los demandantes, la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad advertida deba ser la expulsión del ordenamiento de los artículo 1 ° y 2° de la ley incoada. Ello en vista de que éstos no resultan inconstitucionales en lo que disponen, sino en lo que han omitido disponer. Siendo ello así, su expulsión del orden jurídico lejos de solucionar el vicio de inconstitucionalidad indicado, daría lugar a una inconstitucionalidad de mayor entidad. Por tal motivo, es deber del Tribunal Constitucional optar por una solución razonable y distinta, que, como luego se sustentará, deberá consistir en una interpretación concretizadora de la Constitución, cuyo efecto vinculante, permita cubrir el silencio legislativo.
Pues bien, de inmediato corresponde exponer los argumentos que justifican estas parciales discrepancias con los planteamientos de los demandantes.

§2.4 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el principio-derecho a la igualdad

11. Como quedó expuesto, a criterio de los recurrentes, la omisión legislativa es atentatoria del derecho fundamental a la igualdad. Específicamente, aducen que "[e]1 muy estrecho espectro de los artículos 1° y 2° de la ley emplazada es (...) discriminatorio, pues excluye a un universo de trabajadores que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido como beneficiarios del retorno al [SpuP]. Vulnera el artículo 2° inciso 2 de la Constitución que garantiza el derecho de toda persona a laigualdad ante la ley"[4].

12. No obstante, tal como ha establecido este Colegiado en una multiplicidad de ocasiones[5], es presupuesto inexorable para ingresar a evaluar una eventual afectación del principio-derecho de igualdad, previsto en el artículo 2° 2 de la Constitución, que se proponga un término de comparación (tertium comparationis) válido. Ello significa que es preciso que las dos situaciones de hecho que han merecido un trato desigual por parte del legislador deben ser válidas constitucionalmente y compartir una esencial identidad en sus propiedades relevantes. Sólo entonces cabe ingresar a valorar las razones que podrían justificar o no la diferencia de trato, en el correcto entendido de que la ausencia de objetividad y proporcionalidad en tales razones harán del tratamiento disímil, un trato, a su vez, discriminatorio, y por ende, inconstitucional.

13. El término de comparación propuesto por los recurrentes para considerar que se está discriminando a aquellos aportantes que, a pesar de haber recibido una información viciada, no se les permite desafiliarse del SPrP, es el supuesto de hecho recogido por los artículos 1 ° y 2° de la ley, a quienes sí se les permite la desafiliación.
Pues bien, tal como quedó expuesto, son en realidad dos los casos de aportantes que, de conformidad con los artículos 1 ° y 2° de la ley incoada, tienen la posibilidad de desafiliarse del SPrP y retornar al SPuP: a) quienes hubieren ingresado al SPuP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de desafiliarse del SPrP les corresponda una pensión de jubilación en el SPuP, independientemente de la edad que tengan (artículo 1°); y, b) quienes al momento de afiliarse al SPrP, hubieren cumplido con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SPuP (artículo 2°).
Como puede observarse, tanto en uno como en otro supuesto, una condición necesaria para desafiliarse del SPrP es haber cumplido con los años de aportación exigidos en el SPuP para obtener una pensión de jubilación o de cesantía. En otras palabras, el supuesto de hecho propuesto por los recurrentes como término de comparación, es el caso de personas que cumplen con los requisitos para obtener una pensión de jubilación, mientras que el caso que pretenden que se juzgue como un supuesto de trato discriminatorio en comparación

con aquél, es el de personas que no cumplen con tales requisitos, a pesar de lo cual, han sido sujetos de una indebida información.

14. A juicio del Tribunal Constitucional, la diferencia en la que se encuentran los dos supuestos de hecho (en un caso se cumple con el número de años de aportación para obtener una pensión de jubilación en el SPuP, mientras que en el otro no), es suficientemente relevante como para concluir que el primer caso no es un término de comparación válido en relación con el segundo. La razón constitucional para asumir tal conclusión es simple. Si así no se razonase, en realidad el único elemento que se estaría considerando como relevante para autorizar un retorno al SPuP, sería el de haber sido aportante, con prescindencia de los años de aportación con que se cuente. Tal criterio supondría interpretar el derecho de libre acceso a los sistemas previsionales, como un derecho absoluto, es decir, como un derecho no susceptible de ser restringido de modo razonable por el legislador, criterio que ha sido expresamente descartado por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, asumiendo que la exigencia de haber cumplido con los años de aportación en el SPuP para retornar a éste es una exigencia razonable, y por tanto, constitucionalmente relevante y válida.

§2.5 Control de constitucionalidad de la omisión legislativa en relación con el derecho fundamental a la información.

15. Ahora bien, como se ha adelantado, si bien este Colegiado no comparte el parecer de los recurrentes en relación con la supuesta violación del principio-derecho a la igualdad en la que incurrirían los artículos 1° y 2° de la ley, sí lo hace en relación con la alegada violación del derecho fundamental a la información.

Como bien han recordado los demandantes, el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 39 y 40 de la STC 1776-2004-PA, había establecido lo siguiente:
"...la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no sólo comporta un vicio de la voluntad que afectaría con la sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia recaída en el Expediente N.° 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión.
Así las cosas, el TC considera necesario expresar que juzga constitucionalmente legítimo disponer la posibilidad de ejercer el derecho al retorno parcial a todos aquellos que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia de que percibirían un bono de reconocimiento o también si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP.(...).
[E]l acceso a una información veraz no sólo es un derecho fundamental del ser humano, sino también un presupuesto esencial de la elección libre".
En la misma línea, en una oportunidad anterior, en el fundamento 9 de la STC 3315-2004-PA, este Colegiado había precisado que del artículo 65° derivan una serie de principios en materia protección a los consumidores y usuarios: pro consumidor (acción tuitiva del Estado), proscripción del abuso del derecho (evitar prácticas y modalidades contractuales perversas), isonomia real (trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales), restitutio in integrum (resarcimiento por los daños causados), transparencia (plena accesibilidad de información), veracidad (autoridad y realidad absoluta de la información trasmitida), in dubio pro consumidor (interpretación de las normas en términos favorables al usuario) y pro sociativo (facilitar la creación y actuación de asociaciones de usuarios).
Es así que en el puna resolutivo 4 de la aludida STC 1776-2004-PA, el Tribunal Constitucional exhortó al legislador a que emita, en el más breve plazo, las normas que viabilicen la desafiliación delSPrP en los casos desarrollados en su fundamentación. Entre ellos se encontraba la causal de indebida información. No obstante, el 1egislador ha omitido incluir esta causal.

16. Así las cosas, a pesar de la exhortación realizada por este Colegiado, el legislador ha mantenido una omisión que, en palabras de Alexy, no se desenvuelve en el ámbito de lo que resultaba "constitucionalmente posible", sino en el esfera de lo que resultaba "constitucionalmente necesario"[6] para evitar que el derecho fundamental a la información de los aportantes al sistema previsionalresulte afectado.
Tal como ha precisado este Tribunal, en consonancia con un sector de la doctrina, la necesidad de la inclusión del control de las omisiones, entre otras razones, en virtud a: a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza "social" del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos dela Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las "obligaciones constitucionales", en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales[7].

17. En este caso, la omisión en la que ha incurrido el legislador, ha terminado de hacerse evidente y significativamente lesiva de los derechos fundamentales a la información y a la pensión, luego de no haber incluido la causal de desafiliación ya aludida, a pesar de que este Tribunal, luego de ejercer su función de supremo intérprete de la Constitución, la había considerado como constitucionalmente vinculante. De ahí que el legislador, en este caso, ha incurrido en lo que este Colegiado ha denominado una omisión de aquello que había sido "configurado jurisprudencialmente como vinculante"[8]

18. En este escenario, tras haber optado inicialmente por la exhortación deferente con el legislador que el ejercicio responsable la jurisdicción constitucional ab initio impone, pero sin haber merecido atención, el Tribunal juzga constitucionalmente necesario

cubrir la omisión legislativa a partir del ejercicio de una interpretación concretizadora de la Constitución, de alcance general, y vinculante para todo poder público y privado, de conformidad con los artículos 81 ° y 82° del CPConst. En tal sentido, este Tribunal considera que aún cuando la falta de una debida, suficiente y/u oportuna información, no se encuentra expresamente prevista en el ordenamiento infraconstitucional como una causal de nulidad del acto de afiliación a una AFP (a pesar de que antes lo estuvo[9]), ello no significa que no pueda ser alegada como una causal de retorno al SPuP, con prescindencia de los años de aportaciones con que se cuente. Ello en atención a que la obligación de brindar una adecuada información para efectos de afiliarse a una AFP, parte del efecto vinculante del derecho fundamental a la información, reconocido en el artículo 2° 4 de la Constitución, y que ha merecido una singular concretización en el artículo 65° de la Carta Fundamental, en el extremo que señala, en lo que ahora interesa, lo siguiente: "El Estado defiende el interés de los (...) usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los (...) servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población". A partir de esta cláusula constitucional, resulta manifiesto que si el Estado, directamente o a través de los organismos privados que tiene la obligación de supervisar eficientemente, no garantiza el derecho de los aportantes a una debida información sobre los servicios de administración de sus fondos existentes en el mercado, se incurre en una violación constitucional del derecho fundamental reconocido en el artículo 65° de la Constitución, debiendo operar el control nulificante administrativo o, en su defecto, jurisdiccional correspondiente. Por lo demás, este artículo constitucional obliga al Estado a proteger la "seguridad" del usuario, una de cuyas manifestaciones, desde luego, es la seguridad jurídica que debe estar presente en el momento de su afiliación a su sistema previsional, en el correcto entendido de que debe contar con todos los elementos de juicio relevantes que le permitan pronosticar el goce de un quantum pensionario acorde con el principio-derecho fundamental a una vida digna que dimana del artículo 1° constitucional. Como resulta evidente, la protección a dicha seguridad se ve burlada ante la ausencia de una información debida, suficiente y/u oportuna por parte de las AFPs, de la SBS y de la ONP.

De esta forma, la nulidad de un acto de afiliación llevado a cabo bajo el presupuesto de una información deficiente es un imperativo que se desprende de la fuerza vinculante de la propia norma constitucional; en concreto, de su artículo 65°.

19. En definitiva, el deber de todo poder público o privado de reconocer esta causal como motivo de retorno al SPuP, si así lo desea el aportante, surge de la aplicación directa de la Constitución. Y la nulidad del acto de afiliación deriva del diseño que el ordenamiento jurídico dispensa al control jurisdiccional de los actos violatorios de derechos fundamentales.

En efecto, efectuando un acto de afiliación con violación del derecho fundamental a la información, el acto lesivo previve mientras la afiliación resultante de un vicio de la voluntad mantenga vigencia o, en su caso, hasta que se subsane la indebida o insuficiente información brindada manteniendo el aportante su intención de pertenecer a la AFP. Dos datos derivan de ello. En primer lugar, que no opera ningún plazo prescriptorio para alegar la violación del derecho a la información, mientras se mantenga el estado de indebida información. Se trata de un acto lesivo continuado, conforme al artículo 44° 3 del CPConst. Y, en segundo lugar, que la consecuencia de acreditar judicialmente dicho estado es la reposición de las cosas al momento inmediatamente anterior a aquél en que se inició la afectación constitucional. En otras palabras, la consecuencia es la nulidad del acto de filiación a la AFP, quedando expedito el derecho de retorno al SPuP.

Debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo no convalida un agravio constitucional permanente.

Valores constitucionales como la seguridad jurídica pueden prestar singular fuerza a institutos jurídicos como la prescripción o la caducidad cuando de la afectación de derechos constituidos por la ley se trata. No obstante, en los supuestos de afectación continuada de derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución obliga a dispensar al asunto un tratamiento cualitativamente distinto.

La razón de ello estriba en que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos legales, los derechos fundamentales no tienen soporte en la voluntad de un poder constituido, sino en el reconocimiento que de su superioridad axiológica realiza el Poder Constituyente al incorporarlos en la Norma Fundamental. En tal sentido, la pervivencia de su afectación, exige, cuando menos prima facie, que su contenido normativo se imponga frente al valor de la seguridad jurídica basada en una norma infraconstitucional, impidiendo que el paso del tiempo evite la declaración jurisdiccional de nulidad del acto lesivo permanente.

20. Pues bien, en atención a lo expuesto, y en vista de que resulta constitucionalmente exigible establecer una regla de Derecho vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 ° y 202° de la Constitución y 1 ° de su Ley Orgánica), de conformidad con los artículos 81 ° y 82° del CPConst., y en interpretación del articulo 65° de la Constitución, establece que: Constituye causal de desafiliación del SPrP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración pública.

21. Para efectos de determinar el referido error por indebida, insuficiente y/o inoportuna información, deben tenerse presentes, principalmente, los criterios establecidos en la Cuarta DisposiciónComplementaria Final del Decreto Supremo N.° 063-2007-EF -Reglamento de la ley cuestionada-, criterios que este Tribunal considera

plenamente constitucionales. Dicha disposición reza lo siguiente:
"Se tendrán en consideración los siguientes criterios:
1. Cuando se compruebe que las AFP no brindó la información relevante al afiliado para que éste pueda efectuar la comparación entre el SPP y el SNP.
2. Cuando la AFP esté en incapacidad de demostrar, fehacientemente, la implementación de mecanismos objetivos de información u orientación para el afiliado, en cada caso en particular.
3. Cuando se compruebe un perjuicio para el afiliado generado en términos de pensión, de garantía estatal o bonos de reconocimiento.

La SBS, ante un reclamo presentado por un afiliado o beneficiario, exigirá a las AFP la demostración de la diligencia requerida, en función a los criterios señalados en los párrafos precedentes".
Corresponde tener presente que, de conformidad con el fundamento 50 c. de la STC 1776-2004-PA, en los casos en los que se alegue como causal de desafiliación una indebida, insuficiente yloinoportuna información, no es aplicable una regla tradicional de carga de la prueba, conforme a la cual ésta recae sobre quien afirma los hechos (articulo 196° del Código Procesal Civil). Tales casos se rigen bajo el criterio de una carga probatoria dinámica, en virtud del cual quien se encuentra en obligación de probar los hechos es la parte que tiene el dominio y control de la información, estando en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para ello. De esta manera, alegada la existencia de un vicio en la información, son la SBS y las AFPs las encargadas de acreditar que dicho vicio no ha existido, estando obligadas a demostrar de modo suficiente y objetivo la debida y oportuna información de la que fue sujeto el asegurado.
Para tales efectos, como quedó establecido en el referido fundamento de la STC 1776-2004-PA, cabe la intervención del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, a efectos de que emita, en los casos concretos, en caso de dudas razonables, el informe correspondiente dirigido a evaluar el grado y la calidad de la información brindada.

§3. Análisis de constitucionalidad de los mecanismos de información al trabajador regulados por la ley impugnada.

22. De otra parte, los recurrentes cuestionan el artículo 3° de la ley impugnada que se ocupa del deber del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de la SBS y de la ONP de iniciar una campaña de difusión para una decisión de afiliación informada. Dicha disposición señala lo siguiente:
"E1 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y la Oficina
de Normalización Previsional (ONP) desarrollarán una campaña de difusión a nivel nacional respecto de los alcances de la desafiliación, de los procedimientos que debe observar cada afiliado para culminar el trámite correspondiente y de las bondades de cada uno de los sistemas pensionarios existentes. Para tal fin, dichas instituciones deberán adecuar oficinas de consulta a nivel nacional.
Esta campaña durará tres (3) meses, luego de los cuales se iniciará el procedimiento de desafiliación"

Sobre el particular, señalan los recurrentes que este artículo
"...en realidad es una norma que avala una campaña de desinformación, puesto que no ordena que se dé a los trabajadores toda la información respecto a las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionarios, sino sólo de sus **"bondades"** (...). La norma tampoco dispone que se informe sobre las debilidades del [SPrP] que son las que han originado la presión por la desafiliación"[10].
Similar cuestionamiento realizan sobre el artículo 15° de ley. Dicho artículo dispone:
"El MTPE, en coordinación con la SBS y la ONP, aprueba y publica en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación masiva un "Boletín Informativo" sobre las características, las diferencias y demás peculiaridades de los sistemas pensionarios vigentes. Dicho Boletín debe incluir, como mínimo, la información sobre los costos previsionales, los requisitos de acceso a pensión, los beneficios y las modalidades de pensión que otorga cada sistema, y la información relacionada con el monto de la pensión".
La inconstitucionalidad, en este caso, a juicio de los demandantes, residiría en que la disposición
"No dice ni una sola palabra sobre la obligación de informar respecto de las desventajas de cada sistema. (...). Menos aún obliga a informar sobre los derechos que tienen aquellos trabajadores que fueron inducidos a error, mal informados o afiliados compulsivamente al [SPrP]"[11].

23. El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los recurrentes en el sentido de que el hecho de que las referidas disposiciones no obliguen expresamente a incluir las desventajas de cada sistema suponga una violación del derecho fundamental a la información reconocido en los artículos 2° 4 y 65 ° de la Constitución. La razón de ello reside en que una interpretación de estas disposiciones de conformidad con el referido derecho fundamental, obliga a entender que tanto la información que sea objeto de difusión en la campaña descrita en el artículo 3° de la ley como la que se incluya en el "Boletín informativo" del que se ocupa su artículo 15°, debe ser una información objetivamente veraz y suficiente en relación con todos los aspectos relevantes de cada sistema. Debe tratarse además de una información expuesta bajo una metodología sencilla que permita comparar las características de cada uno de los sistemas. En tales condiciones, no resulta necesaria una mención expresa de las desventajas de los sistemas, pues para cualquier usuario razonable ellas derivarán del análisis comparativo de la información veraz y suficiente que es puesta a su disposición.
Al pretenderse la incorporación de s desventajas de cada sistema previsional en la información que deberá ser difundida, se olvida que tratándose de información

relacionada con la garantía institucional de la seguridad social y con el derecho fundamental a la pensión, no puede ser entendida bajo los cánones propios de la publicidad comercial o de mercancías en la que cabe la inclusión de parámetros de comparación tanto positivos como negativos. Por el contrario, tratándose de publicidad institucional relacionada con valores y derechos reconocidos por la Norma Fundamental, es precisa la realización de una difusión de datos siempre en términos pro positivos, propios de una publicidad de relevancia iusfundamental.
Ahora bien, ello no es obstáculo para que en caso de una solicitud concreta, se brinde la información objetiva sobre las ventajas y desventajas de los sistemas pensionarios públicos y privados.
Desde luego, no es posible descartar que a pesar de la interpretación constitucionalmente debida de los artículos 3° y 15° de la ley cuestionada que acaba de ser descrita, éstos puedan ser objeto de una inconstitucional aplicación por parte de los poderes públicos o privados. No obstante, es evidente que tal supuesto no será manifestación de una inconstitucionalidad "en la ley", sino tan sólo de una inconstitucionalidad "en la aplicación de la ley", lo cual es susceptible de ser controlado mediante los denominados procesos constitucionales de la libertad o de control de actos (en este caso, el proceso constitucional de amparo o el contencioso-administrativo en caso se configure como una vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el artículo 5° 2 del CPConst.), y no mediante un proceso de inconstitucionalidad como el presente.

24. Sin perjuicio de lo señalado, el Tribunal Constitucional comparte la preocupación de los demandantes en el sentido de que es preciso que la información con la que cuenten los aportantes incluya el derecho a desafiliarse en caso de que hayan sido pasibles de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información, así como los criterios que se tomarán en cuenta para determinar la existencia de dicha causal. Se trata de un deber que viene impuesto directamente a partir de una adecuada interpretación del artículo 65° de la Constitución en los términos antes descritos.
En tal sentido, a partir de una interpretación de los artículos 3° y 15° de la ley impugnada de conformidad con el artículo 65° de la Constitución, entiéndase que es obligación del MTPE, de la SBS y de la ONP, hacer de conocimiento de los aportantes, que una indebida, insuficiente y/o inoportuna información al momento de su afiliación a una AFP es causal de desafiliación del SPrP, señalándose los criterios que permiten determinar la existencia de esta causal. Esta información deberá difundirse en la campaña informativa regulada por el artículo 3°, y deberá incluirse claramente en el "Boletín informativo" regulado por el artículo 15°. Este es un criterio vinculante para todos los poderes públicos y de alcance general, de conformidad con los artículos 81 ° y 82° del CPConst.

25. A juicio de los recurrentes, la inconstitucionalidad de los artículos 4° y 6° de la ley, es consecuencia de la supuesta inconstitucionalidad de sus artículos 3° y 15°. En tal sentido, dado que, según ha quedado establecido, no existe vicio de inconstitucionalidad en los referidos artículos 3° y 15° de la ley, tampoco existe mérito para declarar la invalidez constitucional de los artículos 4° y 6°.

§4. Análisis de constitucionalidad de la obligación de afiliar al SPrP a los trabajadores que no hayan optado por afiliarse a ningún sistema en un determinado plazo.

26. Por otra parte, los demandantes solicitan qué se declare la inconstitucionalidad del artículo 16° de la ley. Este artículo establece lo siguiente:
"E1 empleador debe entregar a aquellos trabajadores no afilados, que ingresen por primera vez a un centro laboral, una copia del "Boletín Informativo" a que se refiere el artículo 15 a fin de que decida 1ibremente su afiliación.
El trabajador tendrá un plazo de diez (10) días, contados a partir de la entrega del "Boletín Informativo", para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez /10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. Vencido este último plazo, sin que el trabajador hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema, o no se hubiese ratificado en la decisión adoptada, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.° 054-97-EF.
El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece las sanciones por el incumplimiento de esta obligación por parte del empleador".

La parte pertinente del articulo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.° 054-97-EF, al que hace referencia la disposición, señala lo siguiente:
"Cuando un trabajador no afiliado al Sistema Privado de Pensiones ingrese a laborar a un centro de trabajo, el empleador deberá obligatoriamente afiliarlo a la AFP que aquél elija, salvo que, expresamente y por escrito, en el plazo improrrogable de 10 días naturales manifieste su deseo de permanecer o incorporarse al [SPuP]".

A juicio de los recurrentes,
"... de acuerdo a la regla del artículo 6° que acabamos de transcribir (...) el empleador va a afiliar compulsivamente al Sistema Privado de Pensiones (...). Dicha regla hace ilusorio el derecho constitucional de libre elección del sistema pensionario, pues otorga una facultad indebida al empleador, quien por mandato de la propia ley suplanta al trabajador en la elección del sistema de pensiones"[12].

27. El Tribunal Constitucional discrepa del criterio de los recurrentes. El artículo 16° de la ley no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la libre elección por parte del trabajador del sistema previsional al cual afiliarse, desde que su decisión se desenvuelve enteramente en el ámbito del ejercicio de su propia voluntad. Ocurre tan sólo que, de conformidad con la referida disposición, se ha previsto un plazo en el que dicha decisión debe ser adoptada, a saber, 10 días contados a partir de la entrega del "Boletín Informativo"

para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, y 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión, transcurrido el cual el legislador obliga al empleador a afiliar al trabajador en el SPrP. Para este Colegiado, la existencia de un período razonable de tiempo en el que el trabajador puede optar libremente por decidir a qué sistema previsional afiliarse, impide considerar, como hacen los demandantes, que la norma le imponga compulsivamente la afiliación a un sistema. Se trata de una afiliación subsidiaria ante la ausencia de una decisión libre por parte del trabajador. En otras palabras, la afiliación realizada por el empleador presupone el no ejercicio de un derecho fundamental, no su violación.

Por lo demás, que luego de un determinado período de tiempo, sea necesario cubrir el silencio voluntario o negligente del trabajador, conlleva la protección de la garantía institucional a la seguridad social, reconocida por el artículo 10° de la constitución, en la medida de que es obligación del Estado asegurar la pertenencia universal y progresiva de los trabajadores a dicho sistema, aún en los casos en los que no existe una expresa manifestación de voluntad por parte de éstos.

De otra parte, que ante el silencio del trabajador, se haya establecido la obligación de afiliarlo en el SPrP o no en el SPuP, es un asunto que, a juicio de este Tribunal, ingresa dentro del ámbito de libre configuración legislativa.

28. Ahora bien, es inevitable advertir que en la posición de los demandantes subyace el temor a la indebida información de la que pueda ser sujeto el trabajador que ingresa por primera vez a un centro laboral (supuesto de hecho del artículo 16° de la ley). No obstante, dicho temor no justifica la declaración de inconstitucionalidad de la referida disposición si se tiene en cuenta que, de conformidad con lo establecido por esta sentencia supra, la indebida, insuficiente y/o inoportuna información que pueda preceder a la afiliación al SPrP, da lugar a una violación continuada del derecho fundamental a la información reconocido en el articulo 65° de la Constitución, no operando plazo prescriptorio alguno a efectos de lograr la declaración jurisdiccional de nulidad del acto de afiliación.

§5. Análisis de constitucionalidad del uso de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales para asegurar una pensión mínima en el SPrP.

29. Los demandantes también consideran inconstitucional el artículo 14° de la ley incoada, en la medida de que dispone que el financiamiento de la Pensión Mínima, regulada por el artículo 10° de la ley (Art. 10°: "Todos los afiliados al SPP, que al momento de la creación de este pertenecieron al [SPrP], podrán gozar de una Pensión Mínima de jubilación equivalente en términos anuales a la que reciben los afiliados al [SPuP] . . ."), la Pensión Complementaria, regulada por su artículo 11 ° (Art. 11 °: "A partir de la vigencia de la presente Ley, otórgase una Pensión Complementaria a aquellos pensionistas pertenecientes al [SPrP] que, al momento de la entrada en vigencia de la Ley N.° 27617, cumplían con los requisitos previstos para acceder a la Pensión Mínima, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de dicha Ley, y que hoy perciben una pensión de jubilación menor a esta... "), y la Pensión Complementaria para Labores de Riesgo, regulada por el ya citado artículo 13°,

"...es cubierto con los recursos y la rentabilidad del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales - Bono de Reconocimiento de forma mensual, una vez agotados los recursos de la [Cuenta Individual de Capitalización] y del Bono de Reconocimiento, de ser el caso".

Sobre el particular, refieren los demandantes que "[e]s un caso de subsidio directo del Estado a la AFPs con cargo a fondos públicos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, que es un fondo intangible por mandato del Decreto Legislativo 817, el cual, a su vez, ordena tal intangibilidad en estricto cumplimiento del artículo 12° de l t Constitución..."[13].

Aunque no lo mencionan expresamente, la disposición del Decreto Legislativo N.° 817 al que hacen alusión es el artículo 17°, el cual establece:

"E1 Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) es intangible...".

30. El Tribunal Constitucional tampoco comparte este planteamiento de los demandantes. La intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social a la que hace alusión alusión el artículo 12° dela Constitución, no podría ser interpretada -tal como lo hacen los recurrentes- como la intangibilidad del destino prefijado por el legislador ordinario de los recursos de un fondo particular legalmente constituido. Dicho razonamiento implicaría utilizar una ley como parámetro de control de validez constitucional de otra, afectando el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 51 ° de la Constitución, que es el que fundamentalmente rige el proceso de inconstitucionalidad, tal como lo reconoce expresamente el artículo 75° del CPConst.

En tal sentido, si se juzgase inconstitucional el artículo 14° de la ley impugnada no podría serlo por el concreto sentido de la intangibilidad de los fondos que pudiera derivar del artículo 17° del Decreto Legislativo N.° 817, sino por el sentido que de tal intangibilidad deriva directamente del artículo 12° de la Constitución. Contario sensu, si se determinase la compatibilidad del aludido artículo 14° de la ley con el artículo 12° constitucional, desde luego, no podría considerársele violatorio del artículo 17° del Decreto Legislativo N.° 817, sino sencillamente modificatorio de éste. En resumidas cuentas, no puede pretenderse plantear una relación jerárquica entre los preceptos legales concernirlos, sino sólo cronológica.

31. Así las cosas, corresponde analizar si existe incompatibilidad entre el artículo 14° de la ley cuestionada que permite destinar parte de los recursos del Fondo Consolidado de ReservasPrevisionales para solventar las pensiones reguladas por sus artículos 10°, 11° y 13°, y la intangibilidad de los fondos de la seguridad social ordenada por el articulo 12° de la Constitución.

A juicio del Tribunal Constitucional no existe dicha incompatibilidad. La intangibilidad a la que alude el

artículo 12° de la Constitución tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (artículo 11 ° de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1° de la Norma Fundamental. Y es justamente dicho fin el perseguido por el articulo 14° de la ley impugnada, permitiendo que parte de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, permitan asegurar una pensión mínima para los pensionistas del SPrP. Como es evidente, el artículo 12° de la Constitución no pretende prefijar de una vez y para siempre el destino de los recursos de un concreto fondo creado por el legislador, ni menos aún supone que no puedan existir aportes solidarios entre los recursos de cada uno de los sistemas pensionarios a favor de los pensionistas. Por el contrario, el artículo 14° de la ley bien puede ser entendida como un paso adicional en el camino de la unificación progresiva que ha sido promovida por este Colegiado[14] y que debe desarrollarse bajo la senda del contenido axiológico del principio de solidaridad sobre el que se sustenta el sistema de seguridad social (artículo 10° de la Constitución) de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43 ° de la Constitución), regido por una economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución). Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución" (Cfr. STC 0050-2004-PI –acumulados-, F. J. (163).

En este orden de consideraciones, es pertinente recordar que, de conformidad con lo sostenido por este Colegiado en el fundamento 14 de la STC 0011-2002-PI, "[e]s de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido".

§6. Análisis de constitucionalidad del cobro de comisiones por parte de las AFPs y de la supuesta afectación al derecho de propiedad de los aportantes.

32. Ahora bien, en el cuestionamiento de los recurrentes a la validez del artículo 14° de la ley, subyace la alegación de un factor de inequidad en la manera cómo el legislador ha pretendido alcanzar el mantenimiento de una pensión digna para el trabajador, situando exclusiva y excluyentemente en manos del Estado el deber de refinanciar un sistema de seguridad social que, tanto en su ámbito público como privado, en la actualidad evidencia una crisis de singular grado que es preciso enfrentar pronta y eficientemente. Este parecer de los recurrentes, termina de hacerse evidente cuando consideran contrario al derecho de propiedad, reconocido en los artículos 2° 16 y 70° de la Constitución, el hecho de que no se haya obligado a las AFPs a devolver las comisiones cobradas a aquellos pensionistas que retornen al SPuP.

33. Considera el Tribunal Constitucional que, sobre el particular, es conveniente, ante todo, hacer referencia a un supuesto en particular. En efecto, ya ha existido ocasión de señalar que en el caso de que la afiliación haya sido consecuencia de una información indebida, insuficiente y/o inoportuna, corresponde la devolución de las comisiones indebidamente cobradas por las AFPs. Tal como se ha señalado,

"[a] entender del TC, inclusive se deberán devolver los montos y/o porcentaje que cada AFP haya cobrado a los pensionistas, siempre y cuando la SBS determine la responsabilidad que tuvo al momento de afiliar a la persona. Esta sólo cabría cuando la AFP no brindó la información necesaria para determinar la afiliación. En caso de que se deniegue esta devolución cuando sí ha existido responsabilidad de la AFP, cabría interponer una demanda contencioso-administrativa. Pero, ¿por qué se habría de aceptar tal restitución dineraria? Este Colegiado es consciente, a partir de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que el rol que juegan las AFP en tanto destinatarios del derecho fundamental a la pensión, también incluye la necesidad de asumir obligaciones, razón por la cual en este caso deberá asumir los costos de una afiliación reñida con la constitución, pero sólo en el supuesto de que se le encuentre responsabilidad. (...). El fundamento de esta afirmación es que 1ª AFP no puede cobrar por aquello que no debió ser percibido, por cuanto resulta contrario a la justicia, pretender consolidar o ejercer un derecho que se adquirió en contravención a los derechos fundamentales"[15].

La razón de dicha devolución, como quedó expuesto, reside en que tratándose en este caso de una violación continuada del derecho fundamental a la información la reposición de las cosas al estado anterior al momento en que se produjo la afectación, conlleva la nulidad del acto de afiliación, y consecuentemente, la devolución de toda comisión pagada bajo su amparo.

34. No obstante, los recurrentes no solamente consideran necesaria la devolución de las comisiones en los supuestos de violación del derecho a la información, pues entienden que esta devolución

"...debe ser un derecho de todos los trabajadores que retornen al [SPuPI..."[16].

En ese sentido, acusan una violación del derecho de propiedad de los trabajadores, previsto en el articulo 2° 16 de la Constitución, pues consideran que

"...la ley cuestionada al permitir que las AFPs se queden con parte de las comisiones percibidas, pertenecientes a los trabajadores que solicitarán la desafiliación y su retomo al [SPuP], está convalidando un caso de enriquecimiento ilícito y de apropiación indebida de fondos que son de propiedad de los trabajadores afectados"[17].

35. El Tribunal Constitucional discrepa de este planteamiento. Tal apropiamiento indebido se verificaría si, como afirman los recurrentes, operado el retorno al SPuP, las AFPs mantuvieran la disposición sobre los aportes de los trabajadores. No obstante, tal como se encuentra previsto en el artículo 5° de la ley impugnada, en los supuestos de retorno, tales aportes debe ser transferidos a la ONP.

Enefecto, dicha disposición establece los siguiente: "Para el caso de los afiliados que opten por desafiliarse del [SPrP], las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deben transferir directamente a la ONP el saldo de las Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), libre de aportes voluntarios sin fin previsional y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento (...)".

Que las AFPs mantengan entre sus activos las comisiones pagadas por la administración del fondo, en principio, no puede ser considerado como una apropiación indebida, a menos que se trate de un supuesto de desafiliación por violación del derecho fundamental a la información. Este razonamiento obedece a que, según se encuentra previsto en el artículo 24° a. del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, las referidas comisiones tienen naturaleza retributiva por el servicio de administración prestado.

§7. Deber constitucional de las AFPs de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones.

36. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, existen motivos de relevancia constitucional por los que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente necesario que el legislador y los organismos competentes como la SBS, modifiquen sensiblemente el tratamiento normativo de las referidas comisiones.

En primer lugar, como se ha señalado, de conformidad con el artículo 65° de la Constitución, es deber del Estado defender el interés de los usuarios del SPrP.

Dicha defensa debe tener como una de sus principales manifestaciones la garantía de un servicio eficiente, eficiencia que, en este caso, no puede tener otra manifestación más que el aseguramiento de, cuando menos, un margen mínimo de rentabilidad en la administración de los fondos pensionarios.

En segundo término, el referido deber alcanza una singular importancia iusfundamental, desde que el servicio concernido tiene por propósito garantizar la efectiva vigencia del derecho fundamental a la pensión, reconocido por el artículo 11 ° de la Constitución; una de cuyas manifestaciones de su contenido esencial es garantizar que, presentada la contingencia, se le asegure al aportante un quantumpensionario acorde con el principio-derecho de dignidad (artículo 1° de la Constitución) que actúa como presupuesto axiológico y ontológico del Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución). Por lo demás, sólo así es posible garantizar "la elevación de su calidad de vida" como fin último del cualquier sistema de seguridad social existente (artículo 10° de la Constitución), sea público, privado o mixto.

En tercer lugar, bajo este marco constitucional, debe tenerse presente que, sin perjuicio de reconocer que, en un SPrP, a diferencia de lo que ocurre en un SPuP, la capitalización del fondo de aportes es individualizada, tratándose también de un sistema de seguridad social, el principio de solidaridad debe ser considerado como elemento básico de su funcionamiento.

37. Pues bien, es de público conocimiento que en los últimos meses el SPrP ha evidenciado pérdidas sumamente significativas en los recursos de los fondos administrados. Desde el mes de junio de 2007, por sólo citar un caso, el porcentaje promedio de rentabilidad del Fondo Privado de Pensiones Tipo 2 (que, como se sabe, es el fondo de riesgo medio), ha sido siempre decreciente. Pero no sólo ello, a partir del mes de abril de este año no ha existido margen alguno de rentabilidad en su administración, evidenciando pérdidas cada vez mayores. Así, en el mes de abril la rentabilidad fue de -0.34%, en mayo de -4.18%, en junio de -4.72%, en julio de -13.80%, en agosto de -14.07 y en el mes de septiembre último de -16.70[18]. Mientras en mayo de 2008 el balance general de los fondos reportaba un patrimonio de S/. 63,539´817,000[19], en septiembre el mismo balance reportaba un patrimonio de S/. 52,943´873,000[20]. Lo cual supone que en sólo 4 meses ha existido una pérdida de S/. 10,595´94,000.

No obstante ello, por paradójico que resulte el monto de las comisiones recibidas por las AFPs no asume riesgo alguno como si lo hacen las aportaciones a los fondos de los asegurados. En efecto, por sólo tomar como referencia el mismo período en el que la rentabilidad de los fondos se mantiene en un porcentaje negativo cada vez mayor (de abril a septiembre de 2008), los ingresos por concepto de cobro de estas comisiones han aumentado sustancialmente, alcanzando varios cientos de millones de nuevos soles. Así, en el mes de abril éstos ascendieron a S/. 252´458,000, y en el mes de septiembre último a S/. 570´ 184,000[21]. Y aunque es cierto que a estos montos deben serles deducidos los gastos operacionales y otros egresos, es evidente que no se condice en absoluto con las pérdidas del fondo de los pensionistas verificadas en los últimos meses.

En definitiva, de acuerdo a lo dispuesto actualmente por nuestro ordenamiento jurídico, las pérdidas del SPrP son asumidas exclusivamente por el fondo pensionario de los trabajadores y no por el patrimonio de las AFPs, a pesar de que los beneficiarios no son los causantes de dichas pérdidas, sino, en todo caso, la ineficiente gestión de las AFPs. El Tribunal Constitucional entiende que estas pérdidas no son resultado de una conducta dolosa por parte las referidas empresas, y comprende también que en la lógica de la administración privada de los fondos de pensiones existe un margen de riesgo en las inversiones que puedan realizarse. No obstante, juzga manifiestamente contrario al deber del Estado de defender los intereses de los usuarios de los servicios públicos (articulo 65° de la Constitución), a la garantía institucional de un sistema de seguridad social acorde con la "elevación de la calidad de vida" del futuro pensionista (artículo 10° de la Constitución), al derecho fundamental a la pensión (artículo 11° de la Constitución), y al principio de solidaridad que rige todo sistema de seguridad social en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución), que las pérdidas que puedan generarse como consecuencia del aludido riesgo sean asumidas sólo por el patrimonio de los trabajadores aportantes al fondo privado de pensiones.

En consecuencia, exhorta al legislador y a la SBS para que, en el más breve plazo posible, emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFPs, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben.

38. No corresponde establecer a este Tribunal los medios concretos a través de los cuales dicho fin puede ser alcanzado. Ese es un asunto que, cuando menos por el momento, queda en el ámbito de configuración legislativa. Sin embargo, este Colegiado observa que existen determinados mecanismos a través de los cuales puede reducirse el margen de riesgo, mejorar el control de las inversiones, y compartir las perdidas generadas. Algunos de tales mecanismos por los que es posible optar son los siguientes:

a) Ordenar que, cuando menos, un porcentaje significativo de las comisiones recibidas sea destinado a aminorar las pérdidas generadas en cada ejercicio mensual, destinándolo, por ejemplo al Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

b) Ordenar que las comisiones tengan un porcentaje variable que sea directamente dependiente del rendimiento del fondo en cada ejercicio.

c) Ordenar que sólo un porcentaje reducido de los fondos administrados sea invertido en la bolsa de valores, cuando menos, mientras se mantenga un escenario de crisis financiera internacional.

d) Ordenar que un porcentaje significativo de los fondos administrados sea invertido en rentas fijas o en valores más seguros como bonos por ejemplo.

e) Ordenar a las AFPs brindar al afiliado, a los organismos competentes y a la opinión pública, una información detallada de los rubros en los que es invertido el dinero del fondo.

f) Crear un cuarto tipo de fondo de superlativa estabilidad para los asegurados próximos a jubilarse.

g) Ordenar que un porcentaje significativo de los fondos sea invertido en proyectos o capitales nacionales (infraestructura, por ejemplo), que aseguren un rendimiento y permitan un mejor control de la inversión realizada.

h) Regular la presencia de, cuando menos, un representante de los afiliados en el Directorio de las AFPs.

39. Se tiene en consideración que con fecha 23 de noviembre de 2008, la SBS ha publicado en el diario oficial El Peruano, la Resolución N.° 11153-2008, mediante la cual se disponen una serie de medidas que tienen por finalidad lograr una mayor diversificación en la inversión de los recursos de los fondos administrados y mantener su adecuada rentabilidad. En ese sentido, la norma hace más exigentes los requerimientos para efectuar tales inversiones -por ejemplo, modificando los límites máximos de inversión en una serie de instrumentos derivados, determinados fondos mutuos, activos en efectivo y títulos de deuda-con miras a promover la diversificación del portafolio y asegurar una gestión racional de los riesgos.

Se trata de medidas que contribuyen a reducir los riesgos en la administración de los fondos y que, en alto grado, guardan relación con los mecanismos a los que se ha hecho alusión en los puntos c), d) y e) del fundamento precedente. Sin embargo, cabe reiterar que en aplicación del principio de solidaridad perteneciente al núcleo esencial de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10° de la Constitución), es constitucionalmente necesario que el riesgo de la inversión realizada con los recursos del fondo privado de pensiones sea también afrontado, solidariamente, con el patrimonio de las AFPs representado por el cobro de las comisiones de administración. Y es que sólo de ese modo queda asegurado el compromiso de las referidas empresas en la adecuada gestión de los fondos pensionarios, lo que viene exigido por los artículos 10° y 11° de la Constitución, y sólo así queda garantizada la eficiencia en la realización de un servicio público iusfundamental, o, en su caso, la debida protección constitucional ante la reducción de la mencionada eficiencia, manifestada en la correspondiente reducción de la contraprestación (las comisiones) por un servicio que no se ha prestado debidamente, todo lo cual deriva de una adecuada interpretación del articulo 65° de la Constitución.

§8. Sentencias constitucionales y equilibrio presupuestal.

40. Finalmente, el Tribunal Constitucional declara que esta sentencia es emitida en plena observancia y respeto de los principios de equilibrio presupuestal (artículo 78° de la Constitución) y deprogresividad en los gastos públicos (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

En efecto, el Pleno de este Colegiado es consciente de que los costos para las arcas del Estado que pueda irrogar sus sentencias, deben merecer la adjudicación de peso importante en la valoración de cada caso concreto y en la determinación de los efectos en el tiempo de sus decisiones, de forma tal que dichos costos no superen el margen de lo razonablemente exigible. Ello debe ser así no porque se conceda a intereses propios del Estado la capacidad de mediatizar el efecto vinculante de los derechos reconocidos por la Constitución, sino porque en el respeto al principio de equilibrio presupuestal subyace la protección de otros muchos derechos fundamentales cuya debida tutela podría resultar sensiblemente afectada como consecuencia del quiebre de tal equilibrio. Es por ello que no cabe defender interpretaciones que manifiestamente sitúen en riesgo la estabilidad presupuestal del Estado, pero tampoco posiciones que despojen de toda protección a los derechos fundamentales. Como bien advierte Zagrebelsky, "la primeras sacrifican las tareas que la Constitución asigna al Gobierno y al Parlamento en la apreciación y en la gestión de la compatibilidad económico financiera privilegiándose la garantía del principio de constitucionalidad y la protección de los derechos. Las segundas sacrifican en cambio la exigencia de defensa

de los derechos privilegiándose las prerrogativas gubernativas y parlamentarias"[22].
En consecuencia, la generación de un gasto público adicional derivada de una sentencia constitucional, debe ser consecuencia de una meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos, y nunca de algún criterio voluntarista. Bajo tal consideración, efectuada dicha ponderación racional por el Tribunal Constitucional, la aplicación del costo económico que sea necesario para la debida protección de un derecho fundamental ordenada por una sentencia constitucional, no es un asunto que quede librado a la discrecionalidad de los poderes públicos, sino que se convierte en un auténtico deber constitucional. De ahí que, bien entendidas las cosas, "[l]as consecuencias financieras de las decisiones constitucionales no serían determinadas por [el Tribunal Constitucional], sino que se desprenderían de la Constitución, a la cual todos, legislador incluido, se encuentran subordinados. (...) [S]i los gastos no son discrecionales, porque están impuestos por la Constitución(según la interpretación que de ésta realiza [el Tribunal Constitucional]), el desembolso se hace una obligación. Por tanto, una vez establecido que el gasto es constitucionalmente obligatorio, el legislador no puede contrastar la decisión [del Tribunal] en nombre de la propia discrecionalidad política"[23].

41. No hay duda de que la posibilidad de traslado del SPrP al SPuP por las causales desarrolladas por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, y en la presente sentencia, generarán un cierto margen adicional de gasto público. No obstante, existen, cuando menos, tres razones de fundamental relevancia en virtud de las cuales este Colegiado encuentra mérito suficiente para dotar de efecto vinculante inmediato a la presente resolución. En primer lugar, porque el referido gasto publico es reducido y no se aplica de inmediato, en la medida de que, conforme a lo establecido por el artículo 5° de la ley impugnada, cada traslado del SPrP al SPuP supone transferir directamente a la ONP el saldo de las respectivas Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento. En otras palabras, en el inmediato plazo, producido el traslado, el pago de las pensiones se realiza con cargo a estos conceptos y no a recursos estatales.

En segundo lugar, porque ha sido el propio legislador, y no este Tribunal, el que ha reconocido que el Estado, con cargo al Fondo de Reservas Previsionales, se encuentra en capacidad de cubrir los costos de las pensiones mínimas tanto en el SPuP como en el SPrP. Lo cual, por cierto, no es óbice para que, de conformidad con el fundamento 38 a. supra, se obligue a las AFPs a contribuir en la financiación del referido Fondo.

Y, en tercer lugar, porque, además de otras consideraciones, ha sido justamente en observancia del principio de equilibrio presupuestal, que este Tribunal ha sido meridianamente claro en señalar que el derecho fundamental de desafiliación del SPrP no puede ser interpretado como un derecho absoluto, sino que sólo resulta ejercitable en presencia de alguna de las causales previstas en la Ley N.°28991 interpretada a la luz de los criterios establecidos en la STC 1776-2004-PA y en la presente sentencia, reduciéndose considerablemente el potencial gasto público generado.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:

1.1 Inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones. En tal sentido, a partir de lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, y de conformidad con lo establecido en el fundamento 20 supra, interprétese que constituye causal de desafiliación del SPrP y de consecuente derecho de retorno al SpuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.

1.2 De conformidad con el fundamento 19 supra, interprétese que tratándose de una violación constitucional continuada, no opera ningún plazo prescriptorio para solicitar la nulidad del acto de afiliación en los supuestos de indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.

1.3 De conformidad con el fundamento 24 supra, a partir de una interpretación de los artículos 3° y 15° de la ley impugnada acorde con el artículo 65° de la Constitución, entiéndase que es obligación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y de la Oficina de Normalización Previsional, hacer de conocimiento de los aportantes que una indebida, insuficiente y/o inoportuna información al momento de su afiliación a una AFP es causal de desafiliación del SPrP, señalándose los criterios que permiten determinar la existencia de esta causal. Esta información deberá difundirse en la campaña informativa regulada por el artículo 3°, y deberá incluirse claramente en el "Boletín informativo" regulado por el artículo 15°.

1.4 De conformidad con los fundamentos 36 a 38 supra, se exhorta al legislador y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para que, en el más breve plazo posible, emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFPs, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben.

1.5 Los criterios de interpretación establecidos en esta sentencia son de alcance general y vinculan a todos los

poderes públicos, de conformidad con los artículos 81 ° y 82° del CPConst.

Declarar INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

---

1 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 4 de autos.

2 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 4 y 5 de autos

3 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 6 de autos.

4 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 6 de autos. La negrita y el subrayado es del original.

5 Cfr. SSTC 0183-2002-PA, F. J.1; 0015-2002-PI., F. J. 3; 0031-2004-PI., F. J. 22: 0435-2004-PA, F. J. 3: 0045-2004-PI. FF. JJ. 42 – 46: 1337-2004, F. J. 2; 4587-2004-PA, F. J. 22; 1211-2006-PA, F. J. 6519-2006-PA, FF. JJ. 6 Y 7 ; entre otras.

6 Como acertadamente refiere Alexy: "Lo que está ordenado por la constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible" (CFR. Alexy, R., "Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales", en Teoría de los derechos fundamentales, traducción de C. Bernal, 2da. Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 159).

7 Cfr. STC 0006-2008-PI, F. J. 41.

8 Cfr. STC 0006-2008-PI, FF. JJ. 43 y 44

9 Así, por ejemplo, está causal prevista en el artículo 51° f. De la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP.

10 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 13 de autos. La negrita es del original.

11 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 15 de autos. La negrita es del original.

12 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 9 y 10 de autos.

13 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 17 de autos.

14 "El Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva.

15 Cfr. STC 1776-2007-PA, F. J. 50.

16 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 20 de autos. La Negrita y el Subrayado es del original.

17 Cfr. Escrito de demanda, a fojas 18 de autos.

18 Cfr. Boletín Estadístico de Administradoras de Fondos de Pensiones, publicado por la SBS en su página web: htto:// www.sbs.gob.pe/PortalSBS/boletínSPP/defaultbk.htm

19 Cfr. http://www.sbs.gob.pe/estadíatica/financiera2008/Mayo/FP-1213-my2008.XLS

20 Cfr. http://www.sbs.gob.pe/estadística/financiera/2008/Setiembre/FP-1213-se20008.XLS

21 Cfr. Boletín Estadístico de Administradoras de Fondos, de Pensiones, publicado por la SBS en su página web: http:// www.sbs.gob.pe/Portal SBS/boletínSPP/defaultbk.htm

22 Cfr. Zagrebelsky, G., "Problemi in ordine al costi delle sentenze constituzionali", en AA. VV., le sentenze della Corte Constituzionale el art. 81, UC., della Constituzione, Giuffre, Milán, 1993, p. 107.

23. Cfr. Idem, p. 112.

Exp. N° 0033-2007-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Juan Carlos Díaz Montes y 8,971 ciudadanos. Se reafirma la constitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos que prohíbe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional para los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3° de la mencionada Ley].*

Fecha de Resolución: 13 de febrero de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de setiembre de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) desestimó la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley Penal contra el Lavado de Activos, en la que se pretendía dejar sin efecto el artículo 7° que prohíbe los beneficios penitenciarios de liberación condicional, semilibertad y redención de la pena por el trabajo y la educación a los sentenciados por el delito de lavado de activos proveniente del narcotráfico.

Los demandantes alegaban que la restricción de estos beneficios penitenciarios violaba el fin resocializador de la pena reconocido en la Constitución y que a su vez vulneraba el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación. Así también, consideraban que "por conexidad" debía declararse inconstitucional el primer y último párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 26320, normas referidas a los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas, pese a que transcurrió más de 6 años desde su publicación.

En la Sentencia recaída en el EXP. N.° 0033-2007-PI/TC el TC considera que la demanda debe ser declarada infundada por cuanto la restricción de los beneficios penitenciarios de liberación condicional, semilibertad y redención de la pena por el trabajo y la educación a los sentenciados por el delito de lavado de activos proveniente del narcotráfico fueron dictados en razón del artículo 44° de la Constitución que obliga al Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, considerando la naturaleza de extrema gravedad que los delitos relacionados al narcotráfico pueden causar, ello sin menoscabar el principio constitucional del fin resocializador del régimen penitenciario.

En su decisión, el TC señala que sólo es posible justificar esta restricción por razones superiores de seguridad estatal, dentro de política criminal diseñada y debidamente fundamentada. A la vez, el TC estableció que es inconstitucional la "restricción total de beneficios penitenciarios", ya que esta medida vacía de contenido el principio resocializador de la pena. Además, se determinó mediante el *test de proporcionalidad* que esta medida no vulnera el principio derecho de igualdad y de no discriminación toda vez que esta restricción está debidamente motivada.

Finalmente, el TC estableció que es improcedente la solicitud de inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia al haber superado el período prescriptorio de 6 años, según lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional.

Temas Claves: Beneficios penitenciarios - derecho a la igualdad - fin preventivo de la pena - inconstitucionalidad por conexión - presunción de constitucionalidad de la ley - principio de conservación de las leyes - test de proporcionalidad - tráfico ilícito de drogas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00033-2007-PI/TC

SENTENCIADEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Don Juan Carlos Díaz Montes y 8,971 ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado)

Resolución del 13 de febrero de 2009

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan Carlos Díaz Montes y 8,971 contra el artículo 7° de la Ley N.° 27765, publicada el 27 de junio de 2002 en el Diario Oficial El Peruano, y contra el tercer párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 26320, publicada el 2 de junio de 1994 en el Diario Oficial El Peruano.

Magistrados presentes:

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD
IV. ANTECEDENTES
A. Demanda
B. Contestación de la Demanda (rebeldía)
V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
VI. FUNDAMENTOS
A. Delimitación del petitorio.
B. Inconstitucionalidad de normas conexas.
C. El Estado Social y Democrático de Derecho y el ius puniendi
D. Fines de la pena en la Constitución Política del Perú
- Fin preventivo general de la pena
- Fin preventivo especial de la pena

E. Los Beneficios Penitenciarios y su relación con la finalidad resocializadora
F. Análisis de constitucionalidad de la disposición impugnada ante el principio derecho de igualdad
- El principio derecho de igualdad
- El test de proporcionalidad sobre la norma impugnada
- La intervención en el principio-derecho igualdad
- Intensidad del tratamiento diferente
- El fin del tratamiento diferente

A. Finalidad
B. Objetivo
- Examen de la idoneidad del tratamiento diferente a sentenciados por el delito de lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas
- Examen de la necesidad del tratamiento diferente a sentenciados por el delito de lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas
- Test de proporcionalidad propiamente dicho.

FALLO

EXP. N.° 00033-2007-PI/TC
LIMA
JUAN CARLOS DÍAZ MONTES
Y 8,971 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de febrero de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncian la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Juan Carlos Díaz Montes y 8,971 ciudadanos contra el artículo 7° de la Ley N.° 27765, publicada el 27 de junio de 2002 en el Diario Oficial El Peruano, "Ley Penal contra el Lavado de Activos" que prohíbe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional para los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3 de la mencionada Ley, y –por conexidad- contra el primer y el tercer párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 26320, publicada el 2 de junio de 1994 en el Diario Oficial El Peruano.

II. DATOS GENERALES

Demandante	:	Don Juan Carlos Díaz Montes y 8,971 ciudadanos.
Norma impugnada	:	Artículo 7° de la Ley N.° 27765, publicada el 27 de junio de 2002 en el Diario Oficial El Peruano, "Ley Penal contra el Lavado de Activos" que prohíbe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional para los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3° de la mencionada Ley, y contra –por conexidad- el primer y tercer párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 26320, publicada el 2 de junio de 1994 en el Diario Oficial El Peruano.
Vicio de inconstitucionalidad alegado	:	Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del principio-derecho igualdad enunciado en el artículo 2°, inciso 2), de la Constitución e infracción de los fines de las penas establecido en el artículo 139°, inciso 22), de la Constitución Política del Perú.

Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley N.° 27765, en el extremo que restringe beneficios penitenciarios a los sentenciados por el delito de lavado de activos provenientes del narcotráfico, y por conexidad se declare la inconstitucionalidad del primer y tercer párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 26320.

III. NORMAS DEMANDADAS DE INCOSTITUCIONALIDAD

1) Artículo 7 de la ley N.° 27765, publicada el 27 junio de 2002.

Ley penal contra el lavado de activos

Artículo 7.- Prohibición de Beneficios Penitenciarios
Los sentenciados por el delito previsto en último párrafo del Artículo 3 de la presente Ley no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 7.- Prohibición de beneficios penitenciarios
Los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3 de la presente Ley no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional."
"(...)

Artículo 3.- Formas Agravadas
La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:

a) El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.
b) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, el terrorismo o narcoterrorismo. (*)
(*) Párrafo modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:
"La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas o terrorismo." (*)
(*) Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 986, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 3.- Formas Agravadas
La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:

a) El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.
b) El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 228 y 230 del Código Penal."
(...)"

2) LEY N° 26320

Dictan normas referidas a los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas y establecen beneficio

Artículo 4.- Los sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los Artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad.
Tratándose del beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y la educación, el sentenciado por el delito previsto en el Artículo 298 del Código Penal redimirá la pena a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva o educación. En los demás casos, será a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o educación.

Los beneficios previstos en este artículo no alcanzan a los sentenciados por los delitos contemplados en los Artículos 296 A, 296 B, 296 C y 297 del Código Penal.

IV. ANTECEDENTES

A) La Demanda
La demanda de inconstitucionalidad solicita que se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas que "prohíben el acceso a los beneficios penitenciarios para un grupo de la población carcelaria de condenados por delitos agravados de TID" porque considera que son contrarias a los "fines de las penas"(artículo 139°, inciso 22) de la Constitución), y así también que vulnera el principio de "igualdad jurídica" ante la ley y el principio de no discriminación "consagrado como "jus cogens" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva N.° 18 del 17 de setiembre de 2003 que obliga al Estado a eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio de su ordenamiento jurídico".

Alega que el artículo 7° de la Ley N.° 27765, promulgada el 27 de junio de 2002, se encuentra dentro del plazo establecido en el artículo 100° del Código Procesal Constitucional y que, entonces, "por conexidad" con esta norma pide se declare la inconstitucionalidad del primer y del último párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 26320, de la que, si bien es cierto, ha transcurrido

en exceso el plazo para cuestionarla mediante el proceso de inconstitucionalidad, también lo es que ambas normas se refieren "a circunstancias agravantes del mismo delito, o sea, tráfico ilícito de drogas; y se encuentra amparada en el artículo 78° del Código (citado)", que establece la inconstitucionalidad de normas conexas. En este sentido manifiesta que el plazo de prescripción de 6 años desde la publicación de la norma "no considera el supuesto de que la norma suprema, o sea, alguna norma constitucional pueda ser a posteriori modificada, debiéndose adecuar entonces la ley interna a los nuevos parámetros constitucionales, igualmente, la variación o la aparición de nuevas doctrinas como la incorporación de un derecho fundamental a la categoría de Normas Imperativas de Derecho Internacional General (jus cogens), harían variar sustancialmente el contenido de las leyes internas, pero si se aplicase el plazo perentorio de prescripción a una norma que está fuera del límite temporal y así su contenido fuera manifiestamente contrario a la nueva norma imperativa internacional o a una nueva norma constitucional"; por lo que esta ausencia de regulación no debería ser obstáculo para que este Tribunal se pronuncie ante normas "con más de 6 años de antigüedad" y que lo contrario significaría violar el derecho al debido proceso y el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de ley reconocido en el artículo 139°, inciso 8) dela Constitución, ya que estos "formalismos" desnaturalizarían la tutela judicial efectiva entendida como la facultad de "acceder a los tribunales".

Así también refiere que el principio de igualdad y no discriminación es "Norma Imperativa de Derecho Internacional General" desde el año 2003 y por ende el Perú como "parte" de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene la obligación de cumplirla resultando inaplicable para el caso concreto cualquier norma de derecho interno que pueda restringir por razones temporales o de otra naturaleza el acceso a la tutela judicial efectiva. Por esta razón consideran los demandantes que el artículo 100° del Código Procesal Constitucional vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva al imponer una restricción al derecho al acceso a la justicia constitucional ya que existiendo afectación al derecho invocado en la petición, no habría lugar a la interposición de la demanda. Por otro lado, alega también que la vulneración del principio de igualdad se puede verificar en el "Test de razonabilidad o proporcionalidad" ya que la "prohibición de acceso a los beneficios penitenciarios, no persigue un fin constitucional, tan solo es el reflejo de una política penal y penitenciaria de carácter vindicativa, más propia de estados de emergencia y gobiernos dictatoriales que utilizan la ley para amedrentar al infractor" contrario a los fines de la pena que de acuerdo a la constitución es "recuperar y revaluar al ser humano, dándole oportunidad mediante la reeducación, rehabilitación y resocialización, de reintegrarse a la sociedad, aún antes del cumplimiento de la pena" por lo que su restricción sin considerar si existen o no condiciones que hagan prever que se hayan alcanzado con los fines de la pena y pueda acceder a un beneficio penitenciario, es un acto discriminatorio. Circunstancia esta que es agravada por el hecho de conceder estos beneficios para condenados por delitos como el de terrorismo.

B) La contestación de la demanda

Que mediante resolución de fecha 24 de noviembre de 2008, este Tribunal Constitucional declaró en rebeldía al demandado en aplicación del artículo 107° del Código Procesal Constitucional por la presentación extemporánea de la contestación de la demanda

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

¿Es procedente la demanda en el extremo que pide la inconstitucionalidad por conexión de normas que por el transcurso de seis años habría prescrito la pretensión?
¿Tiene sustento constitucional la restricción de los beneficios penitenciarios (redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional) y vulnera esta restricción los fines de la pena reconocidos en la Constitución?

¿El otorgamiento de beneficios penitenciarios (redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional) a otros grupos de sentenciados, incluyendo, en algunos casos, a los de terrorismo y no a los demandantes (sentenciados por el delito de lavado de activos que proviene del tráfico ilícito de drogas), vulnera el principio de igualdad y de no discriminación?

VI. FUNDAMENTOS

A) Delimitación del petitorio

1. Antes de evaluar las materias constitucionales relevantes es necesario delimitar el petitorio habida cuenta que la norma inicialmente impugnada ha sido modificada (ampliada en cuanto a los destinatarios de la norma) en dos oportunidades. Así, los recurrentes en la demanda de inconstitucionalidad expresamente impugnan en el petitorio el "artículo 7° de la Ley N.° 27765 promulgada el 27 de junio de 2002, así como, por conexidad, de la parte in fine del primer párrafo y todo el tercer párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 26320 promulgada el 2 de junio de 1994, (normas que prohíben el acceso a los beneficios penitenciarios para un grupo de la población carcelaria de condenados por delitos agravados de TID"(sic). Asimismo, alega que "dicha conectividad entre ambas normas impugnadas, se evidencia al referirse éstas a circunstancias agravantes del mismo delito, o sea, tráfico ilícito de drogas".

2. Así, la norma adjuntada a la demanda establece que: "Artículo 7.- Prohibición de Beneficios Penitenciarios. Los sentenciados por el delito previsto en último párrafo del Artículo 3 de la presente Ley no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional."; "Artículo 3° (último párrafo). "(...) La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, el terrorismo o narcoterrorismo."

3. Actualmente, se ha ampliado el grupo de destinatarios de la norma que prohíbe beneficios penitenciarios a los sentenciados por el delito de "lavado de activos", que expresamente establece que: "Artículo 7º.- Prohibición de beneficios penitenciarios. Los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3 de la presente Ley no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional."; "Artículo 3º (último párrafo) "La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 228 y 230 del Código Penal."

4. Que, según el Principio de presunción de constitucionalidad, las leyes gozan de la presunción que se encuentran de conformidad con la Constitución, hasta que este Tribunal en ejercicio de su función jurisdiccional la declare inconstitucional, en ese sentido todas las normas que emanan del Estado son consideradas constitucionales. Este Principio se ha materializado en la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: "Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional". Así también el Principio de conservación de las leyes permite afirmar la seguridad jurídica y mantener la legitimidad democrática de la que gozan las leyes. En ese sentido, este Tribunal en aplicación de estos principios sólo puede pronunciarse respecto de las normas impugnadas.

5. En ese sentido este Tribunal considera, como consecuencia del análisis de la demanda, que la petición de los demandantes es impugnar la norma que contiene la prohibición de los referidos beneficios penitenciarios a los internos condenados por el delito de "lavado de activos" provenientes del tráfico ilícito de drogas (TID). En ese sentido, en el "acápite IV" de la demanda señala: "Inconstitucionalidad de la prohibición de acceso a los beneficios penitenciarios para los condenados por delitos graves de TID", y que a lo largo de la demanda va a argumentar en ese sentido reiteradamente. Incluso –cuando denuncia la vulneración del principio de igualdad- hace referencia y compara con los sentenciados por el delito de terrorismo los que en algunos tipos sí tiene beneficios penitenciarios. Así manifiesta que: "el otorgamiento de beneficios penitenciarios a cierta clase de condenados por determinados delitos entre los que se incluye el de terrorismo (delito de lesa humanidad) constituye un verdadero privilegio para estos, mientras que la prohibición para los condenados por TID se configura como un acto discriminatorio al no existir una justificación objetiva y razonable" (F. 6-7).

6. A mayor abundamiento tenemos el informe presentado por los demandantes, de fecha 16 de febrero de 2009, en el mismo sentido e incluso en el escrito de fecha 10 de febrero de 2009 alega que: "la exclusión sólo comprende a las modalidades agravadas por el último párrafo del referido artículo 3º de la misma ley, que establece: "Formas agravadas:
(...) La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, el terrorismo o narcoterrorismo." Es decir hace referencia a la norma inicialmente vigente que posteriormente va a ser modificada y ampliada tal como lo describimos en los fundamentos precedentes y alegando específicamente en sus fundamentos al delito de "lavado de activos" provenientes del narcotráfico. Así también, la Ley N.º 26320 "Dictan normas referidas a los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas y establecen beneficio", impugnada por conexidad, hace referencia a la restricción de beneficios penitenciarios a algunas modalidades del delito de TID.

7. Por estas razones y en aplicación del Principio de presunción de constitucionalidad y conservación de las leyes, este Tribunal sólo podrá pronunciarse sobre la norma impugnada que restringe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a los sentenciados por los actos de conversión o transferencia (ocultamiento) que se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del TID. Para lo cual primero desarrollaremos la inconstitucionalidad de normas conexas toda vez que el petitorio del demandante impugna por conexidad la Ley N.º 26320 "Dictan normas referidas a los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas y establecen beneficio" cuyo plazo para impugnarla vía control concentrado de constitucionalidad ha prescrito.

B) Inconstitucionalidad de normas conexas.
8. Considerando que la finalidad de los procesos de inconstitucionalidad es la defensa de la supremacía de la Constitución frente a infracciones de normas con rango de ley que la vulneran en el fondo o en la forma a fin de dejarlas sin efecto legal y restablecer así el orden y la jerarquía constitucional. Así también, cabe recordar, que para realizar este control concentrado de constitucionalidad el legislador ha establecido un límite temporal o prescriptorio para la presentación de la demanda en el artículo 100º del Código Procesal Constitucional:
"La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.".

9. En ese orden de ideas y a fin de garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional y asegurar la supremacía constitucional, los procesos de inconstitucionalidad tiene como objetivo colateral buscar la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas, que evite la vigencia de normas que,

por consecuencia o conexidad con la norma declarada inconstitucional, son también contrarias a la Constitución. Por esta razón, el Código Procesal Constitucional en su artículo 78° regula la inconstitucionalidad de normas conexas y expresamente establece que: "La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia."

10. Lo contrario significaría que si normas conexas a la norma declarada inconstitucional, podrían no ser objeto de pronunciamiento, se generaría una situación de inconstitucionalidad grave en la que regirían normas con evidentes vicios de inconstitucionalidad que atentaría contra el orden constitucional y que el artículo 78° del Código Procesal Constitucional busca evitar. Por cuanto, carecería de sentido iniciar nuevos procesos de inconstitucionalidad cuando tengan relación de consecuencia o conexidad con el principal. El principio de unidad y no contradicción en el sistema jurídico constitucional, requiere de esta extensión del control, teniendo obviamente como presupuesto que la norma principal impugnada sea declarada inconstitucional y, a diferencia del ordenamiento jurídico español[1], poder declarar la inconstitucionalidad de normas por conexidad o consecuencia de normas que no se encuentran en el mismo cuerpo legal, pero que se trate de casos o supuestos similares.

11. Nuestro ordenamiento jurídico al regular la declaración de la inconstitucionalidad de normas conexas ha permitido expurgar del ordenamiento jurídico normas que vulneraban la Constitución, es decir se pronunció más allá del petitorio –ultra petita o fuera del petitorio –extra petita–, a fin de evitar el estado de inconstitucionalidad. Así, este Tribunal señaló que "A diferencia de lo establecido por el artículo 38° de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.° 26435, actualmente la declaratoria de inconstitucionalidad no se restringe únicamente a los preceptos derivados de la misma norma cuestionada, que haya sido materia del contradictorio, sino que se extiende a aquellas otras normas que se encuentren ligadas por conexión o consecuencia, evidentemente, aun cuando no hayan sido materia del petitorio." Es decir asumió como factible la posibilidad de pronunciarse más allá del petitorio a fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución.[2]

12. De este modo,-y siguiendo la misma sentencia- una vez identificados los supuestos de inconstitucionalidad en la producción normativa municipal sobre arbitrios (referidos al plazo de la ratificación y los criterios para la distribución del costo), el rango de observancia (periodos 1997-2004) y la posibilidad de continuar la cobranza en base a "nuevas ordenanzas" para los periodos no prescritos (2001-2004), el Tribunal extendió la declaratoria de inconstitucionalidad a todos aquellos supuestos (ordenanzas con vicios de inconstitucionalidad), más allá del caso de las ordenanzas de Miraflores. En tal sentido, el resto de Municipalidades quedaron vinculadas por el carácter de cosa juzgada y fuerza de ley de dicha sentencia. De modo que quedaron obligadas a verificar si en los periodos indicados sus ordenanzas también incurrían en los vicios detectados por el Tribunal y, de ser así, proceder conforme a lo dispuesto en los puntos XIII y XIV de la sentencia predicha.[3]

13. Así también en sentencia N.° 0053-2004-AI/TC se ha establecido que : "Si bien a diferencia del caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de alcance nacional, la declaratoria de inconstitucionalidad de ordenanzas se restringe al ordenamiento jurídico municipal del que provienen, ello no impide a este Tribunal para que, a efectos de garantizar la primacía de la Constitución y el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa en general, extienda por conexidad los efectos de su sentencia a casos similares, toda vez que se constatan los mismos vicios de forma y fondo que en este caso particular se sancionan." En tal sentido lo que se busca con la declaración de inconstitucionalidad de una norma por conexión es limpiar de impurezas el ordenamiento jurídico y asegurar que esta declaración sea efectiva en su totalidad, dejando sin efectos también aquellas otras normas que se le relacionen o vinculen de forma objetiva, clara y precisa.

14. Así las cosas, este Tribunal considera que es necesario fijar cuál es el límite temporal o prescriptorio al control concentrado de normas, que por conexidad o consecuencia tienen relación con la norma declarada inconstitucional, que ejercen los Tribunales Constitucionales en su actuación, considerando el límite establecido en el artículo 100° del Código Procesal Constitucional (CPC) para ejercerlo. En ese sentido, considerando que el presupuesto para declarar la inconstitucionalidad de normas por conexidad es que el petitorio principal sea estimado, el CPC no ha establecido un plazo que fije el límite para ejercer el control concentrado de constitucionalidad de normas que por consecuencia o conexidad tengan unidad lógica con la norma declarada inconstitucional, ya que su naturaleza es accesoria.

15. Entonces ante el vacío referido al margen temporal de control constitucional de normas por conexión con rango de ley a la declarada inconstitucional, es necesario realizar una "interpretación" a fortiori.Pero para lo cual es necesario recordar su ubicación dentro de los tipos interpretativos. En ese sentido, recordaremos que uno de los tipos de las interpretaciones correctoras es la extensiva. Esta, a su vez, es entendida como "aquella que extiende el significado prima facie de una disposición incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él." Así, se precisa que "la extensión del significado de una disposición tiende a confundirse con la formulación de una norma nueva (no reconducible a esa disposición como significado de la misma). Entre las dos cosas no existe una diferencia neta, sino sólo una diferencia de grado."[4]

16. Así, "los argumentos que son capaces de sostener una interpretación extensiva son principalmente dos, aunque algunos los configuran como variantes de un mismo argumento: el argumento a fortiori y el

argumento a simili o análógico.", es decir, son estos argumentos o variantes los que le darán fortaleza y fuerza argumentativa a la interpretación.

17. El argumento a *fortiori* se presenta cuando "la disposición D (si F1, entonces G) conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F1; pero el supuesto de hecho F2 merece, con mayor razón la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G debe aplicarse también al supuesto de hecho F2." De esta manera se deduce que el argumento a fortiori no es un argumento meramente "interpretativo" (de disposiciones existentes), sino más bien de un argumento productor (de derecho nuevo)".

18. Esta argumentación "productora" se presenta de dos formas distintas "dependiendo que se use para interpretar disposiciones que confieren posiciones subjetivas ventajosas (por ejemplo derechos) o, por el contrario, para interpretar disposiciones que confieren posiciones desventajosas (por ejemplo obligaciones).

En el primer caso, asume la forma del argumento a majori ad minus. Por ejemplo: si se permite establecer intereses del 20%, entonces, con mayor razón, también se permite establecer intereses del 10%.
En el segundo caso, asume la forma del argumento a minori ad majus. Por ejemplo: si se prohíbe tener en casa animales domésticos, entonces –con mayor razón- se prohíbe tener en casa también tigres."[5]

19. En consecuencia, en el presente caso, se puede establecer el siguiente argumento: si legislativamente esta "prohibido" (improcedencia de la demanda de inconstitucionalidad) impugnar directamente normas con rango de ley cuyo plazo prescriptorio haya superado los seis años desde su publicación con mayor razón también se "prohíbe" (improcedencia de la demanda) la impugnación de normas por conexión o consecuencia a la principal declarada inconstitucional, cuyo plazo prescriptorio haya superado los seis años desde su publicación.

20. En este sentido, no es que este Tribunal, en contra de sus funciones constitucionales, pretenda permitir con la vigencia de normas contrarias a la Constitución una situación de abierta inconstitucionalidad que podría producirse, sino que el límite temporal establecido por el legislador para el ejercicio del control concentrado de normas se extiende también a la declaratoria de inconstitucionalidad de normas que por consecuencia o conexidad se relacionan con la norma sujeta a control.

21. Así, para salvar esta situación de abierta contradicción a la Constitución que podría generarse y considerando que la norma principio que establece la supremacía constitucional no quede vaciada de contenido, nuestro sistema jurídico constitucional también ha establecido dos mecanismos de salvaguarda de la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico nacional. Por un lado, el control difuso de constitucionalidad del artículo 138° de la Constitución, en virtud de la cual en el Perú los Jueces Ordinarios y Constitucionales tienen la facultad de realizar control difuso de constitucionalidad de normas para la cual no se ha establecido límites en el tiempo. En consecuencia, no se ha dejado sin contenido la facultad de realizar control constitucional de normas por los Jueces Ordinarios y Constitucionales ni la supremacía constitucional. Por otro lado, el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPC, dispone que "Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."

22. Es necesario precisar que esta limitación temporal para el control constitucional por conexidad o consecuencia lo es también sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces para hacer control difuso de las normas que por el fondo o la forma se opongan o contravengan la Constitución., tal cual lo ha establecido al artículo 100° del Código procesal Constitucional: "(...) Vencidos los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51° y por el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución."

23. En conclusión, considerando la regulación que de ella ha hecho el Código Procesal Constitucional y los límites temporales establecido en la presente sentencia no es posible hacer un control concentrado de normas que por conexidad o consecuencia hayan superado el plazo prescriptorio establecido en el CPC.

24. Así, en el presente caso, la Ley N.° 26320 "Dictan normas referidas a los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas y establecen beneficio", cuyo control se pretende por conexidad debe ser rechazada liminarmente en aplicación del artículo 104°, inciso 1) del CPC, ya que fue publicada el 2 de junio de 1994 en el Diario Oficial el Peruano y, en consecuencia, al haber superado en exceso el plazo establecido en el artículo 100° del CPC es improcedente. Por otro lado, considerando que su expulsión y control depende de la estimación de la pretensión principal con la cual se relaciona por consecuencia o conexidad este Tribunal creyó conveniente pronunciarse sobre sus límites formales de control constitucional concentrado, más no sobre el control concreto de dicha norma, a través de la interpretación que establece el Tribunal Constitucional.

C) El Estado social y democrático de derecho y el ius puniendi

25. Para poder determinar si el artículo 7.° de la Ley N.° 27765 es contraria a los fines de la pena y si vulnera el principio-derecho de igualdad es necesario interpretar las normas constitucionales que la regulan y ponderar los bienes jurídicos en conflicto. Ello, con la finalidad de determinar si esta vulnera la Constitución, para lo cual es necesario desarrollar el marco sobre el que se mueven y ejercitan estos importantes derechos constitucionales.

26. Así, el ius puniendi del Estado es entendido como la potestad "que se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la

regulación de las mismas"[6], así, y siguiendo al mismo autor, "el ejercicio de su poder punitivo está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general.". En este sentido la persecución y sanción de conductas delictivas, en un Estado Social y Democrático de Derecho implica el diseño general de las políticas criminales las que no se agotan con la descripción típica de estos ilícitos sino también, entre otros, con la ejecución de la pena. Así, el ius puniendi del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena. En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales será el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado.

D) Fines de la Pena en la Constitución Política del Perú

27. En consecuencia, el Estado en ejercicio de su potestad punitiva diseña las políticas criminales que incluyen el deber de protección de la ciudadanía en general y la finalidad "resocializadora" del régimen penitenciario. Así nuestra Constitución ha establecido estos fines como principios que han de trazar la política criminal sirviendo muchas veces como límites al legislador y otras como obligaciones para hacer efectivo los derechos fundamentales de la población. En tal sentido muchas veces se han generado antinomias (tensiones) entre estos dos fines: uno, que persigue la intimidación y la protección de la sociedad y; el otro que busca la resocialización. Por esta razón es necesario interpretar en el presente caso cuál es el principio que va a dominar la política criminal en los delitos de lavado de activos provenientes del narcotráfico sin, obviamente, vaciar de contenido la resocialización en tanto principio constitucionalmente reconocido.

- **Fines preventivo especiales de la pena**

28. Nuestra Constitución sumándose a las concepciones que garantizan a la persona un tratamiento penitenciario acorde a su condición de ser humano, aún cuando, como en el presente caso, se encuentra privado de su libertad, ha tomado la teoría de la prevención especial de la pena y expresamente la ha regulado en el artículo 139°, inciso 22), que establece: "El principio de que el Régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad."

29. En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: "(e)l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". Este Tribunal, en concordancia con estas disposiciones, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este sentido reconociendo que "se trata de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal carece de eficacia". Asimismo, es un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos, en consideración de la naturaleza normativa de la Constitución, sobre todo a los que están comprometidos con la ejecución de la pena y en especial al legislador en el momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o al establecer el quántum de ellas.[7]

30. Así, la prevención especial hace referencia al procedimiento que tiene como objetivo la "resocialización" de los internos sometidos a un régimen penitenciario. El concepto de resocialización, si bien es cierto no se encuentra expresamente en la Constitución se puede deducir ella de los fines que la establece. Entonces "Este concepto (la resocialización) comprende tanto el proceso reeducativo como el resultado, la reincorporación social, sin que se descuide tampoco la comprensión jurídica de este resultado y que es determinada por la rehabilitación". [8] Así ha sido tomada por nuestra Constitución el discurso de los fines del régimen penitenciario, los que, si bien es cierto, han sido objeto de críticas en la doctrina, también lo es que son principios asumidos por el Constituyente que buscan hacer efectivos los fines preventivo especiales.

31. En este orden de ideas, es necesario precisar que la resocialización en el momento de la ejecución de la pena concibe tres finalidades constitucionales como es la "reeducación que alude al proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un recluso para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad." "La reincorporación social de un condenado nos remite al resultado fáctico de recuperación social de un condenado, originalmente considerado antisocial. Recuperación que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos." En cambio la "rehabilitación expresa más un resultado jurídico, esto es, un cambio en el estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad. En ese sentido, por rehabilitación se entiende la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos."[9]

32. Asimismo, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de manifestarse sobre este principio, así por ejemplo estableció que "si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad." Así, comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y especialmente al legislador, a fin de que el penado se reincorpore a la sociedad.[10]

33. En este orden de ideas, la justificación de la pena privativa de la libertad es, a la vez, la protección de la sociedad contra el delito, para lo cual se pretende que

mediante la resocialización el delincuente, una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. [11]"

34. Finalmente, es necesario recordar que detrás de los fines del régimen penitenciario se encuentra necesariamente una concreción del principio dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Dicho Principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos (sino como sujetos de derechos y obligaciones), sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo. (STC 0010-2002-AI).

35. Este fin constitucional que busca la resocialización de los internos genera en algunos casos una antinomia con la obligación del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Así el Estado al desarrollar la política criminal y otorgarle una finalidad intimidatoria a la pena, desarrolla también medidas en cumplimiento de su obligación de "protección" dentro de las cuales se encuentra la restricción de algunos beneficios penitenciarios. Esta medida grave por la que opta el legislador necesariamente debe estar fundado en fines relevantes y dentro del marco de la Constitución. Así, este Tribunal considera prima facie que la negación total de los beneficios penitenciarios vacía de contenido el principio "resocializador" de la pena y la dignidad misma de los internos. Pero para determinar cuál es el motivo por el que el Estado restringe beneficios penitenciarios es necesario desarrollar la obligación que la Constitución le ha otorgado para proteger a la población.

- **Fin preventivo general de la pena**

36. Así como nuestro ordenamiento constitucional ha reconocido como finalidad al régimen penitenciario los fines preventivos especiales tal como se ha determinado en los fundamentos precedentes; así también la Constitución ha establecido en el artículo 44° primer párrafo una "finalidad preventivo general de la pena" y la ha regulado de la siguiente manera: "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación."

37. En ese sentido, se entiende por fin preventivo general, es decir, lo que se interpreta de este artículo de la Constitución, que el Estado tiene la obligación de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, así se podría concluir que incluye a estas tareas el trazar las políticas criminales otorgando una finalidad intimidatorio o integrativa de la pena. "Solo de esta manera es posible justificar la necesidad de imponer y ejecutar una pena privativa de la libertad de un condenado aunque este no requiera ser resocializado."[12] Por ello el Estado diseña políticas criminales a fin de asegurar la seguridad de la población y el orden público interno y ello incluye la dación o restricción de algunos beneficios penitenciarios de las personas privadas de su libertad durante la ejecución de la pena. Así, la Constitución le ha otorgado al legislador un amplio margen de acción para elaborar las políticas criminales en salvaguarda de la población, fundamento 32 supra.

38. Es precisamente en este sentido que, de la finalidad de prevención general de la pena, la Constitución Política ha establecido como una obligación del Estado y dentro de su política nacional, la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas. Así ha establecido en el artículo 8° de la Constitución que: "El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales." Es por esta razón que la Constitución ha establecido también un tratamiento especial para el plazo de la detención preliminar en los delitos de tráfico ilícito de drogas (artículo 2°, inciso 24, f). Asimismo, el artículo 137° del Código Procesal Penal ha determinado la duplicidad automática del plazo de detención para casos de tráfico ilícito de drogas, entre otros.

39. Así también este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este delito e incluso sobre las consecuencias en el ámbito social y medio ambiental en el que ejerce una poderosa influencia. Así ha establecido que: "El tráfico ilícito de drogas es un delito que atenta contra la salud pública, y el proceso de fabricación produce daño al medio ambiente. Asimismo, el dinero obtenido en esta actividad ilícita es introducido en el mercado a través del lavado de dinero, lo que genera graves distorsiones en la economía nacional. Al respecto, resulta pertinente citar lo expresado en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, el cual reconoce "(...)los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, (...) que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad, (...) que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles".[13]

40. Así también, en este sentido, el Estado peruano asumió obligaciones internacionales, una de las cuales fue al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en 1988, ratificada el 16 de enero de 1992, en esta el Estado se comprometió a adoptar las medidas necesarias (externas e internas) que permitan una real y efectiva represión del narcotráfico, las que respetando los derechos fundamentales de los individuos infractores, garanticen la plena vigencia de los bienes y valores universales reconocidos a la humanidad en general.

41. Considerando esta finalidad, el Estado peruano no puede dejar de cumplir sus obligaciones constitucionales, entonces para cumplir también con los fines resocializadores del régimen penitenciario, se produce una aparente contraposición de ambos fines de la pena regulados en normas constitucionales que generan algunas veces una tensión entre la prevalencia de una y otra, así lo ha entendido también Roxín cuando manifiesta que "la pena sirve a las finalidades de prevención especial y general. Está limitada en su intensidad por la medida de la culpabilidad, pero puede quedar por debajo de este límite, en la medida en que las necesidades de prevención especial lo hagan necesario y no se opongan a ello necesidades de prevención general. Caso de entrar en contradicción ambos fines, la finalidad preventivo especial de resocialización pasa al primer lugar. Aún teniendo en cuenta esto, la prevención general domina las amenazas penales y justifica por sí sola la pena aun cuando falle o fracase la finalidad de prevención especial. Sin embargo no podría darse una pena preventivo especial carente de toda finalidad preventivo general, a pesar del absoluto dominio del fin de resocialización en la ejecución.[14]

42. En consecuencia, en el caso de principios en tensión el Tribunal Constitucional ponderando los valores que los sostienen en abstracto, que los bienes constitucionales protegidos como el orden público, la seguridad colectiva y el bienestar general ocupan un rol delimitador de los principios y derechos del régimen penitenciario. En efecto, considerando el principio de resocialización del régimen penitenciario y la naturaleza de los ilícitos, se puede concluir la predominancia del fin preventivo general, más aún si de ello depende la protección de los bienes constitucionales relevantes y la propia autoconservación del Estado.

43. Y es que el Perú no es el único país que ha ponderado estos bienes constitucionales en conflicto, así en la jurisprudencia internacional, específicamente de la Corte Constituzionale della Repubblica italiana en la "Sentenza 306/1993,[15] adujo en este mismo sentido: "Entre las finalidades que la Constitución asigna a la pena –de un lado la prevención general y defensa social, con el conexo carácter retributivo y expiatorio y, de otro, la de prevención especial y reeducación que tendencialmente comportan una cierta flexibilización de la pena en función del objetivo de resocialización del reo- no puede establecerse a priori una jerarquía estática y absoluta que valga de una vez por todas y en toda condición. El legislador puede –en los límites de la razonable- hacer prevalecer tendencialmente cada vez una u otra finalidad de la pena, pero con la condición de que ninguna de ellas desaparezca. Por un lado, la búsqueda de la finalidad reeducativa no puede conducir a superar la duración del castigo inherente a la pena privativa de libertad y determinada por la sentencia condenatoria. Por otro lado, el privilegio de los objetivos de prevención general y defensa social no puede llevarse al límite de autorizar el perjuicio de la finalidad reeducativa expresamente consagrada por la Constitución en la institución de la pena."[16]

44. Así también y en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en el mismo sentido: "Así, pues, antes que violar la Constitución Política, el legislador le ha dado plena observancia, al someter a un régimen más exigente y restrictivo la concesión del beneficio de la libertad condicional a conductas que han causado grave fractura a valores cuya transgresión, constituye grave amenaza para la paz y la convivencia social; aún para la integridad y viabilidad misma del Estado y de Colombia como Nación civilizada, pues, ciertamente, comprometen la intangibilidad de las funciones públicas y de los más altos fines del Estado, precisamente, por cuanto afectan piedras angulares para la cohesión y seguridad tanto del interés general como el orden público, económico social".[17]

45. En consecuencia debido a la naturaleza pluriofensiva del delito de tráfico de drogas así como del lavado de activos que proviene de esta actividad, y considerando las graves consecuencias que genera en el Estado, se ha implementado políticas criminales en las que el legislador en uso de sus facultades constitucionales en esta materia ha optado por elaborar leyes que permitan una lucha eficaz contra este azote. Así, este Tribunal en cumplimiento de sus obligaciones y a fin de garantizar la adecuada consecución de estos fines, interpreta que en esta materia la Constitución ha establecido optando por una finalidad preventivo general, intimidatorio, a fin de proteger y salvaguardar a la sociedad y al propio Estado ya que podría afectar su propia existencia; lo que no quiere decir en modo alguno que el principio resocializador del régimen penitenciario quede vaciado totalmente de contenido.

E) Los Beneficios Penitenciarios y su relación con la finalidad resocializadora

46. Así las cosas y considerando la prioridad del Estado en la lucha contra el narcotráfico, este Tribunal considera necesario determinar cómo son considerados los beneficios penitenciarios en el ordenamiento jurídico. Así, ha determinado en su jurisprudencia que en estricto "los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables".[18]

47. Entonces, los beneficios penitenciarios son considerados como garantías que coadyuvan a la reinserción del interno en la sociedad. No constituye, por tanto, un derecho que pueda ser exigido por el solo motivo de reunirse los requisitos formales. Por el contrario, el juez de ejecución ejerce una potestad discrecional al conceder un beneficio, que por lo demás debe estar

debidamente motivada y acorde a la relación que, además de la resocialización, algunos beneficios tienen con otros bienes constitucionales tales como la dignidad humana entre otros; por ello además del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, se debe tener en cuenta la personalidad del agente y los bienes que se busca proteger.

48. Así también, la doctrina ha establecido que: "Los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en los principios constitucionales de los fines de la pena (...), es decir, en la reeducación y en la reinserción social: la prevención especial y el tratamiento, y en los factores positivos en la evolución de la personalidad del recluso para individualizar la condena impuesta, haciendo así una aplicación del principio de sentencia indeterminada y ofreciendo al penado estímulos gratificantes para lograr su adhesión a esos modos de comportamiento que puedan valorarse como indiciarios de esa evolución positiva, cumpliendo las prescripciones de un programa de tratamiento individualizado".[19]

49. En consecuencia, es necesario determinar si la restricción de los beneficios penitenciarios (redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional) vulneran o vacían de contenido los fines resocializadores del régimen penitenciario. Para lo cual es necesario recordar cómo su jurisprudencia ha determinado esta relación.

50. Así, este Tribunal ha establecido que la no concesión de "determinados" beneficios penitenciarios no vulnera necesariamente la finalidad resocializadora del régimen penitenciario establecido en la Constitución, en ese sentido estableció que: "152. Sin embargo, la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad, no es, per se, contrario al inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad."[20] Por el contrario, la negación total de beneficios, prima facie, vaciaría de contenido el principio resocializador del Régimen Penitenciario.

51. Asimismo, el Tribunal Constitucional español también ha tenido oportunidad de pronunciarse en este sentido: "lo que no cabe es deducir un derecho constitucional de la mera idoneidad de lo que sigue siendo un mero derecho legal con los objetivos que marca la norma suprema (la resocialización)" (Joaquín Urias Martinez), así expresamente ha señalado que: "Aunque tal regla (el inciso primero del artículo 25.2 CE) pueda servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente, en sí misma de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Por lo tanto, la simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental".[21]

52. En este sentido, no es que el fin resocializador del Régimen Penitenciario haya sido vaciado de contenido, ya que sólo los beneficios penitenciarios referidos a la disminución del tiempo de reclusión en un centro penitenciario son los restringidos por la ley impugnada. Así, el artículo 60° del Código de Ejecución Penal (CEP) establece que: "El tratamiento penitenciario tiene como objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad." y el artículo 61° define que el tratamiento penitenciario es individualizado y grupal y "(C)onsiste en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquéllos que permitan obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno." Así, los beneficios penitenciarios restringidos (la redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y la liberación condicional), que si bien es cierto forman parte del proceso resocializador (tratamiento penitenciario progresivo)[22], también lo es que no son todas las medidas destinadas a este fin. Así también, dentro de los beneficios penitenciarios el CEP en el artículo 42° ha establecido que: "Los beneficios penitenciarios son los siguientes: 1) Permiso de salida; 2) Redención de la pena por el trabajo y la educación; 3) Semilibertad; 4) Liberación condicional; 5) Visita íntima; 6) Otros beneficios." Es decir se otorga la posibilidad de conceder otros beneficios, adicionales a la recompensa señalada en el artículo 59° del CEP, como la mención honorífica,(...) el obsequio de bienes al interno y el dársele prioridad en la participación de actividades de carácter cultural, social y deportiva en el establecimiento penitenciario. Finalmente, se otorga al Consejo Técnico Penitenciario la capacidad de otorgar otros beneficios que considere pertinentes."[23]

53. En conclusión se puede afirmar que la restricción de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y liberación condicional, no vacían de contenido el fin resocializador que la Constitución ha establecido como fin del régimen penitenciario. Considerando que los beneficios penitenciarios restringidos sólo son aquellos que buscan acortar la pena privativa de la libertad y no obedecen a arbitrariedades del legislador, toda vez que estas medidas son razonables y las realiza en cumplimiento de las obligaciones que el Estado establecidas en la Constitución a fin de resguardar a la población y de su propia conservación.

54. Antes de proceder a realizar el test de proporcionalidad a fin de establecer si estas restricciones vulnera el principio derecho de igualdad, es necesario recordar que este Tribunal ha establecido que el tratamiento diferente de los internos no vulnera per se este principio, así estableció que: "Régimen penitenciario y tratamiento diferenciado. Es cierto, que así como el ius puniendi del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible

que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole su condición de ser humano."[24]

F) Análisis de la constitucionalidad de la disposición impugnada ante el principio derecho de igualdad

55. Considerando la petición del demandante referida a la vulneración del principio-derecho de igualdad por la existencia de grupos de personas sentenciadas por diversos delitos incluidos los de terrorismo que sí pueden acceder a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional es necesario desarrollar el test de proporcionalidad, para lo cual primero desarrollaremos el principio de igualdad.

- **Principio derecho de igualdad**

56. El artículo 2.°, inciso2) de la Constitución reconoce el derecho principio igualdad, así textualmente establece que: "Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."

57. En este sentido, este Tribunal manifestó que: "Como este Tribunal ha afirmado, la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares) será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad."[25]

58. Así también, a fin de lograr una igual aplicación de la ley "el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva –affirmative action–". La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado."[26]

- **Test de proporcionalidad sobre la norma impugnada**

59. Para poder determinar, por parte de este Tribunal, si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad es menester aplicar el principio de proporcionalidad, en ese sentido y en el presente caso, determinar si la restricción al otorgamiento de los beneficios penitenciarios (redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional) a un grupo determinado de internos y vulnera el principio derecho de igualdad, a fin de determinar si el trato diferenciado obedece a razones "objetivas y racionales".

60. En ese sentido, este Tribunal también estableció que el principio de proporcionalidad se emplea a través de tres subprincipios (idoneidad, necesidad y de proporcionalidad) y que los pasos a efectuarse son: "(...)

a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
b) Determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad.
c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente "(objetivo y fin)".
d) Examen de idoneidad.
e) Examen de necesidad.
f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación."[27]

- **Intervención en el principio igualdad**

61. Determinar si el tratamiento distinto establecido en la disposición legislativa impugnada se considere como una intervención en el derecho a la igualdad es el problema a tratar inmediatamente por este colegiado. En ese sentido el tratamiento diferente es el medio por el cual el legislador pretende alcanzar una finalidad, lo que implica determinar por separado los destinatarios de la norma y el tratamiento diferente.[28]

62. Así las cosas es necesario establecer qué dice la norma impugnada: "Artículo 7.- Prohibición de beneficios penitenciarios. Los sentenciados por el delito previsto en el último párrafo del artículo 3 de la presente Ley no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional."

(artículo 3°, último párrafo)

"La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando los actos de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, (terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 228 y 230 del Código Penal.")

63. Entonces, la disposición impugnada excluye del otorgamiento de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a los sentenciados por el delito de "lavado de activos" que provengan del tráfico ilícito de drogas. Se trata entonces de una restricción para los internos que cometieron este ilícito que realiza el legislador en cumplimiento del artículo 103°, primer párrafo, de la Constitución que establece que: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.". La introducción del tratamiento diferente por la norma impugnada no es inconstitucional perse, sino que esta diferencia de trato entre las personas está basada en causa objetiva y razonable y es de acuerdo a la naturaleza de las cosas. Esto da lugar a la configuración de dos grupos de destinatarios de la norma: sentenciados por el delito de lavado de activos que proviene del tráfico ilícito de drogas a los que se les ha restringido los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional y sentenciados por otros delitos (incluidos los de terrorismo que tiene "algunos" beneficios penitenciarios) que tienen la posibilidad de que se les conceda los beneficios penitenciarios referidos.

64. El tratamiento diferente consiste en el establecimiento de restricción legal a un grupo de internos sentenciados por lavado de activos que provengan del tráfico ilícito de drogas al acceso de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, beneficios a los que sólo pueden acceder el grupo que no fue sentenciado por el delito referido, pero que gozan de los derechos fundamentales que contiene el tratamiento penitenciario. La intervención se produce sobre el acceso a los beneficios penitenciarios referidos a fin de acortar el tiempo de privación de la libertad establecido en la condena. Esta intervención se produce en la prohibición de acceder a los beneficios penitenciarios referidos por parte de los internos condenados por el delito de lavado activos que provengan del tráfico ilícito de drogas.

- **Intensidad de la intervención**

65. Este Tribunal ha determinado que el grado de intensidad de la intervención del derecho-principio de igualdad en los destinatarios de la norma puede revestir tres niveles: intensidad grave, intensidad media e intensidad leve. La intensidad de la intervención en la igualdad de condiciones para el otorgamiento de beneficios penitenciarios restringidos legalmente puede ser calificada como una intervención de intensidad leve debido a que la supuesta discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la Constitución (art. 2°, inciso2, origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, impide el ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo." (STC N.° 0045-2004-AI), en esa línea cabe recordar que los beneficios penitenciarios restringidos a este grupo de internos se encuentran regulados en el Código de Ejecución Penal y ya este Tribunal se pronunció en el sentido que no constituían derechos fundamentales, fundamento 46 y 47 supra.

- **Finalidad del tratamiento diferente**

66. La finalidad del tratamiento diferente a su vez comprende dos aspectos: la finalidad y el objetivo. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se pretende y de la que van a derivar la conformación del objetivo u objetivos. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo(s) del tratamiento diferenciado. Así, el objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado."[29]

67. La norma jurídica en la que se establece la prohibición de los beneficios penitenciarios no se advierte ninguna consideración respecto a la finalidad de la intervención, entonces para su detección se debe acudir a los fundamentos del Congreso.

a. La finalidad

68. La finalidad entendida como el principio, valor o derecho constitucional, en cuya prosecución se justifica el objetivo de la intervención. El Congreso alega que "(...) el fin es cumplir los deberes primordiales del Estado consistentes en proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, garantizando la protección y plena vigencia de los derechos humanos tales como la vida, la integridad física, la libertad, la salud y la propiedad, entre otros, que son vulnerados por quienes cometen tales delitos, con el fin de promover el bienestar general (...)" (F. 155).

69. Entonces se puede deducir que la finalidad de la norma impugnada es buscar hacer efectivo el principio de prevención general establecido en el artículo 44° de la Constitución que obliga al Estado a proteger a la población de las amenazas a su seguridad, promover su bienestar en estricto respeto de los derechos fundamentales. Así se puede establecer que la intervención en el mandato de igualdad para el acceso a los beneficios penitenciarios prohibidos se sustenta en una razón se sustenta en un principio constitucional.

b) El objetivo

70. El Congreso sostiene que la finalidad de la norma impugnada es "(...) sancionar, efectivamente, con mayor severidad las conductas punibles que el legislador ha considerado más graves.", así también alega que "la disposición cuestionada constituye uno de los lineamientos de la política criminal del Estado", que también se encuentran –las prohibiciones de algunos beneficios penitenciarios- en normas como el Código de Ejecución Penal como es para el caso de "Formas agravadas de tráfico ilícito de drogas" y otros. (F. 154)

71. Entonces el objetivo que el legislador pretende con esta norma es lograr el estado de cosas: sancionar severamente (intimidación) los delitos considerados graves (TID) orientados a la protección de la población de las amenazas contra su seguridad. A su vez que la restricción de beneficios (redención de la pena por

el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional) no vacíen de contenido el fin resocializador del Régimen Penitenciario.

72. En resumen, la finalidad ha sido el principio constitucional de prevención general reconocido en el artículo 44º y en específico en el artículo 8º de la Constitución, mientras que el objetivo de la intervención fue sancionar severamente (intimidación) los delitos considerados graves (TID) orientados a la protección de la población contra las amenazas a su seguridad.

• **Examen de idoneidad del tratamiento diferente**

73. ¿Conduce la prohibición de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional para los condenados por el delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas a la protección de la población de las amenazas a su seguridad? O dicho en otros términos ¿es la intervención en la igualdad realizada por el legislador un medio adecuado para la prosecución del objetivo propuesto?

74. En el fundamento 38 y 39 supra, este Tribunal ha tenido oportunidad de reiterar la naturaleza de los delitos de tráfico ilícito de drogas, delito que ha sido constitucionalizado y es el de más alto grado de persecución y sanción e incluso la relación que tiene este con las economías nacionales. Así, en el presente caso, el delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, en ese sentido se consideró que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad y que genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles. De esta manera se puede concluir que este delito por su naturaleza obliga al Estado a diseñar políticas criminales a fin de proteger a la población y evitar su propia corrosión. Así también, el Estado según el artículo 8º de la Constitución"establece como una obligación constitucional a cargo del Estado que éste implemente y ejecute políticas públicas, de alcance nacional, destinadas a "combatir" el tráfico ilícito de drogas. Dicho combate estatal, desde luego, involucra la creación de órganos estatales a los cuales se atribuya de competencias administrativas específicas en esta materia." Finalmente, esta obligación también "tiene que ver con la necesidad adoptar políticas económicas y sociales agresivas de información, dirigidas a la colectividad, que la informen en torno a las nefastas consecuencias que su uso y abuso ocasiona en el ser humano."[30]

75. De ahí que el legislador haya prohibido los beneficios penitenciarios referidos en especial a los que buscan reducir el tiempo de reclusión en un centro penitenciario establecidas en la pena, entonces se deduce que esta prohibición (medio) conducirá al cumplimiento de la finalidad preventivo general de la pena, es decir a la realización de su deber protector a través de la "corrección", habida cuenta que el acogimiento de los beneficios mencionados haría que este grupo de sentenciados obtenga la "disminución del tiempo de reclusión penitenciaria", lo que podría generar zozobra en la población y, a su vez, intimidar. Así estimó necesario el legislador orientar las políticas criminales hacia una represión severa sólo para ciertos casos en los que se tiene como argumento la defensa de la sociedad. Es decir, en aplicación del primer párrafo del artículo 103º de la Constitución, ya que se permite la diferenciación, por medio de la ley, fundada en causas objetivas y racionales y no la discriminación.

76. Entonces la medida que interviene en la igualdad para la obtención de la finalidad constitucionalmente determinada, es idónea, ya que se advierte que existe un nexo entre medio y fin.

• **Examen de necesidad del tratamiento diferente**

77. Una vez superado el test de idoneidad, es menester examinar la intervención en la igualdad a la luz del test de necesidad, al respecto este Tribunal determinó que: "El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, si tales medios –idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado".[31]

78. De esta manera, son dos los aspectos ha analizarse bajo este principio: "a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización del objetivo y, b) si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la del cuestionado."[32]

79. La determinación de si existen medios hipotéticos alternativos que conlleven a la realización del objetivo establecido, no es posible establecer hipotéticamente una medida alternativa toda vez que los referidos beneficios penitenciarios buscan reducir el tiempo de la pena impuesta (ya sea a razón de redención de un día de pena por dos días de labor efectiva o por dos días de estudio y de similar forma en los otros beneficios prohibidos) o el tiempo de reclusión en un centro penitenciario y el objetivo de la norma es crear una política coherente que sancione severamente los delitos constitucionalizados más graves a fin de proteger a la población en general. En este sentido, en los fundamentos referidos a los fines preventivos generales de la pena se han detallado la legitimidad constitucional de esta actuación.

80. Lo antes dicho no excluye sin embargo que dentro del régimen progresivo en el que se imprime el Código de Ejecución Penal se establezcan una serie de mecanismos que tengan por objetivo el logro del fin preventivo general, pero al mismo tiempo el logro del fin preventivo

especial, de tal manera que en el cumplimiento de la pena los sentenciados por este tipo de delitos transiten también por distintos grados de rigidez, de intensidad grave a leve, hasta ser reincorporados a la vida común. Tal cometido podría lograrse, entre otros medios, con el incremento de requisitos para el acceso a los beneficios penitenciarios restringidos, tales como el pago de la reparación civil, el aumento de días de compensación, el incumplimiento de las reglas de conducta, la reincidencia, la actuación como jefe, dirigente o cabecilla, etc.

- **Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación**

81. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación entre estas dos variables se efectúa según la ley de ponderación. Conforme a ésta: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".[33]

82. En ese sentido, en el presente caso, la afectación o intervención del Principio derecho de igualdad (leve) que genera la exclusión del otorgamiento de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a un grupo de internos (sentenciados por el delito de "lavado de activos" que provengan del tráfico ilícito de drogas), tiene como fin constitucional relevante la obligación que tiene el Estado a fin de garantizar la protección de la población de las amenazas contra su seguridad. Por ende la medida que afecta la igualdad es idónea, además de no ser excesiva para el ejercicio del principio resocializador, el que no es vaciado de contenido. Entonces, respecto del medio optado por el legislador que afecta o interviene al principio de igualdad no es posible determinar un medio alternativo que proteja a la población de las amenazas contra su seguridad ya que la medida evita que los sentenciados por este delito puedan ser liberados antes de cumplir la totalidad de la pena impuesta, así, la medida supera el subprincipio de necesidad. En conclusión se puede determinar que el fin constitucional (seguridad de la población) se optimiza debido a la naturaleza gravosa de los ilícitos referidos y que la intervención en el principio igualdad es una medida racional y proporcional toda vez que no todos los beneficios penitenciarios han sido restringidos a este grupo de personas y, en consecuencia, los fines de la pena (resocialización) establecidos en la Constitución no se han vaciado de contenido ya que además de los beneficios restringidos el tratamiento penitenciario le otorga a este grupo de personas otras medidas resocializadoras e incluso otros beneficios penitenciarios.

83. En consecuencia, considerando que no se ha vulnerado el principio-derecho de igualdad por la restricción de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, así como tampoco el principio constitucional referido a los fines del régimen penitenciario, este Tribunal desestima la demanda de inconstitucionalidad.

84. Finalmente, considerando que el demandante alega que el principio de no discriminación al "asumir la categoría de jus cogens" cambió el sentido de las normas internas", es necesario precisar que este principio es uno de los pilares sobre el que se asienta nuestra orden constitucional y que desde que asume la forma de Estado social y democrático de derecho, la vigencia de este importante derecho es una norma principio cuyos efectos se van a desplegar a todo el ordenamiento jurídico, fundamento 56 y 57 supra. De igual manera la declaratoria de improcedencia de un extremo de la demanda en aplicación del artículo 100º del Código Procesal Constitucional, en modo alguno vulnera el principio de tutela jurisdiccional efectiva pues la mera presentación de la demanda no implica su procedencia y su estimación.

VII) FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que alega vulneración del principio-derecho de igualdad y el principio resocializador del régimen penitenciario.
2. Y, en consecuencia, declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión que se refiere a la inconstitucionalidad de la Ley N.º 26320 que por conexidad o consecuencia se relaciona al petitorio principal.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] Artículo 39.1 LOTC Español "Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia."

[2] STC 0012-2005-AI. Fundamento 6.

[3] STC 0012-2005-AI. Fundamento 8.

[4] Guastini, Riccardo. "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Editorial Gedisa. Barcelona España 1999. Introducción a las técnicas interpretativas. Pag. 211

[5] Ibidem. Pag. 212

[6] Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal Ed. Grijley, 2005, Lima

[7] STC N.º 0010-2002-AI. F. 179 y 180
[8] Montoya, Yván. En "La Constitución comentada" T. II Gaceta Jurídica. Comentario al artículo 139º, inciso 22) de la Constitución. Lima 2005.
[9] Montoya, Yván, comentando a Urias Martínez, Joaquín. En "El Valor constitucional del mandato de resocialización". Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 63. Setiembre-Diciembre 2001.
[10] STC N.º 0010-2002-AI/TC. FJ 180
[11] STC N.º 0010-2002-AI/TC. FJ 208.
[12] Montoya, Yvan. Ob. cit. pag. 639.
[13] STC N.º 7624-2005-HC
[14] Roxin, Claus. Strafrecht, AT, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2º ed., 1994, 315 n.º 42
[15] Sentenza 306/1993. "10. - Alla luce delle suesposte premesse, le censure alla disposizione sull'ammissione ai benefici penitenziari (art. 4-bis, lettera a), prima parte, primo e secondo periodo) riferite all'art. 27, terzo comma, Cost. non possono ritenersi fondate. Va innanzitutto ribadito, al riguardo, che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di (...)che l'incentivo ad un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione costituito dalla concedibilità della liberazione anticipata non può essere precluso neanche nei confronti dei condannati all'ergastolo."
[16] STCI(Sentencia Tribunal Constitucional Italiano) 306/1993, que cita a las SsTCI 282/1989 y 313/1990
[17] Sentencia C-592/98. Corte Constitucional de Colombia.
[18] STC N.º 2700-2006-PHC.
[19] Ignacio Berdugo Gómez y Laura Zúñiga Rodríguez. Manual de Derecho Penitenciario. Editorial Colez-Universidad de Salamanca, Madrid, 2001, pp. 377-378.
[20] STC N.º 0010-2002-AI
[21] STC 75/1998, FJ 2.
[22] Defensoría del Pueblo. Comentarios al reglamento del Código de Ejecución Penal. Lima, 2004. pag. 151
[23] Ibidem. Pag. 159
[24] STC 0010-2002-AI FJ 216)
[25] STC N.º 0045-2004-PI FJ 20
[26] STC N.º 0048-2004-AI. FJ 63
[27] STC N.º 0045-2004-PI FJ 33
[28] STC N.º 0025-2005-AI. FJ 26
[29] STC N.º 0045-2004-PI FJ 37
[30] STC N.º 0020-2005-AI FJ 123 y 124
[31] STC N.º 0045-2004-AI. FJ 39.
[32] STC N.º 0045-2004-AI. FJ 60
[33] Ibidem FJ 40.

Exp. N° 0002-2008-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 31 Congresistas de la República. Se declara la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 29166, Ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las fuerzas armadas en el territorio nacional].*

Fecha de Resolución: 9 de setiembre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de setiembre de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 29166, que aprueba normas complementarias a la Ley N.° 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, en consecuencia: inconstitucional la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7°, que establece que "en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal", incorporando la regla fundamental contenida en uno de los fundamentos de la sentencia, hasta que el legislador expida nueva regulación sobre la materia.".

Así lo dispuso en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 0002- 2008-PI/TC presentado por 31 Congresistas de la República, señalando que para la expedición de la nueva ley el Congreso deberá tener como base los Principios de las Naciones Unidas para el uso de la fuerza letal: "(...) a) El uso de la fuerza y de la fuerza letal por parte del personal militar se sujetará a lo dispuesto en la Constitución y los tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, según sea el caso. b) La fuerza y de la fuerza letal solamente se utilizarán en circunstancias excepcionales y como medida de último recurso con el fin de disminuir el riesgo de daños innecesarios. c) La fuerza letal será empleada cuando sea estrictamente inevitable y razonable para proteger el derecho a la vida u otro bien jurídico fundamental. d) El personal militar deberá advertir, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de la fuerza y de la fuerza letal. e) El uso de la fuerza no contemplará el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado a terceros. f) La autoridad competente podrá abrir una investigación de oficio cuando existan indicios razonables de que las medidas de fuerza empleadas no cumplieron con las normas preestablecidas".

Asimismo, el Tribunal estimó que el término *capacidad del enemigo* empleado en el artículo 10° de la Ley N.° 29166, es inconstitucional y contrario a los principios de unidad e indivisibilidad del Estado, por lo que en la interpretación de tal artículo se deberá tomar en consideración el sentido interpretativo *capacidad del grupo hostil*.

Se declaró infundada la demanda en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la misma Ley, el cual quedó interpretado de la siguiente manera: "(...) o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de las instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza" (...).

El Tribunal exhortó al Congreso de la República a que desarrolle el artículo 137° de la Constitución, relativo al estado de emergencia y al estado de sitio, de acuerdo con el fundamento 31 de esta sentencia, y que legisle respecto de las circunstancias en cuales las Fuerzas Armadas puedan actuar para mantener el orden interno en situaciones no declaradas bajo estado de emergencia enmarcadas en la lucha contra el narcotráfico, terrorismo y de instalaciones

estratégicas para el funcionamiento del país de acuerdo con los lineamientos establecidos en los fundamentos 51 y 52 de la sentencia.

Finalmente, exhortó al Congreso de la República a legislar respecto al uso de la fuerza en situaciones contempladas en conflictos armados internos y de tensiones internas, de acuerdo con los fundamentos jurídicos 65 y 66 de la sentencia.

Temas Claves: Concepto de enemigo - delitos de función militar - jurisdicción militar - orden interno - regímenes de excepción - uso de la fuerza por las FF.AA.

EXP. N.° 00002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 9 DE SETIEMBRE DE 2009

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

31 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA
C/. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 29166, que aprueba normas complementarias a la Ley N.° 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional.

Magistrados firmantes

VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 00002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de setiembre de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Mesía Ramírez y Calle Hayen, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y un Congresistas de la República, actuando como apoderado don Daniel Abugattás Majluf, contra la segunda parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2007, mediante la cual se establece las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

II. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY N.° 29166

LEY QUE ESTABLECE REGLAS DE EMPLEO DE LA FUERZA POR PARTE DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL TERRITORIO NACIONAL

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO
OBJETO, ALCANCES Y NATURALEZA

Artículo 1.- Objeto de la Ley
Establecer el marco legal que permita regular el empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del ejercicio de su función constitucional.

Artículo 2.- Alcances de la Ley
La presente Ley es aplicable al personal militar, cuando por razones del ejercicio de su función militar, asuma el control del orden interno o apoye en el restablecimiento del mismo.

Artículo 3.- Naturaleza de las Reglas del Empleo de la Fuerza
Las Reglas de Empleo de la Fuerza (REF) son normas que debe seguir el personal militar de todos los niveles en el planeamiento, conducción y ejecución de operaciones o acciones militares en el territorio nacional.

TÍTULO II
PRINCIPIOS RECTORES DEL EMPLEO DE LA FUERZA

CAPÍTULO ÚNICO
PRINCIPIOS

Artículo 4.- Carácter vinculante
Los principios rectores del empleo de la fuerza, referidos en el artículo 5, tienen carácter vinculante para el personal militar que cumple su función militar relacionada con la presente Ley.

Artículo 5.- Principios
Los principios rectores para el uso de la fuerza son los siguientes:
a) Legalidad: El empleo de la fuerza, por parte del personal militar, se enmarca en la normatividad vigente. Durante el ejercicio de la función militar, dicho personal sujeta su accionar y conducta a lo previsto en la Constitución Política del Perú, en la legislación nacional y en la presente Ley, en estricta observancia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, según corresponda.
b) Necesidad: Situación que justifica el uso de la fuerza por personal militar, ante un acto hostil o intento de cometerlo. Su finalidad es lograr neutralizar la amenaza.
c) Proporcionalidad: Es el uso de la fuerza, en cumplimiento de la misión encomendada, la cual debe ser la necesaria en intensidad, duración y magnitud, para oponerse a un acto hostil o intento de cometerlo.
d) Inmediatez: Es la acción oportuna de empleo de la fuerza que se adopta ante una situación de agresión de carácter inminente la misma que, de no ser ejecutada de inmediato, podría ocasionar perjuicios vitales a aquellas fuerzas o personas que actúan dentro de la legalidad.
e) Obligatoriedad: Al asignarse órdenes para una misión orientada a la participación del personal militar en acciones relacionadas con el orden interno, deben incluirse las Reglas de Empleo de la Fuerza.
f) Razonabilidad: Principio a través del cual el personal militar debe diferenciar las diversas situaciones de alteración del orden interno que pueden generar grupos hostiles, evaluando la duración, magnitud, continuidad, riesgos y nivel de intensidad de los actos hostiles o intentos de cometerlos.

TÍTULO III
REGLAS PARA EL EMPLEO DE LA FUERZA

CAPÍTULO I
DE LAS REGLAS

Artículo 6.- Definición
Las Reglas para el Empleo de la Fuerza son disposiciones que regulan el uso adecuado de la fuerza por parte del personal militar dentro del territorio nacional. Son de obligatoria difusión, capacitación, entrenamiento y cumplimiento por el personal militar.

Artículo 7°.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza
Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia; o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:
a) En cumplimiento de la misión asignada.
b) Legítima defensa: es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
c) Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
d) Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal.

Artículo 8.- Acciones para el empleo de la fuerza
Las acciones que el personal militar debe seguir, cuando haga uso de la fuerza en el ejercicio de la función militar, siempre y cuando la situación operacional lo permita y no se encuentre en riesgo su vida o integridad física, son las siguientes:
a) Acción de advertencia.
b) Acción disuasiva.
c) Acción intimidatoria.
d) Acción de rechazo.
Las reglas de carácter específico para el empleo de la fuerza por parte del personal militar, en cada una de estas acciones, son precisadas en el reglamento correspondiente.

Artículo 9.- Excepción
Exceptúanse de las acciones señaladas en el artículo 8 las situaciones definidas en los incisos a), b) y c) del artículo 7, en las cuales procede el uso inmediato de la fuerza.

Artículo 10.- Adecuación de reglas
El Comandante de la operación está facultado para adecuar las reglas de empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias, o por razones relacionadas con la configuración del terreno, clima, idioma, horario, capacidad del enemigo o cualquier otra situación que lo amerite.

CAPÍTULO II
APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE EMPLEO DE LA FUERZA

Artículo 11.- Uso necesario de la fuerza
El Comandante de la operación ordena el uso necesario de la fuerza, teniendo en cuenta los procedimientos establecidos en el reglamento correspondiente.

Artículo 12.- Legítima defensa y principios de proporcionalidad e inmediatez
El uso necesario de la fuerza está directamente relacionado con el ejercicio de la función militar, debiendo primar la legítima defensa y los principios de proporcionalidad e inmediatez, en el caso de acto hostil definido en el inciso c) del artículo 7.

TÍTULO III
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA MILITAR POLICIAL

CAPÍTULO ÚNICO
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Artículo 13.- Acciones del personal militar

Todas las acciones que lleve a cabo el personal militar en el ejercicio de su función y en aplicación de la presente Ley, que se presuman delitos de función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, en concordancia con el artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

III. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Argumentos de la demanda

Los recurrentes manifiestan en el texto de la demanda (fojas 1 a 17), que las cuestionadas disposiciones violan los artículos 137° y 165° de la Constitución, referidos al control y el manejo del orden interno, toda vez que la Carta Política establece un espacio de acción claramente restringido a las Fuerzas Armadas. Por tanto, la presente ley viola dicho mandato constitucional (fojas 5).

Aducen que de acuerdo con el artículo 137° de la Constitución, las Fuerzas Armadas únicamente pueden asumir el control del orden interno cuando se haya dado una declaratoria del estado de emergencia y que dicha intervención solamente puede ser autorizada por el Presidente de la República. El hecho que el primer párrafo del artículo 7 de la Ley N° 29166 faculte a las Fuerzas Armadas para que intervengan en el control del orden interno en zonas no declaradas en zonas de emergencia genera una infracción directa a la Constitución (fojas 6).

Complementariamente al petitorio, los demandantes sostienen que la Constitución Política faculta de forma exclusiva a la Policía Nacional del Perú a garantizar, mantener y restablecer el orden interno, de acuerdo con el artículo 166° de la Carta. Por ende, la ampliación de facultades a las Fuerzas Armadas en desmedro de la Policía Nacional por parte de una ley constituye una violación directa a la Carta Política.

Sobre la facultad que tienen las Fuerzas Armadas para el uso de la fuerza letal previsto en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.° 29166, los demandantes consideran que viola los artículos 1° y 2°, numeral 1) de la Carta, conforme a la dignidad de la persona y el respeto al derecho a la vida, los cuales constituyen el fin supremo del Estado. En este sentido, sostienen que es contrario al fin mismo del Estado que las propias entidades encargadas de velar por la protección y seguridad de los ciudadanos puedan hacer uso de la fuerza letal cuando: a) se esté cumpliendo la misión asignada; b) se actúe en legítima defensa; o c) se enfrente a un acto hostil (fojas 12). Por esta razón, solicitan al Tribunal Constitucional que se declare la inconstitucionalidad de esta disposición por constituirse en una violación directa a la Constitución.

En el desarrollo del proceso, el 28 de noviembre de 2008 la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Instituto de Defensa Legal presentaron de forma conjunta un amicus curiae (fojas 71).

Contestación de la demanda

El 8 de enero de 2009, el Congreso de la República radica ante el Tribunal Constitucional a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, el escrito de contestación de la demanda, solicitando que se declare infundada la totalidad de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Nacionalista (fojas 34 a 62).

Con respecto a la presunta inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 7 de la Ley N.° 29166 frente a los artículos 137° y 165° de la Constitución, sostiene que a partir de una lectura sistemática de las normas se debe diferenciar entre la posibilidad de que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno bajo un estado de emergencia y la labor de apoyo a la Policía Nacional en zonas no declaradas en estado de emergencia (fojas 38).

De forma complementaria argumenta que la legislación peruana ha regulado otras situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en zonas no declaradas en estado de emergencia, como ocurre en el caso de la Ley N.° 28222, la cual permite la actuación de las Fuerzas Armadas ante casos de terrorismo u otros que atenten gravemente contra el orden interno que sean de similar gravedad (fojas 38). Asimismo, hace referencia a la Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú, Decreto Legislativo N.° 438, la cual le encarga la seguridad y vigilancia de Puertos y Muelles (fojas 39).

Con respecto a la posibilidad de que las Fuerzas Armadas hagan uso de la fuerza letal, de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.° 29166, argumenta que la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas Armadas está permitido siempre y cuando estas no sea empleada de forma arbitraria, sobre la base de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, el Reglamento de la Ley N.° 29166, publicado mediante el Decreto Supremo N.° 012-2008-DE-CCFFAA regula las situaciones bajo las cuales se puede hacer uso de la fuerza letal. En este sentido, se determina que la fuerza letal: i) no está dirigida per se a causar la muerte, puesto que es solo una probabilidad; y ii) que esta acción es el último recurso que tiene el personal militar (fojas 51).

En resumen, concluye que una interpretación sistemática de la Ley N.° 29166 y su respectivo Reglamento lleva a que el empleo de la fuerza letal se rige por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad y bajo el criterio de ser el último recurso en los casos y situaciones planteadas expresamente en los artículos 5° y 6° del Reglamento (fojas 52).

Audiencia Pública

La audiencia pública se realizó en la sede del Tribunal Constitucional el 13 de febrero de 2009 en la cual las partes se reafirmaron en los argumentos presentados en sus respectivos escritos.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

§1 Delimitación de la controversia
§2. Las Fuerzas Armadas y la Constitución
§3. Las Fuerzas Armadas y la preservación del orden interno en estados de excepción
§3.1 La Ley N.º 29166 y la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia.
§4. La Ley N.º 29166 y el apoyo de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia
§5 El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
§5.1 La Ley N.º 29166 y el uso de la fuerza letal
§6 El principio de obligatoriedad y el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
§7. El concepto de enemigo en la Ley N.º 29166
§8. La Ley N.º 29166 y el fuero competente

V. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

1. Teniendo en cuenta el objeto de la presente demanda, este Tribunal Constitucional considera necesario analizar la constitucionalidad de las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, tanto en el marco de lo sostenido en la demanda presentada por los demandantes como en otras disposiciones contempladas en la Ley N.º 29166.

2. Los artículos 44º y 165º de la Constitución Política autorizan el uso de la fuerza para el mantenimiento de la seguridad y el orden interno. Sin embargo, todo empleo de las armas, incluyendo el uso de la fuerza debe enmarcarse bajo los principios constitucionales de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad, siendo estos aplicados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

3. Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al establecer que "en situaciones en que la seguridad del Estado o de los ciudadanos se ve amenazada por la violencia, el Estado tiene el derecho y la obligación de brindar protección contra las amenazas y para ello puede utilizar la fuerza letal en ciertas situaciones. Ello incluye, por ejemplo, el uso de la fuerza letal por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos estrictamente inevitables para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves o mantener por otros medios la ley y el orden cuando sea estrictamente necesario y proporcionado". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Washington: OEA/Ser. L/11.116,2002, numeral 87).

4. En primer lugar, lo que debe ser objeto de examen es bajo qué circunstancias y en qué condiciones es posible la participación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno.

5. En segundo lugar, se debe determinar si la prerrogativa de usar la fuerza letal en las situaciones contempladas en el artículo 7º de la Ley N.º 29166 es constitucional.

6. Finalmente, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 78º del Código Procesal Constitucional, este Tribunal deberá examinar la constitucionalidad de otras disposiciones de la Ley N.º 29166 que no han sido objeto de la demanda de inconstitucionalidad, específicamente: (i) el artículo 5º, relativo a los principios rectores para el uso de la fuerza; (ii) el artículo 10º, sobre la adecuación de las reglas; y (iii) el artículo 13º, referido al fuero competente para conocer de las acciones del personal militar.

§2. Las Fuerzas Armadas y la Constitución

7. El artículo 163º de la Constitución establece que "el Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley".

8. Como este Tribunal ya ha establecido, la Constitución Política caracteriza la Seguridad Nacional como un bien jurídico íntimamente vinculado a la Defensa Nacional, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden interno, (Tribunal Constitucional N.º 005-2001-AI/TC Sentencia del 15 de noviembre de 2001, fundamento 2). Expediente el cual debe ser ejercido, según lo determinado por el artículo 45º de la Constitución, con las limitaciones y responsabilidades establecidas en la Carta.

9. Bajo este contexto, se puede afirmar que las Fuerzas Armadas, como instituciones subordinadas al poder constitucional de acuerdo con lo establecido en el artículo 169º de la Constitución, tienen como misión "la defensa última del Estado, pero de no cualquier forma de Estado, sino del Estado constitucional. Se trata de la defensa última del único sistema que puede hacer efectivos los derechos fundamentales del individuo y, por ende, los principios democráticos, que es lo que dota de legitimación a la existencia misma del Estado". (COTINO HUESO, Lorenzo. El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 107-108).

10. A su vez, la seguridad ciudadana comprende la preservación de "la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la seguridad ciudadana, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología". (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 005-2001-AI/TC. Sentencia del 5 de noviembre de 2001, fundamento 2). En este aspecto, la función de garantizar, mantener y restablecer el orden interno le corresponde, de forma exclusiva pero no excluyentemente, a la Policía Nacional,

de acuerdo con el artículo 166° de la Constitución.

11. Lo anterior implica que de manera temporal y extraordinaria, las Fuerzas Armadas pueden asumir el control del orden interno, previa declaración de un estado de excepción y mediante orden expresa del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, de acuerdo con los artículos, 137°, 165° y 167° de la Constitución.

12. Esto se justifica en el hecho que la formación académica y profesional impartida al personal de las Fuerzas Armadas tiene como objetivo formar al oficial para que pueda defender la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República y la seguridad de sus habitantes, por lo que solamente en situaciones excepcionales y autorizadas por la Constitución es que se permite que estos actúen en el mantenimiento del orden interno, circunscribiéndose a labores de apoyo a la Policía Nacional. (Ver: PALMA, Hugo y San Martín, Alejandro. Seguridad, Defensa y Fuerzas Armadas en el Perú-Una visión para el Siglo XXI, Lima: CEPEL, s.f.).

13. Esto queda de manifiesto en el Manual de Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas del Perú, adoptado mediante la Resolución Ministerial No. 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FFAA del 1 de diciembre de 2004, en el cual se establece que "las Fuerzas Armadas no son policías cuando realizan una operación de seguridad interna; ayudan a la policía a restablecer el orden interno. Se debe evitar asignar tareas a la fuerza militar que no se ajusten a su instrucción y configuración, debiendo poner mayor énfasis en la instrucción de la norma desenvolvimiento de las instituciones públicas y de la vida cotidiana de una sociedad.

Las Fuerzas Armadas que participan en operaciones de seguridad interna deben recibir instrucción efectiva con respecto a los poderes relacionados con el hecho de hacer cumplir la ley: a) uso de la fuerza; b) arresto; c) detención". (Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, aprobado por la Resolución Ministerial N.° 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FAA del 1 de diciembre de 2004, fundamento 181).

14. Como este Tribunal Constitucional ha establecido anteriormente, el orden interno comprende tres aspectos (Tribunal Constitucional. Expediente N.° 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 8):

a) Seguridad ciudadana: Esto implica la protección de la vida, de la integridad física y moral de las personas, el respeto al patrimonio público y privado, entre otros;
b) Estabilidad de la organización política: Esto se refiere al mantenimiento de la tranquilidad, quietud y paz pública, así como el respeto hacia la legítima autoridad pública; y
c) Resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales: Esto incluye las edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, entre otros.

En este orden de ideas, la defensa nacional se desarrolla tanto en el ámbito interno como externo. La defensa interna "promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales". (Tribunal Constitucional. Expediente N.° 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 32).

15. La otra situación contemplada por la Constitución se encuentra en el artículo 171°, bajo el cual "las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo con la ley", lo cual debe ser vista como una necesidad de estímulo y beneficio para estas instituciones. (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.° 0048-2004-AI/TC. Sentencia del 1 de abril de 2005, fundamento 118). Otro supuesto previsto por la Constitución se encuentra en el artículo 186°, referido al mantenimiento del orden durante comicios de acuerdo con las disposiciones dictadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

A modo de ejemplo, el Decreto Supremo N.° 019-07-DE-EP regula la participación del Ejército del Perú en las obras de defensa civil y acciones cívicas para el desarrollo económico del país, así como el Decreto Supremo N.° 098-07-PCM, que establece al Plan Nacional de Operaciones de Emergencia del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI).

16. Como se puede observar, las Fuerzas Armadas tienen una importante función en preservar la institucionalidad e integridad del Estado, apegándose a lo establecido en la Constitución. El Tribunal Constitucional debe resaltar que en los últimos años se han dado avances significativos para que su formación y actuación se de en el pleno respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Sin embargo, se debe reiterar que su actuación para la preservación de la paz y del orden interno está circunscrita a situaciones específicas y excepcionales.

§3. Las Fuerzas Armadas y la preservación del orden interno en estados de excepción

17. El mantenimiento del orden interno es parte del Sistema de Defensa Nacional reconocido en los artículos 163° y 164° de la Constitución, cuya responsabilidad le

corresponde principalmente a la Policía Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 166° de la Carta, en la cual, de manera excepcional y temporal, las Fuerzas Armadas pueden asumir dicha labor. La Constitución y la ley han establecido las situaciones en las que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden cumplir esta función, tanto bajo estados de excepción como por fuera de ese, señalados en los fundamentos N.° 15 y 19 de la presente sentencia.

18. Los estados de excepción se encuentran regulados en el artículo 137° de la Constitución, el cual comprende dos situaciones: (i) el estado de emergencia (artículo 137°, inciso 1); y (ii) el estado de sitio (artículo 137°, inciso 2). El estado de sitio se decreta ante situaciones que atentan contra la integridad territorial de la Nación, tales como casos de "invasión, guerra exterior o guerra civil". En este último postulado se aplica las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, principalmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (Aprobados mediante Resolución Legislativa N.° 12412 del 31 de octubre de 1955 y promulgada el 5 de noviembre de 1955).y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, (Aprobados mediante Resolución Legislativa N.° 25029 del 31 de mayo de 1989 y promulgada el 1 de junio de 1989). entre otras normas complementarias.
Como este Tribunal ya ha establecido en la sentencia N.° 00017-2003-AI/TC, "dado que los supuestos fácticos que ameritan que se declare la vigencia de un estado de sitio son distintos y más graves que los que corresponden a un estado de emergencia, es constitucionalmente lícito que el legislador establezca una diferenciación en el diseño de las competencias que se puedan otorgar a las Fuerzas Armadas, para repelerlos y contrarrestarlos. (Tribunal Constitucional. Expediente N.° 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 105).

19. Sin embargo, el caso que nos ocupa no es la figura del estado de sitio sino la del estado de emergencia, la cual se da "en el caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación". Sobre la declaratoria del estado de emergencia (Ibídem, fundamento 69), este Tribunal la ha reconocido como medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal. Sin embargo, esto no significa que durante su vigencia, el poder militar pueda subordinar al poder constitucional y, en particular, que asuma las atribuciones y competencias que la Constitución otorga a las autoridades civiles. Es decir, no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales.

20. Cabe resaltar que de acuerdo con las facultades establecidas en el inciso 18) del artículo 118° y el artículo 164° de la Constitución, la dirección del Sistema de Defensa Nacional recae en el Presidente de la República, quien tiene la facultad exclusiva de decretar cualquiera de los estados de excepción contemplados en el artículo 137°, con el acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. (Ibídem, fundamento 108).

21. De esta forma, la decisión para decretar un estado de excepción no solo radica sobre quién es el competente para tomarla sino que esta figura ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibro de poderes. Por esta razón, la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político. Si bien la declaratoria de un estado de excepción conlleva a una temporal concentración de poder, ésta se encuentra circunscrita al derecho.

22. El artículo 137° de la Constitución hace una lista general de situaciones que ameriten decretar los estados de excepción refiriéndose a los casos de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. A su vez, el artículo 27° de la Convención Americana de Derechos Humanos autoriza la suspensión de garantías en los casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación y siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Como se puede observar, la declaratoria de un estado de excepción depende del análisis de cada caso concreto por parte de la autoridad competente. El estado de excepción es, por su propia naturaleza, una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado.

23. La restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos está fundamentada si es que ésta se considera como el medio para hacer frente a situaciones de emergencia pública con el fin de salvaguardar los principios democráticos y de un estado de derecho, siempre y cuando estén justificados a la luz de la Constitución y tratados, especialmente el artículo 27° de la Convención Americanasobre Derechos Humanos referido a la suspensión de derechos.

24. Tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la que el Estado peruano se encuentra vinculado por medio de los artículos 3°, 55° y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como por el artículo V del título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se debe subrayar que "dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de derechos no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3° de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de consolidar en este continente,

dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N.° 8, fundamento 18).

25. Lo anterior es de suma relevancia puesto que es frente a la excepcionalidad que se pueda testar la fortaleza de las instituciones y la autonomía de los entes encargados de administrar justicia, reconociendo que aun en casos extremos el derecho no puede retroceder a fin de hacer prevalecer el Estado (o la razón de Estado).

26. La suspensión del ejercicio de derechos regulada por el artículo 137° de la Constitución, "constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de derechos comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas los derechos, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables". (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 Serie A N.° 6, fundamento 32).

§3.1 La Ley N.° 29166 y la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia.

27. Frente al caso concreto, este Tribunal Constitucional considera de suma importancia reiterar el concepto que la participación de las Fuerzas Armadas bajo un estado de emergencia implica una ocupación temporal de funciones con la Policía Nacional frente a la preservación del orden interno.
En este sentido, "no es la competencia, en sí misma considerada, la que se modifica, sino el sujeto encargado de ejecutarla. Si en un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden; en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, excepcionalmente". (Tribunal Constitucional. Expediente N.° 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 71),

28. La interpretación de las situaciones previstas en la primera parte del artículo 7° de la Ley N° 29166 diferencia el papel de las Fuerzas Armadas en un estado de emergencia (en la cual puede por orden del poder constitucional asumir el control del orden interno) y el rol que estas deben cumplir en zonas no declaradas bajo estado de emergencia (en la cual su labor es de apoyo a la Policía Nacional).

29. Con relación a la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, la interpretación del artículo 7° de la Ley N° 29166 debe hacerse en concordancia con las disposiciones y normas establecidas en el inciso 1) del artículo 137° del la Constitución.
Si bien la demanda planteaba la cuestión sobre una posible reforma de facto de la Constitución al considerar que la Ley N° 29166 desconocía los requisitos planteados en la Constitución para la participación de las Fuerzas Armadas en zonas declaradas en estado de emergencia, y por ende, violando el artículo 206° de la misma, ésta pretensión debe desestimarse puesto que dicha participación únicamente podrá hacerse previa declaratoria de un estado de emergencia, de acuerdo con los requisitos establecidos en el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución

30. Por este motivo, el Tribunal Constitucional concluye que las Fuerzas Armadas tienen, de acuerdo con la Constitución, la facultad de actuar en el mantenimiento del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia por lo que las expresiones "Cuando el personal militar" y "participa" en la primera parte del artículo 7° de la Ley N.° 29166 son constitucionales, debiendo declararse infundada la demanda en este extremo.
Se debe entender que bajo esta situación, las Fuerzas Armadas solamente podrán actuar previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República, de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137° de la Carta.

31. De forma complementaria, este Tribunal constata que hasta la fecha no existe un marco normativo en el cual se desarrolla los regímenes de excepción contemplados en el artículo 137° de la Constitucióny el artículo 27° de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente la regulación de los estados de emergencia. La actual normativa constitucional sobre la materia requiere de un desarrollo legal que contenga los siguientes elementos:

a) un desarrollo de los conceptos de perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación para establecer los casos y situaciones que ameritan la declaratoria del estado de emergencia;
b) el plazo de 60 días establecido en el artículo 137° de la Constitución y la naturaleza excepcional de esta medida;
c) los alcances y características de las limitaciones de los derechos fundamentales establecidos en el inciso 1) del artículo 137°, tomando como base la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo dispuesto en el artículo 200° de la Constitución;
d) el establecimiento de mecanismos de control

jurisdiccional y político (como la dación de cuentas al Congreso) así como las medidas para establecer veedurías y misiones de observación de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados sobre la materia. Con base en lo anterior, este Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a que adopte una legislación que desarrolle, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, el artículo 137° de la Constitución, tomando como base los criterios establecidos en el presente fallo.

§4. La Ley N.° 29166 y el apoyo de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia

32. El propósito de la Ley N.° 29166 es regular las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, lo cual representa un avance significativo hacia la transparencia en el accionar de las Fuerzas Armadas. Los principios rectores de legalidad, necesidad, proporcionalidad, inmediatez, obligatoriedad y razonabilidad reconocidos en el artículo 2° otorga a las Fuerzas Armadas y a los respectivos órganos de control los elementos valorativos para medir la actuación de su personal en cada caso concreto. Cabe destacar que el 20 de julio de 2008, fue publicado en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N.° 012-2008-DE/CCFFAA, mediante el cual se establece el reglamento de la Ley N.°29166. En el Título II de esta norma se establecen las reglas bajo las cuales el personal militar puede hacer el uso de la fuerza, incluyendo las situaciones en las que se autoriza el empleo de la fuerza letal (artículo 12°).

33. Ahora bien, en el texto de la demanda se solicita que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166, principalmente por violar los artículos 137° (estados de excepción), 165° (Fuerzas Armadas), 166° (Policía Nacional) y 206° (reforma constitucional) de la Carta Política.
La disposición considerada inconstitucional es "(...) o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)".

34. Como se ha establecido anteriormente, la Constitución Política determina que la participación del personal de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno sea temporal y excepcional, dada que esta labor le corresponde a la Policía Nacional. La declaratoria de un estado de emergencia o de sitio son las dos situaciones contempladas por la Constitución para que las Fuerzas Armadas realicen esta labor.

35. En este sentido, el artículo 7° de La Ley N.° 29166 plantea una situación adicional que faculta a las Fuerzas Armadas a apoyar en la restauración del control interno en zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia. La intención del legislador ha sido la de dotar a las autoridades públicas competentes de herramientas necesarias para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio que requieren de una respuesta rápida por parte de todos los elementos de la fuerza pública, ante la imposibilidad de la Policía Nacional de contrarrestar esta situación por sus propios medios.

36. En el presente caso, la pregunta que debe ser absuelta por este Tribunal es si las Fuerzas Armadas pueden participar o no en el mantenimiento del orden interno por fuera de las situaciones contempladas en el estado de emergencia del inciso 1) del artículo 137° de la Constitución.

37. En primer lugar, el problema que radica en el texto cuestionado es que se le reconoce a las Fuerzas Armadas funciones de Policía para situaciones que no son consideradas de emergencia, pudiendo ser llamados a apoyar cualquier tipo de situaciones que traspasen la capacidad operativa de ésta. De esta forma, se desnaturaliza la función policial reconocida en el artículo 166° de la Constitución.

38. La redacción y el alcance de esta disposición adolece de varias incongruencias e imprecisiones que por su laxitud y estructura anfibológica pueden llevar a una aplicación arbitraria e inconstitucional de su contenido. El principal problema con esta disposición es que no precisa bajo qué situaciones es que las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional en zonas no declaradas bajo el estado de emergencia. Si bien se puede presumir que esta actuación se daría cuando se sobrepase la capacidad operativa de las Policía, no existe en la ley un criterio mínimo que reconozca la excepcionalidad de una medida de esta naturaleza o las situaciones en las que esto es posible, resultando violatorio del artículo 45° de la Constitución que establece que el poder público, por emanar del pueblo, se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen, así como de artículo 166° de la Constitución.

39. En segundo lugar, ni el referido acápite del artículo 7° en cuestión ni la Ley N.° 29166 precisan los siguientes elementos para la actuación de las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia: (i) quién es la autoridad competente para decidir cuando se ha sobrepasado la capacidad operativa de la Policía y es necesario el apoyo de las Fuerzas Armadas; (ii) cuáles son las situaciones en las que se puede llamar a las Fuerzas Armadas a actuar en zonas no declaradas bajo estado de emergencia; (iii) cuál es el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional; (iv) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y (v) si estas medidas implican o no una restricción en el ejercicio de determinados derechos constitucionales.

40. En tercer lugar, la ley adolece de una técnica legislativa que permitiría que las Fuerzas Armadas actúen en apoyo de la Policía Nacional bajo cualquier situación, el cual puede comprender casos como el bloqueo de una carretera, el control de una huelga, hasta acciones contra el terrorismo o la delincuencia organizada.

41. Para el Tribunal Constitucional, tener a las Fuerzas Armadas en un estado de permanente alerta para apoyar la labor de la Policía Nacional en la restauración del orden interno por fuera de las situaciones anteriormente descritas, llevaría a que en todas las zonas del país puedan crearse estados de excepción de facto, contribuyendo a una situación de mayor enfrentamiento entre la ciudadanía y las fuerzas del orden, generando una potencial situación de vulneración de los derechos fundamentales.

42. Es decir, se podría constituir situaciones de excepción a través de las cuales la autoridad, vía una valoración discrecional de los hechos, adoptaría medidas desproporcionadas que terminarían afectando los derechos fundamentales, amparados en la dicotomía sobre qué principio es el que debe prevalecer, el de autoridad o el de libertad (Ver: APONTE, Alejandro, Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008). El artículo 137° de la Constitución procura que la declaratoria del estado de excepción tenga, a pesar de ser también discrecional, una valoración más apegada a los hechos y a la gravedad del caso correspondiente, de tal manera que se declara pero no se crea artificialmente un estado de excepción. Como bien ha definido este Tribunal Constitucional, la excepción hace referencia a una situación de crisis que pone en riesgo el normal funcionamiento del poder público y que amenazan la continuidad de las instituciones estatales. (Tribunal Constitucional. Expediente N.° 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 15).

43. Al respecto la CIDH ha establecido que es "absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. (...) Los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas". (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C N.° 166, párrafo 51).

44. Retomando el Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, esta instruye que "se despliegan generalmente las Fuerzas Armadas cuando los contingentes de la Policía Nacional del Perú no bastan para hacer frente a una situación de grave alteración del orden interno. En este caso, las Fuerzas Armas desempeñan funciones en la comunidad civil que habitualmente incumben a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley especialmente en relación con el uso de la fuerza y de las armas de fuego. Como esas normas no existen en el mismo grado para las operaciones militares tradicionales, deberá prestarse especial atención a la instrucción del personal que participe antes de emprender una operación de seguridad interna". (Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, aprobado por la Resolución Ministerial N.° 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FFAA del 1 de diciembre de 2004, numeral 181).
Como se puede constatar, el propio manual de las Fuerzas Armadas advierte que en este contexto se realizan labores para las cuales no han sido entrenadas, debiendo observar las indicaciones que emita su superior y en coordinación con la Policía Nacional, entidad formada y capacitada para hacer frente a situaciones de disturbio.

45. Con base en las anteriores consideraciones, este Tribunal considera que la regla general es que las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución, únicamente pueden actuar previa declaratoria de un estado de emergencia.

46. Sin embargo, una interpretación de los artículos 8° y 44° de la Constitución permitiría que en casos de especial gravedad y de forma restrictiva, las Fuerzas Armadas puedan apoyar a la Policía Nacionalen el mantenimiento del orden interno, pero circunscribiendo esto única y exclusivamente para las siguientes situaciones: (i) narcotráfico; (ii) terrorismo; y (iii) la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas.

47. El artículo 8° de la Constitución señala que el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Como se puede constatar, la Carta reconoce de forma expresa que el combate al narcotráfico debe involucrar a todas las ramas del Estado dado el impacto que esta tiene en la sociedad

48. Para los casos de terrorismo, el fundamento constitucional para el accionar de las Fuerzas Armadas radica en el artículo 44° de la Constitución al establecer como deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.
De forma complementaria, la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país tiene como objetivo que, a pesar de la existencia de una situación de tensión interna, se pueda asegurar el funcionamiento esencial del Estado y la prestación básica de los servicios pùblicos a la ciudadanía, tomando también como fundamento el artículo 44° de la Constitución.

49. En este sentido, los casos de narcotráfico y terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, por ser situaciones específicas de singular gravedad, requieren de la participación de las Fuerzas Armadas aun cuando no se declare un estado de emergencia.
Una interpretación histórica del legislador constituyente bien puede ser útil en el presente caso puesto que no se puede explicar el por qué es que en la Constitución se haya expresamente consignado referencias a la obligación del Estado (con todos los instrumentos constitucionales a su

disposición) en lo referido al combate al tráfico ilícito de drogas, el cual tiene dos referencias expresas en el inciso 24) del artículo 2º de la Constitución y el artículo 8º, mientras que en el caso de terrorismo, la Constitución se refiere a esta hasta en cuatro disposiciones (artículos 2.24.f, 37º, 140º, y 173º).

50. Por lo tanto, este Tribunal considera que con respecto a la demanda presentada por los 31 Congresistas de la República sobre la participación de las Fuerzas Armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia es infundada, pero únicamente en los casos de lucha contra el narcotráfico y el terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos; aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas.

51. En el presente caso, la expresión "o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)" del artículo 7º de la Ley Nº 29166 deberá quedar redactado de la siguiente forma:

"o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza (...)".

52. Sin embargo, a modo de precisar el alcance de esta norma, el Congreso deberá expedir, en un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, una ley en la cual precise el alcance de esta disposición de acuerdo a los siguientes elementos:

a) las situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional;
b) los elementos para determinar cuando la Policía Nacional se encuentra sobrepasada en sus atribuciones;
c) la determinación de la autoridad competente para llamar a las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia;
d) el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional;
e) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y
f) los mecanismos para asegurar la vigencia y respeto a los derechos fundamentales.

§5. El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas

53. La privación de la vida de una persona representa uno de los aspectos más complejos en la regulación del derecho. Como es bien sabido, no existen los derechos absolutos y en algunas situaciones la privación del derecho a la vida se encuentra justificado, siempre y cuando dicha privación no haya sido realizada de forma arbitraria. Esta es la línea que ha sido reconocida convencionalmente por los tratados internacionales, tales como el artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 2º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre otros. Si bien estos han sido elaborados para prevenir la actuación arbitraria por parte de agentes del Estado, la jurisprudencia progresivamente ha desarrollado las situaciones y condiciones bajo las cuales el uso de la fuerza letal resulta de acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

54. Al respecto cabe señalar que la Comisión Interamericana ha dispuesto que "el uso de la fuerza letal puede constituir una privación arbitraria de la vida o una ejecución sumaria; ello equivale a decir que el uso de la fuerza letal tiene necesariamente que estar justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos. (...) En tales circunstancias, el Estado puede recurrir al uso de la fuerza sólo contra individuos o grupos que amenacen la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza. El Estado debe distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza. Los usos indiscriminados de la fuerza pueden en tal sentido constituir violaciones del artículo 4 de la Convención y del artículo I de la Declaración". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Washington: OEA/Ser. L/V/11.116, 2002, numerales 88 y 90).

Lo anterior implica que en aras de mantener el orden interno, el Estado no cuenta con medios ilimitados, especialmente en lo referido al uso de la fuerza. Por esta razón, dicho empleo debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley.

55. En este sentido, aun cuando se esté frente a situaciones limitadas bajo las cuales el uso de la fuerza está permitido por la ley, estas deben orientarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. De acuerdo con la CIDH, "la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras". (Corte Interamericano de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C N.º1 166, párrafo 85).

56. Al respecto, cabo destacar que la Organización de las Naciones Unidas ha adoptado los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, la cual establece las siguientes reglas (Ver: Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990):

- Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida
- En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

De estas reglas se puede concluir que el uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad debe ser considerada como la medida de último recurso y que más allá de la orden que pueda emanar por parte del superior jerárquico, el criterio para emplear la fuerza letal es que esté en peligro la vida de otra persona.

§5.1 La Ley N.º 29166 y el uso de la fuerza letal

57. En el caso concreto, el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 establece lo siguiente:

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia; o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:

a. En cumplimiento de la misión asignada.
b. Legítima defensa: es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
c. Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
d. Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal.

58. Como se ha establecido anteriormente, el Decreto Supremo N.º 012-2008-DE/CCFFAA ha desarrollado las situaciones de hecho bajo las cuales se puede autorizar el uso o no de la fuerza letal prevista en el artículo 7º de la Ley N.º 29166. Sin embargo, a fin de asegurar el respeto a la Constitución, los principios rectores para el uso de la fuerza deben estar contemplados en la ley y no en un reglamento.

59. Este Tribunal considera que la definición de las categorías del artículo 7º es ambigua, pudiendo llevar a una aplicación arbitraria por parte de los oficiales de las Fuerzas Armadas, más allá del reconocimiento de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, inmediatez, obligatoriedad y razonabilidad previstos en el artículo 2º de la referida Ley.

60. El principal problema de esta norma es que confunde instituciones propias del Derecho Internacional Humanitario relativo a la conducción de hostilidades en conflictos armados con el uso de la fuerza en situaciones de disturbio o tensiones internas, en la cual es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el marco jurídico aplicable.

61. Esta situación lleva a que nuevamente el legislador haya formulado una confusión entre las funciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, reconocidas en los artículos 165º y 166º de la Constitución Política. Esto debido a que los términos "en cumplimiento de la misión asignada", "acto hostil" e "intención hostil" son figuras propias de los Convenios de Ginebra que no resultan aplicables sino en el marco de un conflicto armado.

62. De forma complementaria, la mera posibilidad de que se autorice el uso de la fuerza implica la facultad de restringir los derechos a la vida, a la integridad y la dignidad de la persona, reconocidos en el artículo 2º de la Constitución y demás tratados de derechos humanos. Al respecto, este Tribunal considera que la restricción de estos derechos debe ser formulado por el Congreso a través de una ley.

63. Sin embargo, considerando que las Fuerzas Armadas deben tener un marco claro en su actuación y uso de la fuerza, el Congreso deberá adoptar una ley previa en la cual se regule el uso de la fuerza en las siguientes situaciones: (i) la conducción de hostilidades en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados; y (ii) el uso de la fuerza en las situaciones contempladas en el estado de emergencia, o situaciones de tensiones internas, en la cual es aplicable el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

64. Para el desarrollo de esta ley, el Congreso deberá tener como base los Principios de las Naciones Unidas para el uso de la fuerza letal:

a) El uso de la fuerza y de la fuerza letal por parte del personal militar se sujetará a lo dispuesto en la Constitución y los tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, según sea el caso.
b) El uso de la fuerza y de la fuerza letal solamente se utilizará en circunstancias excepcionales y como medida de último recurso con el fin de disminuir el riesgo de daños innecesarios.
c) El uso de la fuerza letal será empleado cuando sea estrictamente inevitable y razonable para proteger el derecho a la vida u otro bien jurídico fundamental.
d) El personal militar deberá advertir, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de la fuerza y de la fuerza letal.
e) El uso de la fuerza no contemplará el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado a terceros.
f) La autoridad competente podrá abrir una investigación de oficio cuando existan indicios razonables de que las medidas de fuerza empleadas no cumplieron con las normas preestablecidas.

65. Con base en las anteriores consideraciones, el segundo párrafo del artículo 7º es inconstitucional, salvo lo referido al literal d) sobre intención hostil, debido a la posibilidad de que se de una aplicación arbitraria de la misma, atentando contra los derechos fundamentales de las personas reconocidos en el artículo 1º de la Constitución así como por ser atentatorio a las funciones establecidas en los artículos 165º y 166º de la Carta.

66. Sin embargo, el Congreso deberá adoptar una ley, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, una ley que regule el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, dividida en dos partes:

a) una primera parte referida al uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado amparado por los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977;
b) una segunda parte que regula el uso de la fuerza en los estados de emergencia, tensiones y disturbios internos de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho Internacional Humanitario. Del mismo modo, estas reglas deberán estar circunscritas a los principios comunes reconocidos por las Naciones Unidas y contempladas en la presente sentencia.

§6. El principio de obligatoriedad y el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas

67. Como se ha establecido anteriormente, la demanda interpuesta por los Congresistas de la República se circunscribió a algunos de los postulados del artículo 7º de la Ley N.º 29166. Sin embargo, y sobre la base del artículo 78º del Código Procesal Constitucional, esto no excluye que este Colegiado examine la constitucionalidad de otras normas de dicha ley, bajo el principio de conexidad.

68. Así, el artículo 5º de la Ley N.º 29166 establece seis principios rectores para el uso de la fuerza. En el caso concreto, el párrafo e), referido a la obligatoriedad establece que "al asignarse órdenes para una misión orientada a la participación del personal militar en acciones relacionada con el orden interno, deben incluirse las Reglas de Empleo de la Fuerza".

69. El propósito de esta disposición es asegurar el respeto a la cadena de mando, partiendo de la presunción de que las órdenes impartidas por los agentes estatales, incluyendo el personal militar, de acuerdo a la Constitución y la ley. Sin embargo, la obligatoriedad en el cumplimiento de dicha orden se encuentra limitada cuando esta implique la violación de un derecho fundamental de alguna persona o escape a la regulación relativa a la conducción de hostilidades.

70. El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos han establecido que el cumplimiento de órdenes superiores no exime de responsabilidad a la persona que lo ejecuta, más aún cuando estas son manifiestamente ilegales. Tanto el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (artículo 8º), como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 28º), entre otros tratados han reconocido esta regla que actualmente tiene el carácter de regla consuetudinaria en el Derecho Internacional.

71. En este caso, la interpretación de dicho principio de obligatoriedad para el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas reconocida en el artículo 5º, párrafo e) de la Ley Nº 29166 será constitucional en la medida que la orden no sea manifiestamente ilegal o contraria a la Constitución. Esto debido a que el personal militar tiene el deber de controlar las órdenes impartidas, tanto en un aspecto formal a fin de respetar la cadena de mando y los procedimientos establecidos en los manuales y Reglas de Empleo de la Fuerza sino también en el ámbito de fondo o sustancial.

§7. El concepto de enemigo en la Ley Nº 29166

72. Siguiendo con la facultad conferida por el artículo 78º del Código Procesal Constitucional a este Tribunal para conocer la constitucionalidad, por conexidad, de otras normas de la ley objeto de la demanda, es necesario analizar el artículo 10º de la Ley Nº 29166. Esta disposición establece lo siguiente:

Artículo 10.- Adecuación de reglas
El Comandante de la operación está facultado para adecuar las reglas de empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias, o por razones relacionadas con la configuración del terreno, clima, idioma, horario, capacidad del enemigo o cualquier otra situación que lo amerite.

73. Si bien el objeto de dicha norma es preparar a las fuerzas armadas para que actúen de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la inclusión del concepto de enemigo es conflictiva con la Constitución teniendo en cuenta el objeto de la Ley Nº 29166.

En la teoría política, el concepto de enemigo ha sido planteado por diversos autores a través de la historia, siendo Carl Schmitt uno de sus principales expositores. En este caso, el autor desarrolla el concepto de enemigo a través de la dicotomía amigo/enemigo. Esta diferencia entre ellos y nosotros en la política genera un mecanismo de oposición y complementariedad..

La construcción y reconocimiento del enemigo implica la identificación de un proyecto político que genera un sentimiento de pertenencia. Pero, ni la singularización del enemigo, ni el sentimiento de pertenencia, ni la misma posibilidad de la guerra que le dan vida a la relación amigo-enemigo son inmutables. En este sentido, la oposición o antagonismo de la relación amigo-enemigo se establece solo si el enemigo es considerado público.

Dado que el concepto de enemigo implica el conflicto de visiones contradictorias de un modelo de sociedad, el enfrentamiento por la supremacía del proyecto político permite al que detenta la autoridad el de usar los métodos que considere necesario para conservar el poder. En la doctrina penal, el principal exponente de esta teoría ha sido el Prof. Jakobs, cuyo derecho penal del enemigo implica el desconocimiento y negación de derechos fundamentales y garantías constitucionales a los que se considere como tales.

74. En el plano jurídico, el Derecho Internacional Humanitario, a través de los Convenios de Ginebra y demás normas concordantes, emplea el término enemigo puesto que su propósito es regular la conducción de hostilidades en el marco de un conflicto armado. Sin embargo, la Ley en cuestión no regula la conducción de hostilidades que la Constitución ampara bajo la figura del estado de sitio sino la participación de las Fuerzas Armadas en estados de emergencia o en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia tales como el narcotráfico, el terrorismo o la protección de instalaciones estratégicas para el país.

75. Lo anterior implica que la noción del enemigo se aplica en una ley que tiene como fin regular el uso de la fuerza para el mantenimiento del orden interno entre peruanos. Al reconocer esto, el legislador sostiene que las Fuerzas Armadas no tienen la obligación de proteger a todos los nacionales sino únicamente a los que la autoridad competente llegue a considerar como aliados o no enemigos.

Si bien la historia reciente de nuestro país ha estado marcada por la violencia de grupos terroristas (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00010-2002-AI/TC. Sentencia del 3 de enero de 2003), esto no supone que el Estado sucumba en la regulación del uso de la fuerza y del derecho penal hacia instrumentos de división y estigmatización.

76. Aceptar la noción o constitucionalidad de la figura del enemigo para la aplicación del derecho penal ordinario es reconocer la aplicación eficientista de la norma sancionadora en lugar de un sistema garantista y apegado a los principios constitucionales y de los tratados de derechos humanos. La manifestación de este tipo de figuras se puede dar bajo los siguientes elementos (Ver: APONTE, Alejandro. Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008, Capítulo III): (i) la dramatización o sobredimensión de la violencia; (ii) la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos; y (iii) la militarización de la función de policía.

77. Como bien lo ha sostenido este Tribunal Constitucional, "la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático". (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0003-2005-AI/TC. Sentencia del 9 de agosto de 2006, fundamento 16).

78. Por este motivo, el término "capacidad del enemigo" empleada en el artículo 10º de la Ley N.º 29166 es inconstitucional y contrario a los principios de unidad e indivisibilidad del Estado peruano por lo que esta expresión deberá ser reemplazada por la de "capacidad del grupo hostil".

79. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la frase "capacidad del enemigo" e incorporar en su reemplazo el término "capacidad del grupo hostil" al artículo 10° de la Ley N.° 29166.

§8. La Ley N.º 29166 y el fuero competente

80. El artículo 13º de la Ley Nº 29166 se refiere al fuero competente para conocer de los delitos que se puedan cometer en la aplicación de las disposiciones de esta ley. La referida norma establece lo siguiente:

Artículo 13.- Acciones del personal militar

Todas las acciones que lleve a cabo el personal militar en el ejercicio de su función y en aplicación de la presente Ley, que se presuman delitos de función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, en concordancia con el artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

81. Durante la época del terrorismo, varias medidas excepcionales para el restablecimiento del orden interno fueron adoptadas por el Estado. Sin embargo, el contexto político y social se degeneró de tal forma que esta excepcionalidad se convirtió en lo normal, teniendo como

principal consecuencia la ampliación de la competencia de los tribunales militares per se, así como la posibilidad de que este órgano juzgue a civiles. Esta controversia tuvo como punto culminante la facultad del Tribunal Militar para juzgar a todas las personas acusadas por los delitos de terrorismo agravado y de traición a la patria.

82. Esta situación violaba los principios de juez natural, de respeto al debido proceso y de dignidad de la persona (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. Washington.: organización de Estados Americanos, 2000, párrafo 210). La respuesta del Tribunal Constitucional fue determinar que "las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al órgano, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución". (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 010-2002-AI/TC. Sentencia del 3 de enero de 2003, fundamento 106)).

83. Por lo tanto, estableció una línea restringida de interpretación del Art. 173, en el sentido que dicha norma "no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria". (Ibídem. Fundamento 104). Además, advirtió que "esta ultima posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular -ni siquiera en el procedimiento- los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad". (Ibídem. Fundamento 107).

84. En este sentido, la competencia del fuero militar debe estar circunscrita a los delitos de función o aquellos propios e inherentes de la función militar. La delimitación de su contenido no es simple debido a que estas causales pueden variar según las necesidades y situaciones concretas. Antes esta situación, y reconociendo la imposibilidad de delimitar precisamente cuáles son estas situaciones, la jurisprudencia ha establecido parámetros que el legislador podría tomar en cuenta.

85. Esta línea de pensamiento es respaldada por la Corte Interamericana al concluir que "en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar". (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Durand y Ugarte- Sentencia de Fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000, párrafo 117).

86. Sobre esta base y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004) adoptada también porla Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, (Corte Suprema de Justicia- Sala Penal Permanente. Competencia N.º 18-2004. Vocalía de Instrucción Segundo del Consejo Supremo de Justicia Militar/Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo. Sentencia del 17 de noviembre de 2004) se entenderá por delitos de función los tipos penales que cumplan con los siguientes elementos objetivos del tipo penal militar:

a) Que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material.
b) Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores.
c) Que, como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él.

87. Con base en las anteriores consideraciones, la presunción de los delitos de función establecida en el artículo 13º de la Ley N.º 29166, originados por la aplicación de las disposiciones de esta norma será constitucional en la medida que se interprete y aplique el concepto de delito de función en los términos establecidos en el Fundamento N.º 86 de la presente sentencia.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:

a. **INCONSTITUCIONAL** la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, que establece que "en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal", incorporando la regla del Fundamento N.º 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.

b. **INCONSTITUCIONAL** la frase "capacidad del enemigo" e incorporar en su reemplazo el término "capacidad del grupo hostil" al artículo 10º de la Ley N.º 29166.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la primera parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, se dispone que la parte "cuando el personal militar, en cumplimiento de

su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia" se aplique únicamente previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, conforme a los Fundamentos N^{os} 50 y 51 de esta sentencia y quedado redactado de la siguiente manera: "o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza (...)".
4. Declarar **INFUNDADA** el artículo 5°, párrafo e) de la Ley N° 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N^{os} 69, 70 y 71 de esta sentencia.
5. Declarar **INFUNDADO** el artículo 13° de la Ley N.° 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N^{os} 86 y 87 de esta sentencia.
6. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle el artículo 137° de la Constitución relativo al estado de emergencia y al estado de sitio, de acuerdo con el Fundamento N.° 31 de esta sentencia.
7. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle las situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden actuar para mantener el orden interno en situaciones no declaradas bajo estado de emergencia enmarcados en la lucha contra el narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, de acuerdo con los lineamientos establecidos en los Fundamentos N.° 51 y 52 de esta sentencia.
8. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación referido al uso de la fuerza en situaciones contempladas en conflictos armados internos y en situaciones de tensiones internas, de acuerdo con los Fundamentos N.^{os} 65 y 66 de esta sentencia.
9. El Tribunal Constitucional considera que en lo relativo al uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, y acudiendo a una sentencia apelativa, esta debe circunscribirse a los principios reconocidos por las Naciones Unidas y establecidos en el Fundamento N.° 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 00002-2008-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE CONGRESISTAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Haciendo uso de la facultad establecida por el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto, a través de este voto, mi discrepancia con el criterio asumido por la mayoría para resolver el caso, bajo las consideraciones siguientes:

1.§. Delimitación del petitorio y de la controversia

1. Los congresistas demandantes solicitan que se declare inconstitucional la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, que dispone:

"Cuando el personal militar (...) participa (...) en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)".

Asimismo, solicitan que se declare inconstitucional el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, que dispone:

"En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal".

2. Consideran los congresistas demandantes que el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe los artículos 137° y 165° de la Constitución, toda vez que en virtud de estos artículos las Fuerzas Armadas únicamente pueden asumir el control del orden interno en un estado de emergencia cuando así lo dispone el Presidente de la República, mientras que el párrafo cuestionado extiende la intervención de las Fuerzas Armadas a zonas no declaradas en estado de emergencia.
En sentido similar, señalan que el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe la finalidad de la Policía Nacional prevista en el artículo 166.° de la Constitución, puesto que el párrafo cuestionado dispone que también es competencia de las Fuerzas Armadas el control del orden interno.
Finalmente, aducen que el uso de la fuerza letal previsto en el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 infringe los derechos a la dignidad de la persona, a la vida y a la integridad física reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 2) de la Constitución, pues en virtud de los tres supuestos descritos por el citado artículo 7° las Fuerzas Armadas estarían legitimadas para atentar contra la vida de las personas.

3. Así expuestos los términos de la demanda, estimo que la dilucidación de la controversia se centra en determinar, en primer término, si la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.°29166 contraviene los artículos 137°, 165° y 166° de la Constitución. Para resolver ello, resulta necesario elucidar, conforme a la Constitución, quién es el órgano encargado de controlar el orden interno y en qué situaciones lo hace, pues sólo así se

podrá confirma la constitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.
Y, en segundo término, si el último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 infringe los derechos a la dignidad de la persona, a la vida y a la integridad física, en tanto que se permite a las Fuerzas Armadas el uso de la fuerza letal.

2.§. Control del orden interno

4. Conforme al artículo 166° de la Constitución la "Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno". Sobre el particular, conviene destacar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0017-2003-AI/TC precisó que la expresión orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía.

5. Por dicha razón, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, concluyó que la "ejecución de la labores propias del "control del orden interno", en un estado de normalidad constitucional, es de competencia de la Policía Nacional del Perú, según dispone el artículo 166° de la Constitución". Ello debido a que la noción de orden interno es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional.

6. De este modo, conforme al artículo 166° de la Constitución, puede concluirse que el control del orden interno en un estado de normalidad constitucional es de competencia exclusiva de la Policía Nacional, mientras que en un estado de anormalidad constitucional, específicamente, en el estado de emergencia, el control del orden interno puede ser de competencia de las Fuerzas Armadas si así lo dispone el Presidente de la República, caso contrario, el orden interno seguirá siendo controlado por la Policía Nacional.
Dicha conclusión es resultado de la interpretación sistemática de los artículos 137° y 165° de la Constitución, toda vez que en ellos se señala de manera expresa que las "Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República"; contrario sensu, si éste no lo dispone, seguirá siendo competencia de la Policía Nacional, pues no debe olvidarse que conforme a los incisos 4) y 14), del artículo 118° de la Constitución, corresponde al Presidente de la República velar por el orden interno y organizar, disponer y distribuir el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

7. Ello obedece a la propia naturaleza de los estados de excepción, esto es, conjurar situaciones anormales, extraordinarias y extremas de anormalidad constitucional que, por su gravedad, no pueden ser controladas o combatidas mediante el uso de las atribuciones ordinarias de la Policía Nacional, razón por la cual intervienen excepcionalmente las Fuerzas Armadas si así lo dispone el Presidente de la República, toda vez que su función constitucional ordinaria es "garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República", mas no el control del orden interno.

8. Por estas razones, considero que la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 infringe directa y materialmente los artículos 137°, 165° y 166° de la Constitución, toda vez que la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno es excepcional, siempre que se declare una zona en estado de emergencia y así lo disponga el Presidente de la República, supuestos que no concurren en la redacción del primer párrafo del artículo cuestionado, puesto que éste, empleando el verbo "apoyo", extiende de manera indebida la participación de las Fuerzas Armadas al control del orden interno en zonas ni declaradas en estado de emergencia, lo cual, como he venido señalando, en un estado de normalidad constitucional es competencia exclusiva y no compartida de la Policía Nacional.

9. En este contexto, resulta oportuno subrayar que sobre el deslinde de las funciones militares y de policía en el control del orden interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha señalado que "los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que [las Fuerzas Armadas] reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales"[1].
Teniendo presente ello, estimo que la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 no sólo infringe los artículos 137°, 165° y 166° de la Constitución, sino también el artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno sólo si existe orden expresa del Presidente de la República y concurre una situación excepcional de crisis o emergencia, que afecte a toda la población o a una parte de ella, y que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad, supuestos que no concurren cuando una zona no es declarada en estado de emergencia.

10. Expuesta nuestra posición sobre la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, considero que en este extremo debe emitirse una sentencia reductora, toda vez que tan solo una parte del primer párrafo del referido artículo 7º resulta inconstitucional, esto es, la frase que señala "en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia".
Por consiguiente, considero que el primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, para que sea constitucional, debe quedar redactado de la siguiente manera:
"Artículo 7º.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza
Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:".
En igual sentido, por conexidad, también debe declararse inconstitucional el inciso c) del artículo 7º del Decreto

Supremo N.º 012-2008-DE-CCFFAA, en tanto reproduce textualmente la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.

11. Por otra parte, debo señalar que en los fundamentos 47 a 50 de la ponencia, vía interpretación, se realiza una mutación constitucional de los artículos 8° y 44° de la Constitución, para justificar en qué casos resulta constitucional la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.
Sobre el particular, considero que la mutación constitucional propuesta resulta incorrecta, pues si se realiza una interpretación originalista de los artículos 8° y 44° de la Constitución, podemos llegar a la conclusión de que el constituyente, al momento de redactar los artículos mencionados, nunca pensó, debatió, previó o tuvo la intención de que en virtud de estos artículos las Fuerzas Armadas pudieran apoyar a la Policía Nacional en el control del orden interno en casos de narcotráfico o terrorismo.
La mutación constitucional propuesta también es errónea porque contraviene uno de los límites impuestos a la interpretación constitucional, que es el texto expreso de la Constitución. Y es que, de una simple lectura de los artículos 8° y 44° de la Constitución, estimo que no puede concluirse, como lo hace la ponencia, que la Constitución permite a las Fuerzas Armadas que apoyen al control del orden interno en zonas no declaradas en estados de emergencia en casos de terrorismo o narcotráfico.
Finalmente, considero que la mutación es incorrecta porque los supuestos que se establecen como excepción para que las Fuerzas Armadas apoyen al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, se construyen sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, la definición del término "terrorismo", en donde aún no existe acuerdo ni consenso en la comunidad internacional para elegir una definición precisa; únicamente el artículo 2° de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, identifica ciertos actos de violencia que generalmente se consideran como formas particulares de terrorismo. Es más, en la ponencia se omite precisar cuál es la definición de terrorismo que debe ser utilizada para aplicar la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.

3.§. Uso de la fuerza letal por agentes del Estado

12. Antes de analizar la constitucionalidad del último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, considero importante reseñar brevemente la jurisprudencia de la Corte IDH con relación al uso de la fuerza por agentes del Estado, y particularmente, el uso de la fuerza letal.
Ello debido a que este último párrafo del citado artículo 7º señala que el personal de las Fuerzas Armadas puede hacer uso de la fuerza letal en los siguientes casos: a) cumplimiento de la misión asignada;b) legítima defensa; y, c) acto hostil.

13. Sobre el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales, la Corte IDH ha destacado que éste "debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades"[2]. Por dicha razón, la Corte IDH ha precisado que sólo "podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control"[3]; caso contrario, se afectaría el derecho de las personas a no ser víctima del uso desproporcionado de la fuerza y el Estado incumpliría su deber de usar la fuerza excepcional y racionalmente.

14. Por ello, en un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales, el cual, en principio, debe estar prohibido como regla general. Por dicha razón, la Corte IDH ha destacado que su "uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el "absolutamente necesario" en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler". Por ello, cuando "se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria"[4].

15. En este orden de ideas, debe tenerse presente que según el noveno principio de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de "defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida".

16. En este contexto, la Corte IDH ha enfatizado que el uso de la fuerza letal y armas de fuego debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad, toda vez que la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida equivale a la privación arbitraria de la vida.
Así, el principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. Por su parte, el principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras[5].

17. En este orden de ideas, la Corte IDH concluye que la legislación interna de los Estados debe establecer pautas lo suficientemente claras para el uso de la fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma.
No obstante ello, la Corte IDH precisa que una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido en toda circunstancia el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley[6].

18. Teniendo en cuenta ello, estimo que el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 resulta inconstitucional por las siguientes razones:

a) Los supuestos (misión asignada, legítima defensa y acto hostil) en los cuales las Fuerzas Armadas pueden hacer uso de la fuerza letal, no establecen pautas lo suficientemente claras para su utilización, es decir, no aseguran que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y con ello se disminuya el riesgo de daños innecesarios, toda vez que la redacción de los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) del citado artículo 7°, por ser imprecisa, puede generar el uso discrecional, ilimitado o excesivo de la fuerza letal, contraviniéndose de este modo los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución.
   Por poner un ejemplo, el inciso c) del citado artículo 7° define que el acto hostil es "un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares".
   Dicha definición (riesgo) resulta imprecisa y atentatoria de los principios de humanidad y necesidad, pues omite señalar que el uso de la fuerza letal es para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves; además, en este supuesto el uso de la fuerza letal, necesariamente, no está justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos, pues en su redacción prevé que las Fuerzas Armadas puedan utilizar la fuerza letal contra civiles que no presentan esa amenaza, al señalar que el acto hostil puede ser "un ataque (...) que produce daño (...) de la propiedad (...) privada".
   Es más, la definición de acto hostil establecida por el inciso c) del citado artículo 7° omite señalar que el acto hostil no sólo es un ataque armado, sino que cuenta con un carácter colectivo y organizado.
   En este supuesto, a decir de la Corte IDH, el uso de la fuerza letal constituiría una ejecución extrajudicial, en violación flagrante del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo I de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
b) Los supuestos (misión asignada, legítima defensa y acto hostil) no especifican ni prescriben los tipos de armas de fuego o municiones autorizados a utilizar, es decir, que no prohíben el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado, lo cual contraviene el principio de necesidad y los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución.

19. De otra parte, considero que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas Armadas en situaciones de paz resulta inconstitucional, porque, en principio, a ellas no les compete controlar el orden interno, y porque el término "fuerza letal", junto con los términos "acto hostil" e "intención hostil", son categorías utilizadas por el Derecho Internacional Humanitario en casos de conflicto armado, es decir, no se utilizan en situaciones de paz, tal como inconstitucionalmente lo prevé el artículo 7° de la Ley N.° 29166.

20. Al respecto, considero pertinente recordar que la Corte IDH ha señalado que "los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que [las Fuerzas Armadas] reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales"[7].

21. Ello debido a que en situaciones de paz, los Estados, para hacer uso de la fuerza letal, no pueden utilizar las categorías jurídicas de actos hostiles y/o intenciones hostiles, toda vez que la utilización de dichas categorías como supuestos justificantes para el uso de la fuerza letal se encuentra prohibidos en situaciones de paz y son propias del Derecho Internacional Humanitario, que se encarga, entre otras cosas, de regular los conflictos armados, pues en situaciones de paz cualquier acto de violencia interno es llamado tensión interna y disturbio interno. Ejemplo de tales situaciones son los tumultos o protestas, que si bien pueden acarrear actos de violencia de cierta gravedad o duración (daños a la propiedad privada), no alcanzan, en un sentido estricto, un nivel de organización suficiente para ser considerados actos hostiles y se pueda emplear el uso de la fuerza letal.

22. Por todas estas razones, considero que el último párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 es inconstitucional por contravenir, directa y materialmente, los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1), del artículo 2° de la Constitución, por lo que deberá ser eliminado de su redacción. De este modo, el artículo 7° de la Ley N.° 29166, para que sea constitucional, debe quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 7.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza
Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:

a) En cumplimiento de la misión asignada.
b) Legítima defensa: Es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en

riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.

c) Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.

d) Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

Por las razones detalladas, mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda y, en consecuencia, INCONSTITUCIONAL la frase "en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia" prevista en el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166 y por conexión el inciso c) del artículo 7° del Decreto Supremo N.° 012-2008-DE-CCFFAA; asimismo, porque se declare INCONSTITUCIONAL el último del artículo 7° de la Ley N° 29166, debiendo quedar redactado dicho artículo conforme al fundamento 22, supra.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

EXP. N° 002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, expreso este voto singular en parte; por cuanto que disiento de los fundamentos 51°, 52° , 63°, 64°, 66°, 78° y 79° y Puntos 1.a, 1.b, 3, 7 y 8 del fallo contenidos en la sentencia, por las razones que a continuación expongo:

1. En primer lugar, considero que resulta innecesaria la remisión al fundamento 64° que se hace en el punto 1.a del fallo del proyecto suscrito por la mayoría. Esta discrepancia se funda en que no logro entender cual es el propósito de declarar inconstitucional una disposición –segunda parte del segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166- para luego incorporar una "regla" que subsistiría –como se sostiene en la sentencia suscrita en mayoría- hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia en el plazo de 6 meses. En mi opinión la norma que es declarada inconstitucional queda expulsada del ordenamiento jurídico conforme lo establece el artículo 204° de la Constitución Política del Perú, por ello, y conforme se ha expuesto en los fundamentos 57° al 62° de la sentencia mi voto es que el punto 1.a del fallo debe quedar redactado de la siguiente manera:

Declarar Inconstitucional la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166 que establece que "en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal".

2. Respecto al Punto 1.b del fallo debo señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa es la ultima ratio; debiendo primero agotarse la posibilidad de lograr una interpretación que sea conforme con la Constitución; en este sentido opino que conforme a lo expuesto en los fundamentos 72° al 77° que comparto, sería inconstitucional el sentido interpretativo de la palabra "enemigo" contenida en el artículo 10° de la Ley N° 29166; sin embargo esta palabra también puede ser interpretada de manera que no suponga un escenario de guerra en el que las personas o los grupos que se aparten de los usos formales del derecho sean considerados como beligerantes y por tanto deban ser eliminados, sino que también puede ser interpretada en el sentido de aquellas personas o grupos hostiles que deben ser repelidos. En mi parecer esta es la acepción contenida en la disposición de la norma sujeta a control constitucional por lo que considero que la palabra "enemigo" debe ser interpretada como "hostil". Por las consideraciones expuestas mi voto en este extremo analizado es por:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a palabra "enemigo" contenida en el artículo 10° de la Ley N.° 29166, disponiendo que se interprete dicha palabra como "hostil"

3. Disiento con la redacción expresada en el punto 3 de la parte resolutiva y su remisión al fundamento 51° pues considero que el Tribunal Constitucional no debe redactar las disposiciones emitidas por el Parlamento, pretendiendo reemplazar el texto de la norma aprobada por el legislador, con otro. Entiendo que el Tribunal Constitucional ha interpretado el alcance de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166 en lo que se refiere al ámbito normativo de la frase "control del orden interno" que se encuentra asociada al apoyo con el uso de la fuerza que pueda brindar las fuerzas armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia. Así, el Tribunal, en su función de supremo intérprete de la Constitución, de la cual en modo alguno puede ni debe abdicar, ha realizado una interpretación reductora de la frase acotada pues, atendiendo a los fundamentos 32 al 50 una interpretación amplia contravendría la Constitución Política del Perú de manera que ésta se debe interpretar circunscrita únicamente al control de situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país.

Por otro lado, no veo la necesidad de conminar al Congreso de la República para que a través de una ley con visos de reglamento se vea obligado, en el plazo de 6 meses, a acotar la autorización que se pueda dar a las fuerzas armadas para que brinde el apoyo necesario para el cumplimiento de sus elevados deberes, como el combate al terrorismo, narcotráfico y a la protección de las instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, pues corresponderá al Ejecutivo evaluar las situaciones que se puedan presentar frente a una posible diversidad de hechos y circunstancias en las que pueda resultar de necesidad recurrir al apoyo de las fuerzas

armadas. Mas bien, es la labor de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público, del Parlamento, del Poder Judicial brindar las garantías respecto de las decisiones que sobre la materia se efectúen; por lo demás la decisión y la autorización para el apoyo de las fuerzas armadas en zonas no declaradas en emergencia se encuentran en el ámbito de las más altas autoridades del Órgano ejecutivo atendiendo a los artículo 118° incisos 4) y 15) y 167° de la Carta política del Estado Peruano. Por ello; suficiente es, entonces, la interpretación de la norma que se propone, por lo que mi voto respecto de este extremo de la demanda es:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.° 29166, disponiendo que se interprete la frase "control del orden interno" en el sentido del control de situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país.

4. Mutatis Mutandi no suscribo los puntos 7 y 8 del Fallo, por las mismas consideraciones que acabamos de exponer en los puntos anteriores del presente voto.

S.

CALLE HAYEN

---

[1] Cfr. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78, y Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 51.

[2] Cfr. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, supra nota 1, párr. 67, y Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, supra nota 1, párrs. 51 y 83.

[3] Cfr. Corte IDH. Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare). Medidas Provisionales. Resolución del 30 de marzo de 2006, considerando décimo quinto, y Caso Internado Judicial de Monagas (La Pica). Medidas Provisionales. Resolución del 9 de febrero de 2006, considerando décimo. séptimo.

[4] Cfr. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, supra nota 1, párr. 68, y Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, supra nota 1, párr. 83.

[5] Cfr. Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, supra nota 1, párr. 85.

[6] Cfr. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, supra nota 1, párr. 77; Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, supra nota 1, párr. 86, y Caso del Caracazo. Reparaciones. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

[7] Cfr. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78, y Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 51.

Exp. N° 0009-2008-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Arquitectos del Perú. Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones].*

Fecha de Resolución: 7 de diciembre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 11 de diciembre de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad formulada por el Colegio de Arquitectos del Perú contra la Ley N°29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, bajo el argumento -según los demandantes- que esta norma, con el pretexto de fomentar la inversión inmobiliaria, permite que se lleven a cabo construcciones de obras de manera indiscriminada, sin una previa y adecuada supervisión técnica por parte del órgano municipal y sin respetar los derechos constitucionalmente reconocidos.

El TC encuentra que los gobiernos locales mantienen la competencia reconocida en la Constitución y en su respectiva Ley Orgánica en cuanto se refiere al otorgamiento de las licencias de habilitación urbana como las de edificación. La intervención legislativa sólo incide en el procedimiento de otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de construcción, mas no en el ámbito de sus competencias constitucionales reconocidas, lo que sí está reservado a la Ley Orgánica. Y es que el procedimiento para el otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de construcción es una materia compartida del gobierno nacional, el mismo que tiene una competencia de regulación nacional, y los gobiernos locales asumen una competencia de regulación específica.

Aunque en la demanda no se sustenta suficientemente este argumento, el Tribunal Constitucional observa, con suma preocupación, que en los últimos años han venido ocurriendo determinados accidentes en obras de construcción civil, en los cuales han fallecido, lamentablemente, trabajadores de esta rama. Los accidentes se han producido tanto en el período de vigencia de la legislación anterior y también luego de la entrada en vigencia de la Ley ahora cuestionada.

Lo que se quiere decir con esto es que la Ley impugnada no podría ser declarada inconstitucional en este momento por los acontecimientos fácticos ya señalados (los accidentes en el ámbito de la construcción civil) porque, como ya se dijo éstos se han producido durante la vigencia de la legislación anterior y la actual que ahora se cuestiona en su constitucionalidad. Sin embargo, corresponde al Congreso de la República debatir y aprobar los proyectos de Ley que están en trámite parlamentario a fin de evitar cualquier situación que pueda poner en riesgo la salud, vida e integridad de los trabajadores de construcción civil.

De este modo, el Tribunal al declarar infundada la demanda, exhorta al Congreso de la República a debatir y decidir sobre los distintos proyectos existentes en ese poder del Estado, entre ellos, el referido a las responsabilidades administrativas civiles y penales de los actores, vinculados con las habilitaciones urbanas, así como el de la responsabilidad por daños y perjuicios a la propiedad contigua, entre otros.

Temas Claves: *Amicus curiae* - derecho al medio ambiente equilibrado - principio de competencia - principio de reserva de ley orgánica - principio de supremacía constitucional.

EXP. N.° 0009-2008-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De 17 de febrero de 2009

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD
Colegio de Arquitectos del Perú (demandante)
Contra el Congreso de la República (demandado)

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Arquitectos del Perú contra la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones

MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 0009-2008-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ARQUITECTOS DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de Diciembre del 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Eto Cruz, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular en el que convergen el magistrado Calle Hayen y Eto Cruz, que se agrega y el fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo, que se acompaña

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Arquitectos del Perú contra la Ley N.° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, expedida por el Congreso dela República.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante	:	Colegio de Arquitectos del Perú
Norma sometida a control	:	Ley N.° 29090
Normas constitucio-nales cuya vulneración se alega	:	Artículos 1°, 2°, inciso 1), 3°, 106°, 194°, 195°, inciso 6), y 198°, 189°, 191° y 192° de la Constitución
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.° 29090

III. NORMA CUESTIONADA

a) Ley N.° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones

IV. ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la demanda

Con fecha 5 de mayo de 2008, el Colegio de Arquitectos del Perú, representado por su Decano Nacional, Arquitecto Pablo Alberto José Velarde Andrade, conforme al poder inscrito en el Asiento A00026 de la Partida Electrónica N.° 01858203 del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Lima, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones.
La demanda se sustenta, fundamentalmente, en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, se alega que la ley impugnada, la Ley N.° 29090, resulta inconstitucional por la forma por cuanto, a pesar de constituir una modificación a una ley orgánica, la Ley Orgánica de Municipalidades, no ha sido aprobada con la votación calificada de la mitad más uno del número legal de congresistas, requisito exigido por los artículos 198° y 106° de la Constitución. Solicita la aplicación del artículo 75° del Código Procesal Constitucional.
b) En segundo lugar, la ley impugnada, al consagrar diversas modalidades de otorgamiento automático de licencias de construcción, bastando el mero sellado de presentación del cargo, incurre en una afectación de las competencias consagradas a favor de las municipalidades por el bloque de constitucionalidad, conformado por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades, en materia de desarrollo urbano, tales como la dirección, la planificación, la regulación, el control y la fiscalización de tal desarrollo, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial.
c) Dicho bloque de constitucionalidad comprende los artículos 194° y 195° de la Constitución, reformados; así como los artículos 78°, 79°, 90°, 93° y demás pertinentes de la Ley de Bases de la Descentralización N.° 27783, que le otorgan a las municipalidades las más amplias facultades para regular lo concerniente al desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, así como lo atinente al otorgamiento de licencias de habilitaciones y de construcción, y al control y fiscalización de construcciones, remodelaciones o demoliciones de inmuebles, en el marco de las normas sobre barreras arquitectónicas y de accesibilidad, del cumplimiento de los requisitos legales y de los planes integrales de desarrollo Distrital y provincial.
d) Además, el hecho de consagrar diversas modalidades de otorgamiento automático de licencias de construcción fomenta la construcción de viviendas totalmente inseguras, que no cuentan con un sustento técnico ni con una debida fiscalización, dejando de lado diversos derechos que tienen reconocimiento constitucional, tales como el derecho a la vida, el derecho al libre desarrollo y

bienestar, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, el derecho a que se promueva el bienestar general y el derecho a la vivienda sana, adecuada y segura.
e) En síntesis, la ley impugnada, bajo el pretexto de fomentar la inversión inmobiliaria, permite que se lleven a cabo construcciones de obras de manera indiscriminada, sin que se haya efectuado una previa y adecuada supervisión técnica, y sin tener en cuenta el respeto a derechos constitucionalmente reconocidos, tales como el derecho al libre desarrollo y bienestar (artículo 2° inciso 1), el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (artículo 2° inciso 22), el derecho a que se promueva el bienestar general (artículo 44°), y el derecho a la vivienda sana, adecuada, segura, el cual ha sido recogido por diversos pactos internacionales y es parte de los derechos implícitos que la Constitución reconoce (artículo 3°).

2. Contestación de la demanda

Con fecha 5 de noviembre de 2008, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, contradiciéndola y negándola en todos sus extremos, en base a los siguientes fundamentos:

a) En primer lugar, sostiene que el demandante incurre en una serie de inexactitudes y errores de apreciación con relación a la legitimidad de las modificaciones realizadas por la ley impugnada a los límites de la autonomía municipal y al ejercicio de las competencias y funciones específicas en materia de construcción.
b) En ese sentido, afirma que la autonomía municipal, de conformidad con los principios de unidad de la Constitución y de lealtad nacional desarrollados por el Tribunal Constitucional en la STC N.° 0031-2005-AI, no debe ser ejercida de manera discrecional e irrestricta sino en el marco de los límites establecidos por la Constitución y las leyes, siendo que la norma impugnada; la Ley N.° 29090, forma parte de tal marco.
c) En segundo lugar, los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. En consecuencia, la norma impugnada debe ser acatada por los gobiernos locales toda vez que en ella se plasma la política nacional determinada por el gobierno central para el sector de vivienda y Construcción, que incluye la facilitación y la promoción de la inversión inmobiliaria, conforme puede observarse en el "Plan Nacional de Vivienda – Vivienda para Todos: Lineamientos de Política 2003-2007", aprobado mediante Decreto Supremo N.° 006-2003-VIVIENDA, y en la Vigésimoprimera Política de Estado del Acuerdo Nacional, referida al desarrollo en infraestructura y vivienda.
d) En tercer lugar, se debe tener en cuenta, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC N.° 0008-2007-AI, que en el ejercicio de las competencias que se encuentran relacionadas con la satisfacción de intereses supralocales, la autonomía de los gobiernos locales tiene que graduarse puesto que también coparticipan otros órganos estatales. Este es el caso de la regulación en materia de habilitaciones urbanas y de edificaciones, cuyo interés supralocal resulta evidenciado en las políticas y planes nacionales de desarrollo en el sector Vivienda, Construcción y Urbanismo.
e) En cuarto lugar, la norma cuestionada no vulnera la autonomía municipal en ninguna de sus tres dimensiones: política, económica y administrativa. En el ámbito político, simplemente se modula la intensidad de sus competencias normativas a fin de que sean compatibles con la política nacional en la materia; en el ámbito administrativo, no se interviene de ningún modo en la estructura institucional de los gobiernos locales; y en el ámbito económico, se mantiene la facultad de las municipalidades para recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales, habiéndose limitado únicamente a establecer techos máximos para el cobro de las licencias y los derechos de tramitación en atención al interés supralocal subyacente a la norma.
f) En quinto lugar, respecto al vicio de forma alegado por el demandante, sostiene que el mismo no existe toda vez que la Ley N.° 29090 reviste el carácter de ley ordinaria toda vez que tiene por objeto regular normas de procedimiento con ocasión del ejercicio de la función de otorgar licencias de habilitación urbana y de edificación, materia que no requiere ser regulada por ley orgánica.
g) En sexto lugar, sostiene que la medida encuentra su base constitucional en el artículo 44° de la Constitución, es decir, en la promoción del bienestar general que se fundamenta en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. En ese sentido, procura los siguientes objetivos: i) Establecer un procedimiento acorde con el principio de buena administración , procurando la modernidad y la plena eficiencia de la administración; ii) Establecer un procedimiento uniforme en concordancia con el principio de unidad del Estado y con los objetivos del proceso de descentralización; iii) Promover la formalización y la inversión en el sector inmobiliario; y iv) Promover las fiscalización por parte de las municipalidades.

h) Finalmente, sostiene que la norma impugnada no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados.

3. Amicus Curiae: Colegio de Ingenieros del Perú y Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú

Con fecha 2 de diciembre de 2008, el Colegio de Ingenieros del Perú y el Consejo Departamental de Lima de dicha institución solicitan intervenir en el presente proceso de inconstitucionalidad en calidad deAmicus Curiae, acogiéndose a los fundamentos expuestos por la parte demandante, en especial en lo que se refiere a la transgresión de la Constitución y al bloque de constitucionalidad municipal en materia de otorgamiento de licencias de construcción.

4. Amicus Curiae: Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú

Con fecha 6 de enero de 2009, el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú solicita intervenir en el presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de Amicus Curiae, en virtud de la función pública

especializada en materia de prevención de incendios que le confiere la Ley N.º 27067, Ley del Cuerpo General de Bomberos Voluntario del Perú. En ese sentido, invocando legítimo interés en la vigencia efectiva del deber fundamental del Estado de brindar protección a la población de las amenazas contra su seguridad, se adhiere a la posición expresada por la parte demandante en base a los mismos argumentos.

Sostiene, al igual que la parte demandante, que la ley demandada es inconstitucional por cuanto despoja de sus competencias a las municipalidades y los entes técnicos respectivos, imponiendo un otorgamiento automático de licencias de habilitación y de construcción. Así, se colisiona con el denominado bloque de constitucionalidad municipal en materia de competencias y atribuciones de las municipalidades. Dicho bloque está conformado por los artículos 194º y 195º de la Constitución Política del Perú; los artículos 78º, 79º, 90º, 93º y demás pertinentes de la Ley Orgánica de Municipalidades, y los artículos pertinentes de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N.º 27783, los cuales otorgan a las municipalidades las más amplias facultades para regular lo concerniente al desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, así como al otorgamiento de licencias de habilitaciones y de construcción, y al control y fiscalización de construcciones, remodelaciones o demoliciones de inmuebles, en el marco de las normas sobre barreras arquitectónicas y de accesibilidad, del cumplimiento de los requisitos legales y de los planes integrales de desarrollo distrital y provincial.

V. FUNDAMENTOS

§ 1. Cuestión procesal previa

1. Antes de analizar la demanda de control abstracto de constitucionalidad de la Ley N.º 29090, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre las solicitudes de amicus curiae. Mediante escrito de 6 de enero de 2009 (folio 120), presentado por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, solicita su incorporación en el proceso constitucional bajo la figura procesal del amicus curiae "por tener legítimo interés y en virtud de su función pública especializada en materia de prevención de incendios" (sic). Por su parte, mediante escrito de 2 de diciembre de 2008 (folio 146), el Colegio de Ingenieros del Perú solicita también su incorporación en el proceso constitucional por considerar que tiene también legítimo interés.

2. La jurisprudencia de este Colegiado ha ido reconociendo progresivamente la intervención en el proceso de inconstitucionalidad de algunos sujetos procesales atípicos que, sin equipararse a las partes procesales en sus derechos y deberes, asumen un ámbito razonable de participación en el mismo. Ello es consecuencia lógica de una concepción de la Constitución como proceso público, que convierte a la misma en una norma que no se desvincula de la realidad y, al mismo tiempo, pretende ser una norma de consenso, en la cual deben verse reflejadas las distintas posiciones plurales. La Constitución de esta manera se "abre" también a una pluralidad de intérpretes constitucionales y de "partícipes" en el proceso de inconstitucionalidad.

3. El Derecho Procesal Constitucional entendido como Derecho constitucional concretizado. "opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. (...) esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional, impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución. Se trata, en definitiva, de una interpretación teleológica de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales" (RRTC 0025 y 0026-2005-AI/TC, FJ 15).

4. Reflejo de esta concepción de la Constitución y de su Derecho Procesal Constitucional es el hecho de que el Tribunal Constitucional haya reconocido a partir de su autonomía procesal (vía reglamentaria o vía jurisprudencia) figuras procesales como el amicus curiae y el partícipe. El primero tiene relevancia por sus aportes técnicos o científicos sobre determinadas materias relacionadas con la controversia en un proceso constitucional; el segundo aporta más bien una tesis interpretativa propia de la Constitución y de la ley objeto de control. No es pues un "interés subjetivo" el que los fundamenta, sino más bien un interés objetivo que es, en el primer caso, proveer de elementos técnicos o científicos para la mejor resolución de una controversia constitucional, y en el segundo proponer un punto de vista interpretativo que enriquezca la interpretación constitucional.

5. La intervención de estos sujetos procesales atípicos no es privativa del proceso de control abstracto de constitucionalidad, sino también de los demás procesos constitucionales. Si bien cualquier persona o institución puede solicitar, a través de estas figuras procesales, su intervención en un proceso constitucional, es únicamente al Tribunal Constitucional a quien le corresponde determinar la pertinencia y necesidad de tales solicitudes, pudiendo inclusive en algunos casos, solicitarlos de oficio. En el caso específico del amicus curiae, el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional establece: "[e]l Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados".

6. Ahora, en el marco de lo señalado en esta parte, las solicitudes de amicus curiae presentadas por el Colegio de Ingenieros del Perú y el Consejo Departamental

de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, y por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, no expresan una interpretación objetiva y neutral frente a las partes; claro está, sin que eso implique que este Tribunal desconozca la loable labor, sobre todo, del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú. Al margen de ello y desde el punto de vista del proceso constitucional, en ninguna de las solicitudes presentadas se aprecia que ellas estén referidas a cuestiones técnicas o especializadas, sino más bien a reproducir los argumentos de la demanda. Con lo cual no se justifica la incorporación de ambas instituciones en el presente proceso constitucional.

§ 2. Control constitucional abstracto de la Ley 29090

7. El demandante interpone "demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29090, promulgada con fecha 21 de setiembre de 2007 y publicada en el diario oficial El Peruano el día 25 de setiembre de2007" (folio 1). Para el demandante dicha Ley es incompatible con la Constitución porque adolece de un vicio de inconstitucionalidad formal, pero también material. Es evidente que, desde un punto de vista formal, la impugnación recae sobre la totalidad de la Ley impugnada; mientras que desde un punto de vista material lo que se cuestiona específicamente es el artículo 10º de dicha Ley, el mismo que se refiere a las modalidades de aprobación de las licencias de habilitación urbana y de edificación. El análisis que efectuará este Tribunal será en ese orden.

a) Sobre la supuesta inconstitucionalidad formal

8. En cuanto atañe a este extremo específico de la demanda, el Colegio de Arquitectos del Perú considera que la Ley N.º 29090 es inconstitucional porque infringe de manera directa el artículo 106º de la Constitución. En concreto, "porque ha sido aprobada sin la mayoría constitucionalmente exigida, a pesar que la regulación que comprende la ley cuestionada implica una abierta e indebida modificación de una ley de desarrollo constitucional, como lo es la Ley Orgánica de Municipalidades, por cuanto se han visto recortadas las facultades de las municipalidades previstas para regular todo lo concerniente al otorgamiento de licencias y al control de las construcciones entre otras" (folio 24). 12. Para el Congreso de la República, como demandado, la Ley N.º 29090 es "una ley de carácter ordinario, reguladora de normas de procedimiento con ocasión del ejercicio de la función de otorgar licencias de habilitación urbana y de edificación, aquellos extremos que la Ley N.º 29090 haya modificado de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, no tienen el carácter de ley orgánica, pues no todas las disposiciones de ésta tienen que necesariamente serlo".

13. En relación con estos argumentos, el Tribunal Constitucional considera que debe analizarse dos cuestiones: 1) si la Ley N.º 29090 ha entrado a regular materias reservadas a ley orgánica; y 2) si fuera así, si la Ley impugnada se ha producido siguiendo el procedimiento legislativo para la aprobación de leyes orgánicas.

14. En nuestro sistema de fuentes del Derecho, la Constitución establece su propia primacía sobre otras fuentes, colocándose así en el vértice de dicho sistema (STC 0013-2003-AA/TC, 17-21). De acuerdo con el artículo 51º, la Constitución prevalece sobre toda norma legal. Ello se fundamenta también, directamente, en disposiciones constitucionales, tales como las que se refieren al control de constitucionalidad de las leyes (artículos, 200°, 201° y 202°), a la indicación de un procedimiento diferenciado para la modificación de las normas constitucionales (artículo 206°) y a la existencia de límites impuestos a la reforma constitucional (artículos 32° y 206°).

15. La Constitución impone, por tanto, límites en el proceso de producción de la legislación y fija controles para que esos límites no sean rebasados por el legislador. Naturalmente, los límites (y en parte también los controles) que la Constitución impone a las fuentes constituidas no se presentan del mismo modo en las confrontaciones de cada una de ellas. El condicionamiento normativo es, en efecto, más reducido para las leyes de revisión de la Constitución que para las leyes ordinarias, así como también para otras categorías de fuentes (como, por ejemplo, los decretos legislativos, ordenanzas regionales o municipales, etc.), las que están sujetas a otros condicionamientos y límites.

16. Del mismo modo, la Constitución establece diversos principios que sirven para articular y, en su caso, resolver los conflictos que se pudieran suscitar entre las fuentes inmediatamente subordinadas a ella, tales como los de concurrencia (o equivalencia), de jerarquía y competencia. De ellas, esta última es la que interesa analizar en el presente caso. El principio de competencia resulta fundamental para explicar las relaciones y articulaciones que se pudieran presentar entre normas jurídicas que tienen un mismo rango y, en ese sentido, ocupa un lugar central en la articulación horizontal del sistema de fuentes del Derecho diseñado por la Constitución. Este principio se manifiesta en todos los casos en que la Constitución establece que la disciplina de determinados objetos o materias deberá realizarse a través de determinadas fuentes, de modo tal que otras fuentes que intervinieran en aquellas materias serían, por eso mismo –es decir, independientemente de su contenido–, inválidas.

17. Esa competencia de la fuente para regular determinadas materias puede ser de dos clases. Es positiva cuando la Constitución declara que determinada fuente formal es apta para regular una materia determinada. Así, por ejemplo, el artículo 106º de la Constitución precisa que la fuente denominada "ley orgánica" es competente para regular sólo la estructura y el funcionamiento de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, esto es, "las entidades del Estado previstas en la Constitución", así como todas las materias cuya regulación la Constitución ha reservado a tal fuente. De ahí que sería inconstitucional que una ley ordinaria pretenda regular materias reservadas a leyes orgánicas.

18. Es negativa cuando la Constitución establece que determinadas fuentes formales del Derecho no son aptas para regular determinadas materias. Así, por ejemplo, el penúltimo párrafo del artículo 74 de la Constitución prohíbe a la fuente denominada "decretos de urgencia" regular materia tributaria. En ambos casos, la violación de este principio de competencia, como criterio regulador de las relaciones horizontales entre fuentes formales del Derecho del mismo rango, da lugar a un vicio de inconstitucionalidad.

19. Ahora, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional las leyes orgánicas se caracterizan por dos elementos: el formal y el material. Cuando la Constitución (artículo 106º) establece que para la aprobación o modificación de una ley como orgánica "se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso", define su elemento formal. Cuando dicha disposición señala que "[m]ediante 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", define su elemento material.

20. De lo anterior se infiere que una ley orgánica se define, en principio, por la concurrencia de esos dos elementos; sin embargo, existe una preponderancia del elemento material sobre el elemento formal. Una ley puede ser aprobada con el voto de los ciento veinte congresistas, pero esta forma de aprobación no convierte automáticamente a dicha ley en orgánica. De ahí que se pueda señalar que el concepto de ley orgánica es, si bien no únicamente, ante todo un concepto material.

21. Debe decirse, de otro lado, que es posible que dentro del contenido de una ley aprobada como orgánica coexistan materias estrictas y materias conexas. Estamos ante el supuesto de una ley parcialmente orgánica: el hecho de que una ley "haya recibido el nomen iuris de 'Orgánica' no significa que todas y cada una de sus disposiciones adopten ese carácter, (...), sólo aquellas que se ocupen de una materia reservada a ley orgánica, adoptarán este carácter" (STC 0003-2006-AI/TC, FJ 23). Esto corrobora el concepto preponderantemente material de la ley orgánica.

22. En ese sentido, la cuestión a responder ahora es si la materia regulada por la Ley N.º 29090 está reservada a en ley orgánica. Aunque el nomen iuris de la Ley impugnada es el de "Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones" y su objeto sea (artículo1º) "establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación", es claro que eso no define su naturaleza ni su posición en el sistema de fuentes. La determinación debe hacerse más bien desde la Constitución (artículo 106º) y desde la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), como norma integrante del bloque de constitucionalidad.

23. Concretamente, el artículo 106º de la Constitución establece que "[m]ediante 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".

24. A juicio de este Tribunal, las competencias de los gobiernos locales forman parte de su estructura y funcionamiento y, por tanto, dichas competencias deben ser reguladas o modificadas necesariamente mediante una ley con carácter orgánico. Una de esas competencias que prevé la Constitución (artículo 195º inciso 6) es que los gobiernos locales son competentes para "[p]lanificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial".

25. El desarrollo de esta disposición constitucional se encuentra en el Título V, Capítulo II de la Ley Orgánica referida. El artículo 79º, 1.4., prevé como función específica de las municipalidades provinciales la de "[a]probar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes antes mencionados, de acuerdo con las normas técnicas de la materia", sobre el otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición y sobre la elaboración y mantenimiento del catastro urbano y rural.

26. Por su parte, el artículo 92º de la LOM señala que "[t]oda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere una la licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del Cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, previo certificado de conformidad expedido por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios o del Comité de Defensa Civil, según corresponda, además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios. Las licencias de construcción y de funcionamiento que otorguen las municipalidades deben estar, además, en conformidad con los planes integrales de desarrollo distrital y provincial".

27. Existe, por tanto, una reserva de ley orgánica del artículo 195º, inciso 6, de la Constitución a favor de la competencia de los gobiernos locales en materia de regulación del otorgamiento de licencias para habilitaciones urbanas y de licencias de construcción. En ese sentido, cualquier ley que pretenda vaciar de contenido la competencia de los gobiernos locales para otorgar las licencias de habilitación urbana y de edificación deben cumplir con el procedimiento legislativo que se exige para modificar una ley orgánica (o una parte de ella).

28. La cuestión, entonces, es: ¿el artículo 10º de la Ley N.º 29090 vacía de contenido esa competencia de los gobiernos locales? A juicio del Tribunal Constitucional

la respuesta es negativa. En estricto, la previsión legal del artículo 10° mencionado no comporta un despojo de dicha competencia. Los gobiernos locales mantienen la competencia reconocida en la Constitución y en su respectiva ley orgánica en cuanto se refiere al otorgamiento de las licencias de habilitación urbana como de las de edificación. La intervención legislativa del artículo 10° sólo incide en el procedimiento de otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de construcción, mas no en el ámbito de sus competencias constitucionales reconocidas, lo que sí está reservado a la ley orgánica.

29. Y es que el procedimiento para el otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de construcción es una materia compartida del gobierno nacional, el mismo que tiene una competencia de regulación nacional, y los gobiernos locales asumen una competencia de regulación específica. En caso de duda, existe una presunción de competencia a favor del gobierno nacional, de conformidad con el artículo 43° de la Constitución.

30. En ese sentido, el artículo 10° de la Ley N.° 29090, en tanto no comporta un vaciamiento de las competencias de los gobiernos locales, sólo debió seguir para su aprobación el procedimiento legislativo establecido para la tramitación de las leyes ordinarias. De hecho así fue. El proyecto de ley que dio lugar a la Ley impugnada fue aprobado (aunque sin un debate detenido) como si fuera una ley ordinaria y con el voto aprobatorio de cincuenta y seis (56) congresistas; según se aprecia del Diario de Debates de la Primera Legislatura Ordinaria de 2007, de 13 de setiembre de 2007. Así también lo admite el propio demandado (folio 77).

31. Desde un punto de vista estrictamente formal se aprecia, pues, que el artículo 10° de la Ley N.° 29090, en relación con la Constitución y con la Ley Orgánica de la Municipalidades, no adolece de un vicio formal de inconstitucionalidad.

b) Sobre la supuesta inconstitucionalidad material

32. El demandante también considera que la Ley N.° 29090 comporta un vicio de inconstitucionalidad material. Así señala que dicha Ley desconoce determinados derechos fundamentales como el libre desarrollo y bienestar, el de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, el derecho al bienestar, a la vivienda adecuada y segura; en suma, la ley impugnada pondría en riesgo la vida, salud e integridad de sus ocupantes (folio 29).

33. Aunque en la demanda no se sustenta suficientemente este argumento, el Tribunal Constitucional observa, con suma preocupación, que en los últimos años han venido ocurriendo determinados accidentes en obras de construcción civil, en los cuales han fallecido, lamentablemente, trabajadores de la rama de la construcción civil. Estos accidentes se han producido tanto en el periodo de vigencia de la legislación anterior y también luego de la entrada en vigencia de la Ley N.° 29090.

34. Por ejemplo, el 19 de marzo de 2007, fallecieron cuatro trabajadores de construcción civil, luego del desplome de una pared de adobe en la avenida 28 de julio (Chosica); el 12 de diciembre de 2007, el desprendimiento repentino de bloques de concreto al interior de una construcción en La Victoria dio como resultado la pérdida de la vida de seis obreros y un obrero que fue rescatado con vida, aunque con un brazo amputado; el 30 de abril de 2008, el desplome de una edificación en la avenida Reducto (Miraflores) ocasionó la muerte de cuatro obreros de construcción civil.

35. De la voluntas legislatoris que subyace a la Ley impugnada se puede apreciar que el legislador buscó, esencialmente, la simplificación de los trámites ante los gobiernos locales para la obtención de licencias de habilitaciones urbanas y de licencias de edificación, así como disminuir la informalidad existente en este sector. Esta es una conclusión que fluye por sí misma del Diario de Debates al que se ha hecho referencia en el fundamento 29 de la presente sentencia.

36. Pero como lo determinante en la interpretación de una ley no es tanto la voluntad del legislador (simplificación administrativa y reducción de la informalidad), sino más bien la voluntas legis, este Colegiado entiende que en la ratio de la Ley impugnada no pueden dejarse de lado otros bienes y derechos fundamentales, como los que ha hecho referencia el Colegio de Arquitectos del Perú en la presente demanda de inconstitucionalidad. De ahí que es pertinente decir que si bien las leyes no crean per se realidades, sí ayudan a canalizar hechos de manera positiva o negativa.

37. Lo que se quiere decir con esto es que la presente Ley impugnada no podría ser declarada inconstitucional en este momento por los acontecimientos fácticos ya señalados (los accidentes en el ámbito de la construcción civil), porque, como se dijo ya en el fundamento 33, estos se han producido durante la vigencia de la legislación anterior y la legislación que ahora se cuestiona en su constitucionalidad. Sin embargo, corresponde al Congreso de la República debatir y aprobar los respectivos proyectos de ley que están en trámite parlamentario a fin de evitar cualquier situación que pueda poner en riesgo la salud, vida e integridad de los trabajadores de construcción, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución.

38. Así, por ejemplo, el Congreso de la Repúbli-ca debería preocuparse de debatir y aprobar, si correspondiese, el Proyecto de Ley N.° 2846/2008-CR, de 6 de noviembre de 2008, referida a las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los "actores" (término que utiliza la propia Ley impugnada) vinculados con las habilitaciones urbanas y las edificaciones; el Proyecto Ley N.° 2448/2007-CR, de 28 de mayo de 2008, referido a la responsabilidad por accidentes o muerte de los trabajadores de la obra, a la responsabilidad por daños a la propiedad contigua o del entorno, a la responsabilidad por el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, y a la constitución de un fondo de garantía; el Proyecto de

Ley N.º 2700/2008-CR, de 16 de septiembre de 2008, así como el Proyecto de Ley presentado el 19 de enero de 2009 (folio 183) presentado por el demandante, la Municipalidad Metropolitana de Lima, entre otros.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 29090.
2. Exhortar al Congreso de la República a debatir y decidir sobre los proyectos de ley señalados enunciativamente en el fundamento 38 de la sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 009-2008-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ARQUITECTOS DEL PERÚ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Si bien concuerdo con los argumentos y el fallo de la posición adoptada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Álvarez Miranda, considero pertinente esgrimir algunos argumentos adicionales.

1. A lo expuesto, debo agregar que, no obstante, si como consecuencia de la Ley N.º 29090 se produjera un relajamiento de las competencias de los gobiernos locales para ejercer su facultad de control y sanción en materia de habilitaciones urbanas y de edificaciones, o más aún se pusiera en riesgo el derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal de los trabajadores de construcción civil, dicha Ley podría devenir en el futuro en inconstitucional. La interposición de una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la Ley ahora impugnada será, así, perfectamente posible como una excepción a la cosa juzgada constitucional, en el sentido de lo precisado por este Tribunal en la STC 00025-2006-AI/TC, FJ 6).

2. Ello hace que sea necesario recurrir, en este proceso constitucional, a un tipo de sentencia denominado por la doctrina constitucional comparada como "sentencia de aviso" (Warn- oder Signalentscheidung), según la cual una situación es considerada, en el momento en que ella se dicta, como todavía conforme con la Constitución, pero que en el futuro puede devenir en incompatible con la Constitución, si es que no se previenen algunos factores que puedan hacer de la ley impugnada inconstitucional.

3. Los factores que considero necesario deben cumplirse para que la ley impugnada no se torne en el futuro inconstitucional son los siguientes: a) la Ley 29090 no debe suponer un impedimento para que los gobiernos locales ejerzan sus competencias constitucionales, especialmente las previstas en los artículos 78º y 79º de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Ley 27972); b) la efectivización de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que se refiere el artículo 5º Ley 29090; y c) que el Congreso de la República ponga a debate y decida, conforme con la Constitución, sobre los proyectos de ley aludidos en el fundamento 38 de la posición de la mayoría.

4. Con lo cual, en el fallo debería precisarse que si bien la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29090 debe declararse infundada, en el extremo que se alega un supuesto vicio de inconstitucionalidad material; ello será así siempre y cuando se cumplan los supuestos a que se hace referencia en el fundamento 3 del presente fundamento de voto. En caso contrario, cabría interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad.

Sr.

LANDA ARROYO

EXP. N.º 009-2008-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ARQUITECTOS DEL PERÚ

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS CALLE HAYEN Y ETO CRUZ

Con el debido respeto por la posición de nuestros apreciados colegas, emitimos este voto singular por cuanto disentimos del sentido de la decisión adoptada, así como de relevantes aspectos atinentes a la fundamentación de la sentencia en mayoría, conforme a las consideraciones que a continuación exponemos:

§1. ¿Es la regulación de habilitaciones urbanas y edificaciones, materia reservada a ley orgánica?

1. Un primer vicio de inconstitucionalidad que, a criterio del demandante, afecta a la Ley N.º 29090 —Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones— es de carácter formal, pues juzga que debió ser aprobada cumpliendo con las formalidades que la Constitución exige para la aprobación de una ley orgánica, en la medida en que, según sostiene, se ocupa de materias reservadas por el Constituyente a este tipo de normas. En concreto, refiere que la ley cuestionada ha sido dictada "sin el carácter de ley modificatoria de ley orgánica y sin la votación calificada de la mitad más uno del número legal de congresistas que exige la Constitución, infringiendo flagrantemente los artículos 198º (...) y 106º de la Carta Fundamental de la República, que establecen en forma clara, precisa e inequívoca que la regulación infraconstitucional de la estructura y el funcionamiento de las municipalidades, que comprende sus competencias y atribuciones, así como el desarrollo de las mismas, debe darse a través de la denominada Ley Orgánica de Municipalidades"[1].

2. En la STC 0020-2005-PI y 0021-2005-PI, fundamento jurídico (F. J.) 2 b., este Tribunal fue preciso en señalar que una de las situaciones en las que una ley incurre en un vicio de inconstitucionalidad formal se presenta "[c]uando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del Derecho. Así, por ejemplo, existen determinadas materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas (v.g. de conformidad con el artículo 106°, la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución), razón por la cual en caso de que una ley ordinaria se ocupe de dicha regulación, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad formal".

Asimismo, en la STC 0022-2004-PI, F. J. 27, el Tribunal Constitucional incidió en un punto que ha sido reiterada y uniformemente asumido por su jurisprudencia, a saber, que entre las entidades cuya estructura y funcionamiento deben ser regulados por ley orgánica se encuentran las municipalidades. Quiere esto significar que el diseño estructural fundamental de los gobiernos locales, así como las competencias y atribuciones de estos órganos constitucionales, deben regularse a través de una ley orgánica y, concretamente, a través de la denominada Ley Orgánica de Municipalidades —Ley N.° 27972— (en adelante, LOM).

3. En tal sentido, en el caso que nos ocupa, sólo si la Ley N.° 29090 hubiese modificado o complementado la diagramación orgánica esencial de las municipalidades provinciales o distritales, o las competencias de los referidos gobiernos locales, se habría ocupado de una materia reservada a ley orgánica, y hubiese, al propio tiempo, incurrido en causal de invalidez constitucional por violación del artículo 106° de la Constitución.
No obstante, a nuestro juicio, no es ese el caso. En efecto, tal como señala el artículo 1° de la ley incoada, su objeto consiste en "establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación", para lo cual lleva a cabo un desarrollo pormenorizado de las modalidades de aprobación de las mencionadas licencias, de los actores de dicho procedimiento, de los documentos que deben ser presentados para obtenerlas, de los derechos de tramitación, etc. En ningún caso, sin embargo, se ocupa de la estructura orgánica de los gobiernos locales, ni tampoco altera las competencias o atribuciones que, de conformidad con la LOM, a estas corresponde.

§2. Principio de competencia, bloque de constitucionalidad y regulación de habilitaciones urbanas y edificaciones

4. Cuestión distinta a analizar la fuente jurídica constitucionalmente autorizada para regular los procedimientos administrativos para la obtención de licencias de habilitación urbana y de edificación (que es una ley ordinaria, y no orgánica, según ha quedado establecido), es analizar si el órgano que emitió la ley regulatoria resultaba constitucionalmente competente para hacerlo. En efecto, la interrogante que a continuación es necesario dilucidar es la siguiente: ¿Es el Congreso de la República competente para llevar a cabo la mentada regulación?

5. Debe tenerse en cuenta que de acuerdo al artículo 79° del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.), "[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado". Lo que con tino pretende señalar el referido precepto es que para determinar si a través de un acto normativo de rango legal, algún órgano del Estado afecta o invade competencias o atribuciones correspondientes a otro órgano estatal, el parámetro de control constitucional no sólo se encuentra conformado por la Constitución, sino también por las leyes orgánicas que, sin desvirtuar el marco constitucional, hayan adjudicado las respectivas competencias y atribuciones a los concretos órganos constitucionales. En tal caso, las leyes orgánicas pasan a pertenecer al denominado bloque de constitucionalidad.

6. Pues bien, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, de conformidad con el artículo 79°, 1.4.1, de la LOM, es función específica exclusiva de las municipalidades provinciales "[a]probar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales (...), de acuerdo con las normas técnicas de la materia, sobre: Otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición", y de conformidad con el artículo 79° 3.6 de la misma norma, es función específica exclusiva de la municipalidades distritales, "[n]ormar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de: 3.6.1 Habilitaciones urbanas; 3.6.2 Construcción, remodelación o demolición de inmuebles y declaratorias de fábrica".

7. De esta manera, resulta meridianamente claro que, de acuerdo a la LOM, la regulación jurídica de los procedimientos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación es una competencia que, in suo ordine, corresponde a las municipalidades provinciales y distritales, motivo por el cual el Congreso de la República, al dictar la Ley N.° 29090, ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad indirecta al ejercer una competencia que, de acuerdo a la LOM, no le corresponde.
Acaso quepa precisar que "la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración "indirecta" de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad"[2]. Este tipo de infracción constitucional se produce, entre otros casos, "ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que

el propio Constituyente delegó: (...) [l]a determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales"[3].
En tal sentido, aludimos a que la ley cuestionada ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad indirecta, en razón de que ha violado directamente la LOM e indirectamente el artículo 195° de la Constitución, el cual, luego de enunciar algunas de las competencias de los gobiernos locales, señala en su inciso 10) que tales gobiernos son competentes también para "[e]jercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley", delegando de esta manera en la LOM la capacidad jurídica para, conforme a la Constitución, establecer el resto de sus competencias y atribuciones.

8. Es cierto que, así planteadas las cosas, unos de los peligros de relevancia constitucional consiste en que cada uno de los municipios provinciales regule la materia de manera abiertamente discordante, lo cual generaría una afectación del principio de unidad de ordenamiento jurídico implícitamente reconocido por el artículo 51° de la Constitución, y del principio de seguridad jurídica que, tal como ha advertido este Tribunal, es un principio subyacente al orden constitucional que lo recorre transversalmente[4].
Por ello debe tomarse en cuenta que, de conformidad con el artículo 195° de la Constitución, "[l]os gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local (...) en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo", lo cual implica que el ejercicio de las competencias de los órganos constitucionales descentralizados no puede conllevar la desarticulación del principio de Estado unitario que rige el sistema constitucional peruano (artículo 43° de la Constitución). En ese sentido, el artículo 189° constitucional ha previsto que la organización del gobierno a nivel nacional, regional y local se realiza "preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación", y es esa la razón por la que este Tribunal tiene establecido que "la unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. (...) [L]a unidad prima sobre la diversidad"[5].
Siendo ello así, en aras de garantizar una regulación inter e intra coherente por parte de los gobiernos locales en materia de habilitaciones urbanas y edificaciones, el Parlamento tiene la competencia para dictar las pautas básicas de una política nacional de uso del suelo urbano, instituyendo, por ejemplo, los principios basilares que la regulación local debe en todo caso respetar, tales como los principios de unidad, transparencia, participación y subordinación a los que se hace mención en el artículo 2° de la ley impugnada.

9. Empero, una cosa es que el legislador nacional mantenga esta competencia, y otra, muy distinta, que pueda desbordarla inconstitucional y flagrantemente al pretender regular cada específico aspecto de los procedimientos administrativos orientados a la obtención de las licencias de habilitación urbana y edificación. Como quedó dicho, ésta es una competencia reservada por la LOM a los gobiernos locales, por lo que resulta evidente el vicio de incompetencia en el que ha incurrido el Congreso al emitir la Ley N.° 29090.

10. En todo caso, si se consideraba que existía un interés público y una necesidad de alcance nacional en hacer del Congreso de la República el órgano competente para realizar la referida regulación, previamente, debió modificarse la LOM. Pero lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es que, con el argumento de pretender alcanzar supuestos fines valiosos, se desvirtúen las normas que, por mandato de la Constitución, determinan la distribución de las competencias y atribuciones de los distintos órganos constitucionales.

§3. Aprobación automática de licencias de habilitaciones urbanas y de edificaciones, y test de proporcionalidad

11. Desde luego, la inconstitucionalidad formal e indirecta advertida es, en sí misma, suficiente para expulsar del sistema jurídico a la ley sometida a juicio. Sin embargo, sentimos que es nuestro deber advertir un vicio de inconstitucionalidad de fondo en el que también incurre la Ley N.° 29090, y cuyo carácter material lo hace aún más grave que la causal de invalidez ya desarrollada. A continuación, con el auxilio del denominado test de proporcionalidad, pasamos a fundamentar la invalidez sustancial que, a nuestro criterio, anida en la referida ley.

12. Se ha señalado ya que, conforme al artículo 1° de la Ley N.° 29090, el objeto de esta es "establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación, con la finalidad de facilitar y promover la inversión inmobiliaria". En otras palabras, la norma pretende que a través de una nueva configuración de los aludidos procedimientos administrativos que los haga más céleres y simples, la inversión inmobiliaria se fomente e incremente en el corto plazo. De esta manera, para determinar la finalidad inmediata perseguida por la ley incoada basta acudir a un criterio teleológico objetivo, pues ella está mencionada expresamente en la propia ley. Ahora bien, siendo esta la finalidad inmediata, subyace en ella una finalidad mediata, consistente en la búsqueda de concretizar el mandato contenido en el artículo 59° de la Constitución, conforme al cual "[e]l Estado estimula la creación de riqueza y garantiza (...) la libertad de empresa". Es decir, resulta razonable interpretar que el legislador asuma como una norma adscrita al deber del Estado, de estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de empresa, el deber de adoptar medidas que permitan fomentar la inversión en materia inmobiliaria.

13. Por otra parte, la modificación del régimen para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación, a efectos de alcanzar mayor celeridad, es un propósito atendible si se toma en cuenta que, en aplicación de la legislación precedente, el trámite para la obtención, por ejemplo, de una licencia de habilitación urbana, demoraba un promedio de 321 días[6].

14. Pues bien, de esta manera, como medida para alcanzar la referida finalidad, la ley plantea una simplificación de los procedimientos, una disminución de los trámites y sus respectivos plazos, una reducción significativa del costo de los derechos de tramitación, la determinación de mayores responsabilidades para los funcionarios ineficientes o negligentes, la determinación clara y específica de los actores que intervienen en los respectivos procedimientos, introduciendo, por ejemplo, la figura de los Revisores Urbanos, esto es, profesionales registrados y autorizados para verificar que los proyectos de habilitación urbana y/o edificación cumplan con las disposiciones urbanísticas y/o edificatorias que regulan el predio materia de trámite, de conformidad con las Normas de Acondicionamiento Territorial y/o Desarrollo Urbano, el Reglamento Nacional de Edificaciones y otras normas que sean de competencia, emitiendo el informe técnico de su especialidad, para la obtención de la respectiva licencia de habilitación o de edificación (artículo 6.2 de la Ley N.º 29090), entre otras medidas.

15. Ciertamente, ninguna de tales medidas parece situar prima facie en compromiso el contenido constitucionalmente protegido de algún bien constitucional, por lo que si a ellas se hubiesen reducido los mecanismos para simplificar y acelerar los procedimientos administrativos de otorgamiento de licencias, no existiría mérito para cuestionar la validez material de la ley impugnada. Por lo demás, es posible establecer una relación de idoneidad entre las medidas antes mencionadas y la promoción de la inversión inmobiliaria. En otros términos, resulta razonable arribar a una prognosis fáctica en virtud de la cual, mientras menores sean los obstáculos burocráticos y los "costos de transacción" (en el sentido del término utilizado por muchos de los defensores del Análisis Económico del Derecho), para obtener una licencia de habilitación urbana y de edificación, mayores serán los incentivos para invertir en el rubro inmobiliario.

16. No obstante, no han sido solo esas las medidas adoptadas. Otra de ellas —que parece haber resultado fundamental, a juicio del legislador, para la promoción de la inversión inmobiliaria— ha consistido en eliminar, en determinados supuestos, los controles preventivos de seguridad pública y viabilidad de los proyectos inmobiliarios, antes de conceder las referidas licencias. En efecto, con excepción de los procedimientos para la obtención de las licencias de habilitación y de edificación correspondientes a lo que la ley denomina Modalidades C (cuya aprobación requiere la evaluación previa del proyecto por Revisores Técnicos o Comisión Técnica) y D (cuya aprobación requiere la evaluación previa del proyecto por Comisión Técnica), el resto de los proyectos de habilitación y edificación (correspondientes a las Modalidades A y B) está sujeto a "aprobación automática" (artículo 10º).
Así por ejemplo, proyectos susceptibles de acogerse a la Modalidad A, tales como la construcción de una vivienda unifamiliar de hasta 120 m² construidos, siempre que constituya la única edificación en el lote; la demolición total de edificaciones, siempre que no constituyan parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación y de las que requieran el uso de explosivos; o las obras de carácter militar de las Fuerzas Armadas y las de carácter policial de la Policía Nacional del Perú, así como los establecimientos de reclusión penal (artículo 10º 1 de la ley impugnada); y aquellos susceptibles de acogerse ala Modalidad B, tales como las habilitaciones urbanas de unidades prediales no mayores de 5 ha, que constituyan islas rústicas y que conformen un lote único, siempre y cuando no esté afecto al Plan Vial Provincial o Metropolitano; las edificaciones para fines de vivienda unifamiliar o multifamiliar de hasta 5 pisos, o condominios de vivienda unifamiliar y/o multifamiliar de hasta 5 pisos, siempre que el proyecto tenga un máximo de 3,000 m² de área construida, son aprobados automáticamente con la sola presentación del formulario de solicitud y los documentos necesarios (artículo 10º 2 de la ley impugnada). Es así que la norma es enfática en señalar que para obtener las licencias mediante el procedimiento de aprobación automática, "sólo se requiere la presentación, ante la municipalidad competente, del Formulario Único acompañado de los requisitos establecidos en la presente Ley. El cargo de ingreso constituye la respectiva licencia, previo pago de la liquidación respectiva, y a partir de este momento se podrán iniciar las obras" (artículos 10º 1 y 10º 2 de la ley impugnada). Es decir, de acuerdo a esta regulación, las obras de construcción, incluso de viviendas, podrán iniciarse tras la simple presentación de documentos y sin ningún tipo de fiscalización previa, pues de conformidad con el artículo 10º 5 de la ley incoada, en los casos de proyectos correspondientes a las Modalidades A y B, la fiscalización es sólo posterior.

17. A nuestro juicio, es evidente que esta medida, a saber, la aprobación automática de licencias —especialmente cuando se encuentra orientada a la permisión de edificaciones para vivienda— a diferencia de las otras, sí compromete seriamente el contenido constitucionalmente protegido de una serie de bienes constitucionales relacionados con la seguridad pública. Así pues, conviene tener en cuenta que si bien, como se ha señalado, el artículo 59º de la Constitución establece el deber del Estado de estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de empresa, comercio e industria, inmediatamente advierte que "el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas".

18. Es verdad que la medida de aprobación automática lleva prácticamente a su máxima expresión la reducción de los trámites burocráticos y su tiempo de duración, por lo que resulta plenamente idónea para alcanzar el fin inmediato perseguido, esto es, facilitar y promover la inversión inmobiliaria. Sin embargo, al mismo tiempo afecta sensiblemente el ámbito normativo constitucional de la seguridad pública.

19. Ya se ha mencionado que, conforme al artículo 59º de la Constitución, la protección de la seguridad pública es un límite expreso a la libertad de empresa, y, consecuentemente, un valor que debe tomar singularmente en cuenta el Estado al momento de promover aquella.

Las alusiones a la protección de la seguridad de la persona humana como derecho y como valor en la Constitución son constantes. Así, además del artículo reseñado, se encuentra protegida como derecho fundamental, especialmente en su vertiente subjetiva, cuando el artículo 2°. 24 reconoce que toda persona tiene derecho a la seguridad personal. De otra parte, se encuentra protegida como un valor o derecho fundamental en su vertiente objetiva, cuando de un modo más abstracto el artículo 44° constitucional refiere que uno de los deberes primordiales del Estado es "proteger a la población de las amenazas contra su seguridad", o cuando el artículo 58° señala que bajo el marco de la economía social de mercado, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente, entre otras, en el "área[] de (,,,) seguridad". Y acaso tenga una singular importancia en este caso el hecho de que el artículo 65° de la Constitución, luego de establecer que "[e]l Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios", señale que "vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población". De esta manera, es evidente que la Constitución ha concedido una importancia axiológica de relieve, y en tal medida, una protección jurídica reforzada a la seguridad del ser humano, como derecho fundamental subjetivo así como valor o derecho fundamental en su dimensión objetiva.

20. Dicha seguridad conlleva el deber del Estado de mantener a la persona humana individualmente considerada, y a la población como colectivo, libre de amenazas o afectaciones a su vida, a su salud, y, en general, a su integridad física y psíquica. Es decir, implica el deber de mantener, básicamente a través de medidas preventivas, incólumes la esfera y el equilibrio psicosomático del ser humano, a efectos de garantizar el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2° 1 de la Constitución).

21. Con la posibilidad de conceder licencias de aprobación automática, permitiendo el inicio de la construcción de obras inmobiliarias sin ningún tipo de pronunciamiento técnico previo, incluyendo nada menos que "edificaciones para fines de vivienda unifamiliar o multifamiliar de hasta 5 pisos, o condominios de vivienda unifamiliar y/o multifamiliar de hasta 5 pisos" (artículo 10° 2 c.), a nuestro juicio, el legislador ha renunciado a su deber constitucional de proteger, a través de medidas y controles preventivos, la seguridad de la población, en aras de optimizar, a toda costa, la inversión inmobiliaria.

22. Así las cosas, aun cuando la aprobación automática es una medida idónea para cumplir con el fin de promover la inversión inmobiliaria, resulta manifiestamente innecesaria, pues existen otras medidas, como las reseñadas en el considerando 14 supra, que podrían también cumplir adecuadamente con el objetivo trazado, sin comprometer el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la seguridad de la población.
Por lo demás, resulta evidente también, a nuestro juicio, que la referida medida amenaza innecesariamente el derecho fundamental de la persona humana a una vivienda digna, el cual si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución de 1993, tal como sí sucedía en la Constitución de 1979, en nuestra opinión, es un derecho implícito derivado del derecho fundamental de toda persona "a su (...) bienestar", reconocido en el artículo 2° 1 de la Constitución, y de la dimensión material de la vida, entendida también como el derecho fundamental a una vida digna, derivado del mismo precepto constitucional.

23. Es verdad que, a criterio de determinado sector de la doctrina, uno de los requisitos para considerar a una medida como atentatoria del subprincipio de necesidad consiste en demostrar, previamente, que la medida alternativa menos lesiva (o no lesiva) de los derechos fundamentales es, cuando menos, igualmente idónea para cumplir con la finalidad buscada, y que es difícil imaginar una medida que resulte tan idónea como para la "aprobación automática" para promover la inversión inmobiliaria.

24. No obstante, aun en el supuesto negado de que pueda considerarse a esta medida como necesaria para la consecución de dicho fin, de lo que no tenemos duda es de que no supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues los beneficios que en pronóstico podrían generarse con el incentivo de la inversión inmobiliaria, en modo alguno serían superiores al pronóstico de afectación que podría generarse en el contenido de los derechos fundamentales a la seguridad y a la vivienda, como consecuencia de la ausencia de una fiscalización preventiva. Es más, a nuestro juicio, en este caso los bienes constitucionales no serían constitucionalmente comparables, pues mientras en un caso estamos ante beneficios económicos que pueden ser alcanzados a través de medidas alternativas, en el otro estamos ante derechos fundamentales cuya eventual afectación bien podría devenir en irreparable. Al fin y al cabo, es evidente que pocas cosas son tan lejanas al espíritu del Constituyente como el sometimiento del interés público de la población al interés privado de unos pocos.

25. En razón de lo expuesto, juzgamos que la aprobación automática de licencias de habilitación urbana y de edificación, regulada en el artículo 10° de la Ley cuestionada incurre en un vicio de inconstitucionalidad de carácter material por no superar el test de proporcionalidad.

§4. Efectos en el tiempo de la sentencia adoptada

26. Dicho esto es preciso ponderar los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N.° 29090, pues realizar esta declaración de manera inmediata generaría un vacío normativo que afectaría irrazonablemente la inversión inmobiliaria en el país. En efecto, dicha declaración de inconstitucionalidad desencadenaría la ausencia de una norma que regule los procedimientos administrativos de otorgamiento de licencias de habilitaciones urbanas y de edificaciones, con la inmediata paralización de la inversión en el rubro inmobiliario.

Por los fundamentos expuestos, nuestro voto es por declarar FUNDADA la demanda de autos y en consecuencia:

Declarar la inconstitucionalidad, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia, de la frase "aprobación automática" y de la frase "mediante el procedimiento de aprobación automática" del artículo 10º 1 de la Ley N.º 29090.

Declarar la inconstitucionalidad, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia, de la frase "aprobación automática" y de la frase "mediante el procedimiento de aprobación automática" del artículo 10º. 2 de la Ley N.º 29090.

Interpretar que, en tanto las municipalidades provinciales no regulen los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación, respetando el principio de unidad del ordenamiento, conforme al literal 4 infra, a las solicitudes de licencia que puedan acogerse a las Modalidades A y B, reguladas por los artículos 10º. 1 y 10º. 2 de la Ley N.º 29090, respectivamente, les es aplicable el procedimiento administrativo correspondiente a las solicitudes de licencia de la Modalidad C, es decir, requiriéndose, en todos los casos, una previa evaluación del proyecto por parte de un Revisor Técnico o de una Comisión Técnica de la municipalidad competente. Este criterio de interpretación es vinculante para todos los poderes públicos, de conformidad con el artículo 82º del C.P.Const.

Declarar que las municipalidades provinciales, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia, deben regular de manera coordinada, respetando el principio de unidad del ordenamiento y los derechos constitucionales involucrados en la regulación, los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación en sus respectivas circunscripciones. La entrada en vigencia de dichas ordenanzas municipales determinará el cese de la validez constitucional de Ley N.º 29090.

Sres.

CALLE HAYEN
ETO CRUZ

[1] Cfr. Escrito de demanda, a foja 1 de autos.
[2] Cfr. STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI, F. J. 27.
[3] Cfr. STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI, F. J. 28.
[4] Cfr. STC 0016-2002-PI, FF. JJ. 2 – 4.
[5] Cfr. STC 0002-2005-PI, F. J. 45.
[6] Cfr. Dictamen del Proyecto de Ley N.º 583-2006-PJ, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República, p. 7.

Exp. N° 0031-2008-PI/TC *[Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo. Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 29223, Ley que precisa la aplicación de la Ley N° 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del programa de homologación de los docentes de las universidades públicas].*

Fecha de Resolución: 19 de enero de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 18 de diciembre de 2009

Resumen: La presente demanda de inconstitucionalidad fue desestimada por el Tribunal Constitucional (TC) y en ella se exhortó al Poder Ejecutivo a través del Consejo de Ministros para que asuma sus responsabilidades disponiendo lo que fuere conveniente a través de las carteras comprometidas, a fin de que el proceso de homologación que ya ha sido convalidado por el propio Tribunal en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 0023-2007-PI/TC y ha recibido también el respaldo del Congreso de la República que ha actuado mediante una serie de normas, entre ellas la norma cuestionada en el presente proceso, concluya hasta su etapa final en un tiempo que no exceda el siguiente periodo presupuestal.

En esa línea, el Tribunal también dispuso que el Consejo de Ministros no debe autorizar nuevos procesos por parte de cualquiera de los Ministerios que estén encaminados a diferir el proceso de homologación. Por ello señaló que nuevas demandas en el sentido que convocó el presente proceso, serán asumidas por el Colegiado como una muestra de resistencia a sus mandatos y serán rechazadas de plano, ordenando las medidas correspondientes.

Por tanto, a juicio del Tribunal, debe entenderse que el proceso de homologación de los salarios de los docentes de las universidades públicas constituye un proceso que compromete a todos los poderes públicos. Y ello importa que ninguna autoridad se resista poniendo trabas o interfiriendo en este proceso bajo responsabilidad de incurrir en desacato a las decisiones de los órganos judiciales.

Temas Claves: Gasto público - homologación de docentes - principios constitucionales presupuestarios - principio de irretroactividad de la ley.

EXP. N.° 0031-2008-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE JUSTICIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de enero del 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Calle Hayen, que se acompañan

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo, debidamente representado por la Ministra de Estado en la Cartera de Justicia, Rosario del Pilar Fernández Figueroa contra la Ley N° 29223, Ley que precisa la aplicación de la Ley N° 29137.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	:	Poder Ejecutivo
Norma impugnada	:	Ley N° 29223.

Vicios	:	Violación al principio de irretroactividad de las leyes (Articulo 103° de la Constitución), violación al principio de programación del presupuesto publico y falta de legitimidad del Congreso para la emisión de la Ley N° 29223.
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 29223, Ley que precisa la aplicación de la Ley N° 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del programa de homologación de los docentes de las universidades públicas.

III. NORMA CUESTIONADA

La norma impugnada es la Ley N.° 29233, que dispone:

Artículo 1.- Objeto de la Ley
Precísase que los términos de continuación del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades Públicas, aprobado mediante la Ley N° 29137, garantizan la continuación de dicho Programa a partir del mes de junio del año 2007, conforme lo disponen la Décima Tercera Disposición Final de la Ley N° 29035, Ley que autoriza Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007 y dicta otras medidas, y la Ley N° 29070, Ley que fija el porcentaje complementario para la aplicación de la Décima Tercera Disposición Final de la Ley N° 29035.

Artículo 2.- Del pago del incremento
Autorizase al Ministerio de Economía y Finanzas a disponer el pago del incremento en los ingresos de los docentes de las universidades públicas, por el período comprendido entre el 1 de junio y el 27 de noviembre de 2007, conforme a los montos establecidos en el Anexo 1 de la Ley N° 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades Públicas.

IV. ANTECEDENTES

4.1. Argumentos de la demanda

Con fecha 15 de diciembre de 2008, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29223. El recurrente manifiesta que la referida norma viola el principio de irretroactividad de las normas establecido en el artículo 103° de la Constitución, al mismo tiempo que resulta contraria al articulo 79° de la Constitución, que establece que "Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos". Finalmente manifiesta que la norma en referencia también viola el principio de programación y equilibrio financiero del presupuesto publico.

Entre los argumentos de la demanda cabe resaltar los siguientes:

a) La Ley N° 29223, de fecha 06 de mayo de 2008, tiene un efecto retroactivo respecto a lo dispuesto en la Ley N° 29137, de fecha 27 de noviembre de 2007, norma en la cual se ampara, toda vez que establece que el pago por concepto de homologación a los docentes de universidades públicas, se efectuaría a partir del 1° de junio del 2007, en consecuencia la Ley N° 29223 es inconstitucional, pues viola el principio de irretroactividad de las normas establecido en el articulo 103° de nuestra Constitución Política.

b) De conformidad con lo establecido en el articulo 79° de la Constitución Política del Perú, los Congresistas no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto, situación que en el caso de autos no se presenta, pues la Ley N° 29223 dispone el pago del incremento en los ingresos de los docentes de las universidades públicas.

c) Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado (STC 004-2004-CC/TC), el presupuesto público se rige por una serie de principios constitucionales, entre ellos, el de programación y el de equilibrio financiero. El recurrente considera que: "La programación presupuestal conlleva un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos. En este sentido no se pueden establecer nuevos gastos públicos, como el ocasionado con la aplicación de la Ley N° 29223".

Con relación al principio constitucional de equilibrio financiero, el recurrente básicamente sostiene que el pago del incremento en los ingresos de los docentes de las universidades publicas no se encontraría previsto en la Ley N° 29142, Ley del Presupuesto Publico para el Año Fiscal 2008, por lo que se trataría de una norma sin base presupuestal por lo que el Congreso estaría ejerciendo una iniciativa de gasto que la Constitución prohíbe.

4.2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 11 de marzo de 2009, el apoderado del Congreso, Jorge Campana Ríos, contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada por los siguientes fundamentos:

a) Con relación a la irretroactividad de la norma, si bien la Ley N° 29223 precisa los términos de continuación del Programa de Homologación, el cual fue aprobado mediante Ley N° 29137, esta norma a su vez nos remite a las leyes N° 29035 y N° 29070, de fecha 10 de junio y 20 de julio del año 2007, respectivamente. De modo que la Ley N° 29035 ya precisaba que el incremento en los ingresos de los docentes de las universidades publicas seria aplicado a partir del mes de junio del año 2007, en tal sentido, no se puede afirmar que la ley impugnada tiene un efecto retroactivo respecto a lo dispuesto en la Ley N° 29137, toda vez que establece que los pagos en ella mencionados, se efectuarían por un periodo distinto al señalado en dicha norma, debido a que dicho periodo había sido previsto, expresamente, por una norma anterior.

b) Respecto de la supuesta violación al articulo 79° de la Constitución, el apoderado del Congreso de la República manifiesta que la ley cuestionada, N° 29223, no tuvo por objeto crear ni aumentar gastos públicos, pues sólo hace una precisión sobre el programa de homologación de los docentes de las universidades públicas correspondiente al año 2007, precisando que las Leyes N° 29137, 29035, 29070, las cuales fueron emitidas con el objeto de crear y aumentar gastos públicos en el marco del referido programa tuvieron como origen las iniciativas legislativas provenientes del Poder Ejecutivo. En todos los casos según argumenta las respectivas leyes siempre previeron el presupuesto respectivo por lo que no tiene asidero la afirmación de la demandante en este punto.

c) Con relación a los principios constitucionales presupuestales que estarían siendo violados, el Procurador del Congreso sostiene que la Ley N° 29223 no creó ni aumentó gastos, solo tuvo por objeto hacer una precisión sobre el programa de homologación de los docentes de las universidades públicas correspondiente al año 2007 previsto en la Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

Este Colegiado considera que las cuestiones de relevancia constitucional que debe ser abordadas en la presente sentencia, son básicamente tres:

a) Establecer si la Ley N° 29223 resulta inconstitucional por violar el principio de retroactividad de las leyes prevista en el artículo 103° de la Constitución.
b) Determinar si el Parlamento violó el artículo 79° de la Constitución al expedir la Ley N° 29233 en la medida que tendría incidencia en el gasto público.
c) Si la repuesta a la cuestión del punto anterior fuera negativa, establecer si el Parlamento violó los principios constitucionales que orientan la actividad presupuestaria del Estado, entre ellos, los principios de equilibrio financiero y de programación.

VI. FUNDAMENTOS

§1. El mandato del artículo 53° de la Ley Universitaria y el Programa de Homologación

1. El análisis de la presente controversia, no puede verse al margen del programa de homologación de sueldos de los profesores de las universidades públicas, que por mandato del artículo 53° de la LeyUniversitaria (Ley N° 23733), se inicia luego de más de 20 años de su vigencia, con la emisión de los Decretos de Urgencia N°s 033-2005 y 002-2006, emitidos por el Poder Ejecutivo y publicados el 22 de diciembre de 2005 y el 21 de enero de 2006, respectivamente.

2. Respecto de la constitucionalidad de dichos decretos, así como del programa de homologación en su conjunto, este Colegiado ha tenido ocasión de pronunciarse en STC 023-2007-PI/TC. En dicha ocasión, con relación al proceso de homologación, precisamos que:

"(...)un proceso de homologación establecido en etapas y de manera gradual, como ha sido propuesto por el propio Decreto de Urgencia bajo análisis, no resulta incompatible con el propósito del artículo 53° de la Ley universitaria, pero debe recordarse que dicho proceso no puede constituirse en una nueva forma de prolongar las demandas de los docentes universitarios. La razonabilidad de este proceso en el tiempo, dependerá entonces de cuan en serio asume esta vez sus funciones el Poder Ejecutivo a efectos de dar cumplimiento a la ley en cuestión, promoviendo las acciones necesarias a efectos de que la homologación no demore mas de lo previsto originariamente." Subrayado agregado (STC 023-2007-PI/TC, FJ. 81).

3. De ahí que, el hecho de que sea esta vez el Poder Ejecutivo quien promueva la presente demanda, en claro retroceso con relación a la efectiva vigencia del referido artículo 53° de la Ley Universitaria, sugiere, desde un análisis general, el compromiso poco serio de este Poder del Estado respecto no sólo del mandato claro de la ley, sino de las decisiones de este Colegiado.
Debe recordarse en efecto, que en la referida sentencia, al analizar si los Decretos de Urgencia que establecía el programa de homologación progresivo, resultaban o no compatibles con la Constitución, este Tribunal pese a haber constatado que, ambos decretos, habían incurrido de inconstitucionalidad por la forma; no obstante, tras un ejercicio de ponderación llego a establecer que "un pronunciamiento por parte de este Colegiado en dicho sentido resultará a la postre mas perjudicial para los propios docentes que han recurrido a esta vía; pues la homologación es lo que han venido solicitando los demandantes durante tantos años, y el programa de homologación, aunque regulado por una norma formalmente no habilitada para ello, venía a hacer realidad el cumplimiento tan postergado del artículo 53° de la Ley Universitaria".

4. En tal sentido, se precisó que:
"(...) si se toma en cuenta que los maestros universitarios han esperado por más de 20 años la emisión de una norma que establezca los mecanismos, así como que autorice el desembolso del presupuesto público a efectos de cubrir el costo que supone la homologación, resulta razonable entender que la anulación sin mas, dejando una vez más en manos del Parlamento (que no cumplió dicho mandato durante muchos años), la obligación de legislar en la forma y modo que corresponda conforme a la naturaleza de los derechos en cuestión, supondría en la práctica, generar un vacío normativo frustrando las expectativas de todos aquellos profesores que se han incorporado al proceso de homologación cumpliendo los requisitos que exige el Decreto de Urgencia 033-2005".
En tal sentido, se declaró la compatibilidad constitucional del Programa de Homologación dispuesto en los Decretos de Urgencia N°s 033-2005 y 002-2006, declarando inconstitucionales todas las interferencias que incorporaban requisitos no contemplados en la Ley Universitaria (véase la parte resolutiva de la sentencia).

4. Este Colegiado considera que este es el marco del que debemos partir ahora para analizar la presente demanda, pues de otro modo, se incurriría en un análisis descontextualizado y formalista, incompatible con la naturaleza de las funciones que corresponden a este Tribunal.

§2. Sobre la supuesta violación al principio de irretroactividad de la ley

5. Conforme a la argumentación del Poder Ejecutivo, "la Ley 29223, tiene un efecto retroactivo respecto a lo dispuesto en la Ley 29137, toda vez que establece que los pagos en ella mencionados, se efectuarían en periodo distinto al señalado en dicha norma". En el mismo sentido, refiere la ley cuestionada también resultaría incompatible con lo previsto en el articulo 109º de la Constitución que establece que: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Ello sería así, toda vez que la Ley Nº 29223, vigente desde el 7 de mayo de 2008, dispone que el pago a efectuarse, "ya no se hará desde la vigencia de la Ley Nº 29137, vigente desde el 28 de noviembre de 2007, sino desde el 1º de junio al 27 de noviembre de 2007, es decir, antes de la vigencia de dicha norma".

6. Por su parte el apoderado del Congreso ha respondido este punto sosteniendo que "la ley 29137 se refiere al pago del incremento dispuesto por la Décima Tercera Disposición Final de la Ley Nº 29035 y por la Ley Nº 29070, el cual debía ser aplicado a partir del mes de junio del año 2007, de acuerdo a lo establecido en la referida Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29035. En esa misma línea, la Ley Nº 29223, norma objeto de control, en su artículo 2º se refiere al "pago del incremento en los ingresos de los docentes de las universidades públicas, por el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 27 de noviembre".

En tal sentido concluye que, "tanto la ley Nº 29137 como la ley Nº 29223, norma impugnada, se refieren al periodo que se inicia en el mes de junio del año 2007. En tal sentido, no se puede afirmar, tal como lo hace la parte demandante, que la ley impugnada tiene efecto retroactivo respecto a lo dispuesto en la Ley 29137 (...) debido a que dicho periodo para los pagos había sido previsto, expresamente, por una norma anterior".

7. Para responder este punto de la demanda, el Tribunal considera fundamental ubicar la norma enjuiciada en el contexto del proceso de homologación y las distintas disposiciones que se han dictado a la fecha, con el objeto de dar cobertura a dicho proceso cubriendo vacíos o rectificando procesos que podrían obstaculizar la realización de dicha finalidad ordenada por este mismo Colegiado (STC 0023-2007-PI/TC).
En esa línea, conviene precisar que la Ley Nº 29223, impugnada en este proceso, se encuentra directamente relacionada con la Ley Nº 29137. Ambas, sin embargo, forman parte de una cadena legislativa de normas que tienen por objeto concretar lo dispuesto en el artículo 53º de la ya aludida Ley Universitaria y postergada por largos años en su cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo. Conviene entonces realizar una breve reseña de las normas que las antecedieron, a efectos de realizar el análisis con relación a sus efectos en el tiempo.

a) El punto de partida es, como lo advertíamos, la Ley Universitaria, Ley Nº 23733, que en su artículo 53º estableció:
"Las remuneraciones de los profesores de las Universidades publicas se homologan con las correspondientes a las de los Magistrados Judiciales..."

Si bien la Ley Nº 28427, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, suspendió sus efectos; mediante Ley Nº 28603, de fecha 10 de septiembre de 2005, se reestableció su vigencia:

b) Conforme ha queda establecido, mediante sentencia de este Colegiado (STC 023-2007-PI/TC), se estableció no sólo la constitucionalidad del proceso de homologación, sino que se determinó también que el referido artículo 53º de la Ley Universitaria forma parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto prevé un estatus remunerativo a los docentes universitarios que garantice la investigación y el desarrollo cultural de nuestro país (STC 023-2007-PI/TC, FJ. 40).

c) En concordancia con ello, se promulgó la Ley Nº 28929, Ley de equilibrio Financiero del Presupuesto para el Año Fiscal 2007, la que estableció en su Décima Disposición:

"Autorízase al Ministerio de Economía y Finanzas para que, en base a la disponibilidad de caja y las prioridades intersectoriales, apruebe durante el año 2007 los recursos necesarios para completar el 35% del programa de homologación para la docencia universitaria establecido por la ley Nº 28603, en concordancia con el acta suscrita por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Asamblea Nacional de Rectores".

d) En el marco de las citadas normas, se emitió la Ley Nº 29035, Ley que autoriza el Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público 2007, de fecha 10 de junio de 2007, la que en su Décima Tercera Disposición señala:
"Dispónese un incremento en los ingresos de los docentes de las universidades públicas que se calculará porcentualmente sobre la diferencia entre el ingreso percibido por docente nombrado a la fecha de la vigencia del Decreto de Urgencia Nº 033-2005 y el monto establecido para el nivel más alto de su categoría, fijado en ese mismo Decreto de Urgencia, hasta completar el monto, previsto para este efecto en la "Reserva de Contingencia", consignado en la Ley Nº 28927, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007.
El incremento será aplicado a partir del mes de junio del año 2007, con cargo a la precitada Reserva de Contingencia, en el marco del Programa de Homologación de Docencia Universitaria, previsto en la Décima Disposición Complementaria y Final de la Ley Nº 28929, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007(...)".

e) Posteriormente se emitió la Ley Nº 29070, Ley que fija el porcentaje complementario para la aplicación de la Décima Tercera Disposición Final de la Ley Nº 29035, de fecha 20 de julio de 2007, la misma que señala en sus artículos pertinentes:

Artículo 1.- Objeto de la Ley
Establécese en nueve por ciento (9%) el porcentaje para completar el total fijado para el Programa de Homologación, de conformidad con lo establecido en la Décima Disposición Final de la Ley Nº 28929, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007, así como para culminar el otorgamiento del incremento dispuesto en la Ley Nº 29035, efectivizado, parcialmente, en un veintiséis por ciento (26%) a través del Decreto Supremo Nº 087-2007-EF.
El incremento se calcula sobre la base del nueve por ciento (9%) de la diferencia entre el ingreso percibido por el docente, nombrado a la fecha de entrada en vigencia del Decreto de Urgencia Nº 033-2005, y el monto establecido para el nivel más alto de su categoría, fijada en el Cuadro de Equiparación a que hace referencia el artículo 3 del citado Decreto de Urgencia.
(...) Artículo 4.- Financiamiento
El gasto que genere la aplicación de la presente Ley se financiará con los recursos disponibles consignados en la Reserva de Contingencia, autorizada en la Ley Nº 28927.

f) Al amparo de las citadas normas se emitió la Ley 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del Programa de Homologación de los docentes de las Universidades Públicas, de fecha 27 de Noviembre del 2007, la que señala:

Artículo 1.- Objeto de la Ley
El objeto de la presente Ley es establecer y precisar los términos que determinan la continuación del programa de homologación de las remuneraciones de los docentes de las universidades públicas, correspondiente al año 2007.

Artículo 2.- Del incremento dispuesto por la Décima Tercera Disposición Final de la Ley Nº 29035

2.1Dispónese que las universidades públicas que no hayan pagado, a la entrada en vigencia de la presente norma, el incremento dispuesto por la Décima Tercera Disposición Final de la Ley Nº 29035 y por la Ley Nº 29070 lo otorguen en base a la escala establecida en el Anexo Nº 1 que forma parte de la presente Ley (...).

g) Finalmente la Ley Nº 29223, impugnada en este proceso, precisa los alcances para la aplicación de la Ley Nº 29137, y señala lo siguiente:

Artículo 1.- Objeto de la Ley
Precisase que los términos de continuación del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades Públicas, aprobado mediante la Ley Nº 29137, garantizan la continuación de dicho Programa a partir del mes de junio del año 2007, conforme lo disponen la Décima Tercera Disposición Final de la Ley Nº 29035, Ley que autoriza Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007 y dicta otras medidas, y la Ley Nº 29070, Ley que fija el porcentaje complementario para la aplicación de la Décima Tercera Disposición Final de la Ley Nº 29035.

Artículo 2.- Del pago del incremento
Autorizase al Ministerio de Economía y Finanzas a disponer el pago del incremento en los ingresos de los docentes de las universidades públicas, por el período comprendido entre el 1 de junio y el 27 de noviembre de 2007, conforme a los montos establecidos en el Anexo 1 de la Ley Nº 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades Públicas.
8. De la reseña legislativa se puede observar, que la ley impugnada (Ley Nº 29223), si bien hace referencia a la Ley Nº 29137, al precisar su aplicación, no está vinculada exclusivamente a esta, sino que forma parte de un conjunto de normas emitidas en el marco del programa de homologación de docentes dispuesta por la Ley Nº 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del Programa de Homologación.
En este contexto, la Ley Nº 29223 viene a garantizar la continuación del Programa de Homologación, permitiendo que no quede un vacío entre el 1 de junio y el 27 de noviembre de 2007. A tal efecto, la ley en cuestión, invoca la Décima Tercera Disposición Final de la Ley Nº 29035, Ley que autoriza Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007,amparándose a su vez en la Ley Nº 28929 Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007, la que en su Décima Disposición autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas para que apruebe durante el año 2007 los recursos necesarios para completar el 35% del Programa de Homologación para la docencia universitaria. Todo ello a efectos de dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 53º de la Ley Universitaria, la misma que conforme a lo dispuesto por este Colegiado, forma parte del bloque de constitucionalidad.
En consecuencia, los argumentos del demandante carecen de sustento en este punto, debiéndose declarar infundada la demanda respecto de este extremo.

§3. Sobre la supuesta violación del artículo 79º de la Constitución

9. El Poder Ejecutivo manifiesta en otro extremo de su demanda, que la ley impugnada, incurre en violación del artículo 79º de la Constitución, toda vez que, "los congresistas no tienen iniciativa para crear y aumentar gastos públicos". En tal sentido manifiesta que la referida ley "sin precisar la fuente de donde provendrán los recursos, autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas a disponer el pago del incremento en los ingresos de los docentes de las universidades públicas, por el periodo comprendido entre el 1º de junio al 27 de noviembre de 2007, conforme a los montos establecidos en el anexo 1 de la ley 29137" (pagina 4 del escrito de demanda).

10. A su turno el apoderado del Congreso manifiesta que "la norma impugnada no tuvo como objeto crear

ni aumentar gastos públicos. Antes bien, solo tuvo como objeto hacer una precisión sobre el programa de homologación de los docentes de las universidades públicas correspondiente al año 2007. Señala además que "las normas emitidas con el objeto de crear y aumentar gastos públicos en el marco del referido programa tuvieron como origen iniciativas legislativas provenientes del poder ejecutivo, mas no del Congreso de la República".

11. El Tribunal encuentra que, con relación a este extremo de la demanda, una vez más hay que ir a la reconstrucción del historial legislativo vinculado al programa de homologación. Tal como ya lo hemos anticipado, el examen que corresponde realizar, también en este punto, no debe perder de vista que se trata de un conjunto de normas, aun cuando con una técnica legislativa defectuosa, se puede extraer sin embargo que la norma presupuestaria que da cobertura el programa de homologación durante todo el periodo fiscal 2007, viene contenida en la Ley N° 28929. En efecto, la Décima DisposiciónComplementaria de dicha Ley, (Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2007), establece con toda precisión:

"Autorizase al Ministerio de Economía y Finanzas para que, en base a la disponibilidad de caja y las prioridades intersectoriales, apruebe durante el año 2007 los recursos necesarios para completar el 35% del programa de homologación para la docencia universitaria establecido por la ley N° 28603, en concordancia con el acta suscrita por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Asamblea Nacional de Rectores".

Es sobre la base de esta disposición que hay que entender las precisiones posteriores tal como ya ha quedado establecido supra. Así se puede concluir en este punto que, la Ley N° 29223 no crea, ni aumenta el gasto público, tan solo concretiza un mandato contenido en norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, y cuyo cumplimiento ya ha sido exigido por este Colegiado, que ha obligado al legislador a actuar en dicha dirección dando continuidad al programa de homologación iniciado por cierto por acción del Poder Ejecutivo en el año 2005.

De ello se concluye que los gastos irrogados por concepto de homologación ya habían sido considerados en una ley anterior, estableciéndose mediante la Ley N° 29223 solamente la fecha de inicio y término para el pago por concepto de homologación de profesores universitarios para el periodo fiscal de 2007. En consecuencia no tiene cabida la afirmación de la demanda que acusa al Parlamento de haber actuado al margen de sus competencias en esta materia.

§4. Sobre los principios presupuestales comprometidos: programación y equilibrio financiero

12. Si bien el Poder Ejecutivo también alega la violación a los principios de programación presupuestaria (el presupuesto se aprueba anualmente estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el correspondiente financiamiento), así como también el principio de equilibrio financiero (el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos "debidamente balanceados"); no obstante, conforme se ha tenido ocasión de constatar, la norma impugnada no tiene contenido presupuestario, no se trata de un nuevo presupuesto o de algo diferente a lo ya previamente establecido en las leyes presupuestales correspondientes, las mismas que han sido dadas en atención al principio de legalidad y competencia. Esto es, mediante leyes y conforme a la iniciativa legislativa presentada en su momento por el Poder Ejecutivo, tal como lo exige el artículo 78° de la Constitución.

En consecuencia, al no tratarse, la norma impugnada, de una ley de carácter presupuestal no está sujeta a los principios constitucionales que son inherentes a este tipo de normas (STC 004-2004-AI/TC)

§4. Sobre la renuencia del Poder Ejecutivo para dar cumplimiento al programa de homologación de sueldos de los docentes de las universidades públicas

13. Antes de concluir, conviene hacer algunas reflexiones adicionales con relación a este caso en el marco de las competencias que corresponde a este Colegiado. Estas consideraciones responden a la necesidad de convocar a los poderes públicos, de manera especial a quienes tienen bajo su responsabilidad el ejercicio del poder Público como líderes de las instituciones del Estado, sobre la necesidad de unir esfuerzos en aras de construir en nuestro país, un espacio de confianza y lealtad con las pautas básicas del modelo del Estado de Derecho y sus instituciones. Esto supone, cuando menos, asumir con seriedad y alta responsabilidad, que una nación que se organiza en torno a un sistema de normas (desde la Constitución, las leyes, las decisiones de los jueces, los reglamentos de la Administración y hasta la regulación del tránsito); no tendrá ningún referente ni incentivo si los primeros en incumplir las reglas básicas de convivencia son precisamente las autoridades del Estado.

14. En el presente caso, el mandato del artículo 53° de la Ley Universitaria (Ley N° 23733) estuvo vigente desde diciembre de 1983. Suspendida en su vigencia en el año de 1995 (Ley N° 26457), recobró su vigencia mediante Ley N° 27366, publicada el 05 de noviembre de 2000. No obstante, ha sido una promesa incumplida, una ley sin ninguna incidencia en la vida de los docentes universitarios a quienes estaba destinada. Quizá pocas veces en el Perú se haya reivindicado tanto a la ley en las plazas públicas como lo hicieron por décadas los docentes universitarios, muchos de ellos ya jubilados o incluso fallecidos. Nuestro país ha sido escenario durante la república, de innumerables movilizaciones y reivindicaciones sociales solicitando que se cambien las leyes, que den nuevas leyes, que se cambien los gobiernos o que se atiendan determinados derechos cuando no las gestas contra las dictaduras y caudillos que se han intercambiado en el poder a lo largo de la vida republicana. No obstante, han sido muy escasas las veces en que hemos asistido a masivas manifestaciones para que se cumpla la ley. Este ha sido el caso de la ley universitaria: las múltiples movilizaciones de los docentes

universitarios, han sido no una demostración de fuerza contra el derecho, sino una reivindicación del derecho y su expresión acaso más clásica como es la Ley.

15. Sin embargo, cuando luego de muchas jornadas se inicia un lento y tortuoso proceso de homologación, que este Colegiado ha respaldado, pese a que se inició mediante Decretos de Urgencia; una vez más el Poder Ejecutivo intenta impedir este proceso interponiendo la presente demanda esta vez contra el Parlamento que actuó motivado o promovido por la propia acción del Poder Ejecutivo. El ciudadano común no está en condiciones de descifrar estas inconsistencias. Tampoco lo estarán sin duda los docentes universitarios. La actitud de los poderes públicos que desarrollan políticas de marchas y contra marchas, sin asumir el sentido estratégico con que deben guiarse las políticas públicas, pueden desconcertar a cualquier ser racional, desde luego, también a este Colegiado.

16. Por ello es que ahora, con ocasión de declarar infundada la presente demanda, queremos ser severos y claros con las autoridades que, desde el Estado, deben llevar hasta la culminación el proceso de homologación que ya ha sido convalidado por este Colegiado en la sentencia 023-2007-PI/TC y ha recibido también el respaldo del Congreso de la República que ha actuado mediante una serie de normas, entre ellas la norma cuestionada en este proceso. De aquí en adelante, debemos entender que, el proceso de homologación de los salarios de los docentes de las universidades públicas constituye un proceso que compromete a todos los poderes públicos. Ello importa que ninguna autoridad se resista poniendo trabas o interfiriendo en este proceso bajo responsabilidad de incurrir en desacato a las decisiones de los órganos judiciales. El Tribunal asume jurisdicción de este modo en la vigilancia de la presente sentencia y de sus decisiones anteriores y actuará conforme a los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, requiriendo a las autoridades y funcionarios, cualquiera sea su rango o jerarquía a efectos de imponer los mandatos de la Constitución así como de nuestras propias decisiones jurisdiccionales.

17. También en la justicia constitucional es válido decir, "el tiempo ha terminado". El tiempo ha terminado para el Poder Ejecutivo en el caso del cumplimiento del proceso de homologación de los sueldos de los profesores universitarios, dado que desde la primigenia Ley N° 23733 han transcurrido ya 26 años y la misma no ha sido objeto de cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo, en los términos de su principal obligación constitucional de hacer cumplir las leyes, contenida en el artículo 118, inciso 1 de la Constitución. El Tribunal en tono enérgico emplaza al Poder Ejecutivo a través de la Presidencia del Consejo de Ministros para que asuma sus responsabilidades conforme a los artículos 119° y 123° disponiendo lo que fuere conveniente a través de las carteras comprometidas, para que el proceso de homologación concluya hasta su etapa final en un tiempo que no debería exceder el próximo periodo presupuestal. De manera especial, el Consejo de Ministros no debe autorizar nuevos procesos por parte de cualquiera de los Ministerios, que estén encaminados a diferir el proceso de homologación. Nuevas demandas en el sentido que convoca el presente proceso, serán asumidas por este Colegiado como una muestra de resistencia a los mandatos del máximo ente jurisdiccional y serían rechazadas de plano, ordenando las correspondientes medidas de coerción y apercibimiento, conforme al artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos.
2. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo a través de la Presidencia del Consejo de Ministros para que actúe conforme a sus atribuciones en atención a lo dispuesto en los fundamentos 16 y 17 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 0031-2008-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO-
MINISTERIO DE JUSTICIA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DEL VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo-Ministerio de Justicia contra la Ley N° 29223, Ley que precisa la aplicación de la Ley N° 29137, considerando que ésta adolece de vicios de inconstitucionalidad pues en él se vulneran los principios de irretroactividad de la leyes (artículo 103° de la Constitución Políticadel Estado), de programación del presupuesto público y la falta de legitimidad del Congreso para la emisión de la ley cuestionada.

2. En el presente caso si bien concuerdo con la posición de la sentencia en mayoría, considero necesario realizar algunas precisiones. Respecto al cuestionamiento que realiza el Poder Ejecutivo – Ministerio de Justicia a la Ley N° 29223, puesto que considera que con la vigencia de la mencionada ley se está vulnerando principios constitucionales entre otros, se observa que el cuestionamiento realizado está íntimamente

ligado a la Ley N° 23733, Ley Universitaria, que establece específicamente en su artículo 53° que "Las remuneraciones de los profesores de las Universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los Magistrados Judiciales ...". Respecto a ello debo señalar que es deber del Estado el buscar los mecanismos tendientes a cumplir con la disposición señalada, debiendo por ello, en concordancia con los entes del Estado, establecer normatividad, políticas, etc que garantice la satisfacción de un pedido que por años realizan los docentes universitarios.

3. Es en tal sentido que considero que el Estado realizando acciones contrarias, está dilatando el cumplimiento de dicha disposición contrariando no sólo la disposición legal sino también lo establecido por este Colegiado en sentencia anterior. No obstante ello considero necesario realizar una critica a la Ley Universitaria respecto a la disposición que refiere que la remuneración de los docentes universitarios deben homologarse a la de los Magistrados Judiciales, puesto que no considero que el parámetro para la homologación deba ser la remuneración de los Magistrados Judiciales, ya que la función que cumplen aquéllos es totalmente diferente a la de éstos. Y debo señalar que mi expresión es en atención a que los docentes universitarios pueden percibir más o menos ingresos que los Magistrados Judiciales, pero no considero pertinente que la Ley Universitaria coloque la remuneración de estos últimos como parámetro a seguir por el Estado, ya que esto puede traer como consecuencias que beneficiándose a los docentes, se perjudique a los Magistrados en atención a que el Ministerio de Economía no podrá dar beneficios económicos a uno porque esto repercutirá inmediatamente en las remuneraciones de los docentes universitarios, lo que implica la imposibilidad de beneficios económicos a los Magistrados del Poder Judicial. Es por tal razón que cuando se abordó en un caso anterior una ley que estaba relacionada a la Ley Universitaria señalé (STC N° 00023-2007-PI/TC) que:

"(...) En la vida práctica un docente universitario puede percibir remuneración de una Universidad Pública, de una privada, crear empresa educativa, hacer negocios privados relacionados a su especialidad, dictar clases en la mañana en una Universidad pública y en la tarde en una privada, dictar clases en forma privada, por ejemplo; dichas actividades no están prohibidas ni mucho menos sancionadas; esto significa que el mercado laboral está ampliamente abierto para los docentes universitarios. En cambio los Jueces del Poder Judicial se encuentran prohibidos de desempeñar cualquier otra función que contemple remuneración económica, salvo el dictado de clases fuera del horario destinado al Despacho Judicial y con un tope racional de horas que no entorpezca la labor judicial. De ello se desprende que la exclusividad de la función jurisdiccional a la que hace alusión el artículo 139° de la Constitución, también implica una casi total exclusividad salarial, a la cual no están sometidos los docentes universitarios.

Cabe precisar además que el artículo 39° de la Constitución Política que hace referencia a la función pública, establece una jerarquía en cuanto al servicio a la Nación, y en ella se encuentran incluidos los Jueces Supremos, más no los docentes universitarios; ello quiere decir que la norma suprema les da un tratamiento distinto a los Jueces precisamente en razón de su alta responsabilidad. Con este cuestionamiento no afirmo ni niego que los profesores universitarios en reconocimiento a su delicada e importante labor puedan ganar más que los jueces ni tampoco a la inversa que los jueces ganen más que ellos; lo que rechazo en mi posición es la afirmación misma de la homologación pues por orden y seriedad los sistemas de haberes para ambas funciones del servicio público tienen que disponerse en razones propias de unos y otros. Y es que no podríamos aceptar que una disposición legal indique mañana que el haber de los ingenieros, arquitectos, médicos, policías o militares etc., quienes también cumplen funciones sociales específicas, tengan que ser necesariamente iguales a las que reciben los jueces del país. Se trató evidentemente, con la dación de la denominada Ley de Homologación, de una disposición política coyuntural, fatalmente irreflexiva o populista."

4. Es así que ahora considero necesario volver a insistir en lo expresado como parámetro en la Ley Universitaria cuando se refiere al pago de las remuneraciones de los docentes universitarios, debiéndose tener presente que cualquier beneficio que se otorgue a los docentes universitarios debe hacerse dentro de una política de Estado de mejora a personas que cumplen una labor importantísima en la formación académica de universitarios que representan el futuro de país, debiendo por ende brindarles las mejores condiciones económicas, infraestructura, capacitación, etc, sin que ello implique la equiparación con otros profesionales que también tienen sus propias complejidades. Y mi preocupación en ello es porque la función de Juez y la función de docente universitario son funciones especialísimas pero no equiparables que precisamente por su importancia en la sociedad requieren o exigen de un tratamiento particular y diferenciado en atención a la realidad que aqueja a cada una de dichas especialidades. Equiparar dichas realidades en términos remunerativos pueden implicar complicaciones y limitaciones que mas que beneficiar a dichos profesionales pueden perjudicarlos.

5. Por lo expuesto considero que la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo – Ministerio de Justicia, debe ser desestimada.

Por tanto mi voto es porque se declare INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ministerio de Justicia.

SS.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.° 0031-2008-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE JUSTICIA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Si bien concuerdo con la mayoría de argumentos y el punto 1 del fallo de la sentencia, no suscribo lo expuesto en los fundamentos 16 y 17 y en el punto 2 del fallo de la misma; por los argumentos que paso a exponer.

1. Es pertinente decir que la homologación docente es un proceso que responsabiliza a las diferentes entidades públicas comprometidas con dicho proceso. Igualmente lo es que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado al respecto en la STC 00023-2007-PI/TC, sentencia constitucional que tiene efectos erga omnes, fuerza vinculante y autoridad de cosa juzgada (artículo 82° del Código Procesal Constitucional). En principio resulta razonable pensar que las sentencias constitucionales, por sus solos efectos, no pueden ser desacatadas o desnaturalizadas en su cumplimiento; aunque es evidente que ello no siempre sucede y es necesario, entonces, determinar a qué mecanismos procesales puede recurrir este Colegiado para que ninguno de los efectos de las sentencias constitucionales puedan ser puestas en entredicho.

2. En la sentencia de vista, fundamento 16, se estima conveniente recurrir, ante ello, a la aplicación de los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, previsto, el primero, para el cumplimiento de las sentencias dictadas en el marco de los "procesos constitucionales de la libertad" y, el segundo, para el proceso de amparo específicamente. No descarto de manera absoluta que estas disposiciones puedan ser aplicadas, en algún caso, también a los procesos de control de constitucionalidad, pero las naturaleza de éstos responde a otros presupuestos sustantivos y procesales que deben tenerse en cuenta, necesariamente, al momento de disponer la aplicación de los mencionados artículos del Código Procesal Constitucional.

3. Para el presente caso, más adecuado encuentro, a efectos de garantizar el cumplimiento de las sentencias emitidas en un proceso constitucional de control abstracto, considerar que el artículo 118° inciso 9 de la Constitución establece que "[c]orresponde al Presidente de la República: (...) [c]umplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales". Esta obligación, como es obvio, no sólo alcanza a las resoluciones y sentencias dictadas en el marco de los procesos ordinarios, sino también las que se emiten en el seno de los procesos constitucionales.

4. En ese sentido, es impertinente que se invoque en la sentencia (fundamento 17) el artículo 119° y 123° de la Constitución, porque cuando el Presidente de la República, quien representa al Poder Ejecutivo, pone en cuestión, directa o indirectamente, los efectos de una sentencia constitucional, vulnera el artículo 118° inciso 9 de la Constitución y, por ende, incurre en una infracción constitucional pasible de ser canalizada a través de los mecanismos previstos en los artículo 99° y 100° de la Constitución. Con lo cual, el Poder Ejecutivo está obligado a dar pleno cumplimiento al proceso de homologación docente, de lo contrario se encontraría inmerso en un supuesto de infracción constitucional, para cuyo supuesto, como ya se dijo, la propia Constitución establece sus respectivos mecanismos de investigación y responsabilidad.

Sr.

LANDA ARROYO

EXP. N.° 0031-2008-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO-MINISTERIO DE JUSTICIA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Suscribo la presente sentencia con excepción de los fundamentos 15,16 y 17 y el punto 2 del fallo en lo que se refiere a los referidos fundamentos; por resultar innecesarios y que en nada incide con el propósito que persigue la demanda de autos.

Sr.

CALLE HAYEN

***Exp. N° 0001-2009-PI/TC** [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Lima. Se declara la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 4° de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial].*

Fecha de Resolución: 4 de diciembre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de diciembre de 2009

Resumen: En el presente caso el Tribunal Constitucional (TC) validó la mayor parte del texto de la Ley N.° 29182 que fuera objeto de una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima, modificando su jurisprudencia anterior, en virtud de que considera que el contexto histórico, social y político ha cambiado sustancialmente, siendo necesario que la lectura de la Constitución se adecue a estos cambios, en una interpretación constitucional dinámica y no anquilosada.

Con un Estado de Derecho consolidado y con Fuerzas Armadas y Policía Nacional en lucha frontal contra el terrorismo y el narcotráfico, no cabe la desconfianza de la ciudadanía sino su respaldo, en tanto actúen en claro respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales. Así lo señala en la sentencia.

La justicia militar ha sido reconocida por la propia Constitución como un fuero independiente al jurisdiccional y al arbitral, y está destinado a juzgar tan solo a los uniformados en tanto incurran en delitos propios de su función.

Solo se declara fundada la demanda, respecto del último párrafo del artículo 4° de la Norma, quedando la Corte Suprema encargada de resolver los conflictos de competencia entre el Fuero Militar Policial y el Poder Judicial.

Temas Claves: Autonomía del Ministerio Público - cuerpo jurídico militar policial - delitos de función militar - jurisdicción militar - principio de imparcialidad - principio de inamovilidad de los jueces.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00001-2009-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Colegio de Abogados de Lima c. Congreso de la República (demandado)

Resolución del 4 de Diciembre de 2009

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lima contra los artículos V primer párrafo, y VI del Título Preliminar; los artículos 9° primer párrafo, 10°, 13° inciso 2), 15° segundo párrafo, 19° segundo párrafo, 21°, 22° segundo párrafo, 23°, 24°, 25° incisos 1) al 5), 30°, 33°, 35°, 38°, 39°, 56° primer párrafo, la Cuarta Disposición Transitoria, y en conexión con el artículo 39°, todos dispositivos de la Ley N.° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

Magistrados presentes:

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 00001-2009-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de diciembre de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados

Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan, y con el voto singular del magistrado Landa Arroyo, que se acompaña.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra los artículos V primer párrafo, y VI del Título Preliminar; los artículos 9° primer párrafo, 10°, 13° inciso 2), 15° segundo párrafo, 19° segundo párrafo, 21°, 22° segundo párrafo, 23°, 24°, 25° incisos 1) al 5), 30°, 33°, 35°, 38°, 39°, 56° primer párrafo, y la Cuarta Disposición Transitoria en conexión con el artículo 39°, todos dispositivos de la Ley N.° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

II. ANTECEDENTES

1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Con fecha 2 de marzo de 2009, el Colegio de Abogados de Lima, por intermedio de su Decano, señor Walter Gutiérrez Camacho, interpone demanda de inconstitucionalidad, exponiendo las siguientes consideraciones:

a) Los artículos constitucionales 139° inciso 1), 141° y 173°, no garantizan una reserva de organización autónoma de la justicia castrense o policial, tal como se hace de manera expresa en el caso del Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo.

b) Se cuestionan los artículos 10°, 13° inciso 2) y 23° de la ley impugnada, porque estas normas establecen un régimen de nombramiento de jueces y fiscales en el ámbito de la justicia militar policial distinto al previsto por la Constitución que lo atribuye al Consejo Nacional de la Magistratura [artículo 150°, artículo 154° inciso 1)].

c)|Los artículos 9°, 15° y 19° de la ley impugnada disponen que los magistrados de la justicia militar policial debe contar con grados militares o policiales; el artículo 22° refiere lo mismo en relación a los fiscales en dicho fuero; y el artículo 39° regula lo pertinente al régimen de ascensos en el grado policial o militar y los cambios de colocación. Deviene en inconstitucional dicho régimen de ascensos en la "carrera" judicial militar policial, el cambio de colocación "por razones de servicio" y el régimen disciplinario que desconoce las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura y afecta la autonomía del Ministerio Público.

d) Se demanda la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 9°, el primer párrafo del artículo 10ª, el segundo párrafo del artículo 15°, el segundo párrafo del artículo 19° porque establecen que los magistrados de todas las instancias del Fuero Militar Policial son oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situación de actividad y por ello sometidos al régimen de grados castrenses y policiales. Asimismo, del artículo VI del Título Preliminar, porque establece que existe una relación entre el sistema de grados militar y policial y la función jurisdiccional y fiscal; del primer párrafo del artículo 39° que somete a los magistrados del Fuero Militar Policial al sistema de ascensos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; del artículo 56°, que somete a los magistrados del Fueron Militar y Policial al régimen laboral de los institutos armados y Policía Nacional del Perú de acuerdo al grado correspondientes; de la Cuarta Disposición Transitoria, porque ratifica el sometimiento de los jueces castrenses y policiales al sistema de grados y ascensos; del segundo párrafo del artículo 39° porque ratifica la condición de militar y policía de los jueces castrenses y policiales de todos los niveles y su consiguiente inserción en el sistema de grados y ascensos en estas entidades.

Por las mismas razones, también resultan inconstitucionales las normas que se refieren a los fiscales militares policiales, esto es, el artículo VI del Título Preliminar, el segundo párrafo del artículo 22°, el primer párrafo del artículo 23°, el segundo párrafo del artículo 391°, el artículo 56° y la Cuarta de las Disposiciones Transitorias, en conexión con el artículo 39° de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.

e) Se afecta el principio-derecho a la igualdad y del acceso a la función pública, al limitarse el acceso a la función pública judicial y fiscal militar policial únicamente a los oficiales en actividad pertenecientes al cuerpo jurídico militar policial.

f) Devienen en inconstitucionales los incisos a), b) y c) del artículo 22° y los artículos 22° y 24°, por crear un órgano distinto al Ministerio Público al que dotan de un estatuto jurídico que le es ajeno; el artículo V del Título Preliminar que establece que los Fiscales de todos los niveles del denominado Fuero Militar Policial proceden únicamente del "Cuerpo Jurídico Militar Policial" y deben contar con formación militar o policial; el artículo 21° y los incisos 1) al 5) del artículo 25°, por atribuirle al Órgano Fiscal Militar Policial las funciones que el artículo 159° de la Constitución atribuye en régimen de exclusividad o monopolio al Ministerio Público; el artículo 30° que establece el estatuto orgánico y funcional de los fiscales ante la Justicia Militar Policial, al margen de las reglas constitucionales del Ministerio Público y de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 28 de mayo de 2009, el Congreso de la República, contesta la demanda por intermedio de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, sustentando los siguientes argumentos:

a) El Fuero Militar Policial se configura como una jurisdicción independiente del Poder Judicial por mandato expreso del artículo 139° inciso 1) de la Norma Fundamental, y su finalidad es la de administrar justicia penal militar policial en los casos en que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional incurran en delitos de función.

b) En las sentencias N.os 0017-2003-AI/TC y 0012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que los tribunales militares no podían juzgar a militares en actividad, por delitos comunes, delitos de lesa humanidad o delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Asimismo, que tampoco podían juzgar a civiles ni militares en retiro; todo ello ha sido recogido en el Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo N.º 961. Estos criterios también han sido recogidos en la Ley N.º 29182, norma que además ha instituido al Tribunal Constitucional como el órgano competente para dirimir los conflictos de competencia entre el Fuero Militar Policial y el Poder Judicial (artículo 4º).

c) La sentencia N.º 0023-2003-AI/TC también ha sido cumplida por el Congreso, a través de la Ley N.º 28665, al considerar que los únicos oficiales excluidos de ejercer la función jurisdiccional eran los oficiales de armas y no los oficiales de servicio que forman parte del Cuerpo jurídico Militar Policial, quienes sí son abogados, previa evaluación, por el Consejo Nacional de la Magistratura. Esto último fue dispuesto como opción del legislador peruano, que decidió vincular a ambas jurisdicciones, introduciendo la Sala Suprema Militar Policial dentro de la Corte Suprema de Justicia de la República, incorporándose en la Ley N.º 28665, la inamovilidad de los jueces, la posibilidad de elegir libremente al abogado defensor y la sujeción de los fiscales militares al Ministerio Público.

d) En las STC N.º 0004-2006-PI/TC y N.º 0006-2006-PI/TC el Tribunal Constitucional estableció una drástica limitación a la justicia militar policial, que termina por desnaturalizarla.

e) De una interpretación sistemática de los artículos 150º y 154º de la Constitución, se advierte que el Consejo Nacional de la Magistratura es competente para ratificar y destituir a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Los constituyentes nunca tuvieron la intención de brindarle competencia alguna al Consejo Nacional de la Magistratura para que nombre a los jueces del Fuero Militar Policial; y que la norma fundamental brinda libertad al legislador para que éste determine dicho sistema de nombramiento.

f) De conformidad con los artículos I, II y III del Título Preliminar de la Ley N.º 29182, en el Fuero Militar Policial no se juzgan delitos comunes, tampoco a civiles ni militares en situación de retiro, sino únicamente a militares en actividad, por delitos de función; además, ninguna de las sentencias de la Corte Interamericana excluye la posibilidad que militares en actividad puedan juzgar a militares en actividad, por delitos de función.

g) La ley impugnada brinda a los jueces del Fuero Militar Policial un estatuto que garantiza su independencia e imparcialidad. Para ello establece un sistema de nombramiento de magistrados en base al mérito y capacidad profesional, sobre la base de factores estrictamente objetivos, basados en la meritocracia (capacidades profesionales y personales), legalidad (respetando las normas que regulan el proceso de nombramiento), objetividad (aptitudes netamente relacionadas con la función a desempeñar), transparencia (concurso público), igualdad (puede participar cualquier persona que cumpla con los requisitos establecidos), ética (observancia de los principios éticos que sustentan la función jurisdiccional) y especialidad (los magistrados deben contar con formación militar y jurídica, contando con título profesional de abogado y cumplir con los cursos académicos del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar).

Asimismo, que la Ley N.º 29182 consagra expresamente en el artículo V de su Título Preliminar que los magistrados del Fuero Militar Policial y los fiscales ejercen sus funciones a dedicación exclusiva. En relación a la inamovilidad de los magistrados de este fuero, se menciona que los operadores de dicho fuero mantienen incólume este derecho, pues sus servicios solo pueden ser concluidos por las causales contenidas en el artículo 29º de la Ley.

h) El artículo VI del Título Preliminar de la Ley establece que la relación entre el grado militar y la función jurisdiccional, en ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación para el ejercicio de la función. Por su parte, el artículo 39º prevé que el ascenso en el grado militar de los magistrados del Fuero Militar Policial, lo será con las particularidades que establezca el reglamento que apruebe el propio Tribunal Supremo Militar Policial, el cual además determinará el número de vacantes.

i) La Constitución contempla la existencia del Fuero Militar, donde el proceso de sanción del delito de función, abarca tanto la etapa persecutoria (fiscal) como la de juzgamiento.

j) La formación jurídico-militar o policial no se trata únicamente del aprendizaje del derecho militar en el aula, sino también del conocimiento y vivencia de hechos, modos y circunstancias que se adquiere al prestar servicios en las diversas unidades y cuarteles en los que se aplican los reglamentos y leyes a que se refiere el artículo 168º de la Constitución, lo que únicamente puede lograrse siendo oficial del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Así, la exigencia de especialización que se necesita para ser magistrado del Fuero Militar Policial es tan alta, que para ser juez o fiscal se exige el grado de teniente coronel o comandante, lo que implica una formación jurídica militar policial mínima de 15 años, los que aumentan cuando se trata de acceder a los cargos de vocal o fiscal superior, o vocal o fiscal supremo.

k) El Consejo Nacional de la Magistratura únicamente es competente para destituir a magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público [artículo 154º inciso 3) de la Constitución]. Y la ley impugnada ha previsto que la destitución de los magistrados del Fuero Militar Policial es competencia del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial (artículo 35º), así como ha determinado los casos en los que procede dicha sanción.

3. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

Con fecha 17 de julio de 2009, la Defensoría del Pueblo solicitó su intervención como amicus curiae, lo que en su oportunidad se declaró procedente por este Tribunal Constitucional.

4. INTERVENCIÓN EN CALIDAD DE PARTÍCIPE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

El 10 de julio de 2009, el Presidente del Fuero Militar Policial solicitó al Tribunal Constitucional su intervención como partícipe, lo que fue concedido en su oportunidad.

III. FUNDAMENTOS

§1. LA CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LA LEY N.º 29182. SOBRE LA "NECESIDAD" QUE EL FUERO MILITAR POLICIAL (FMP) SEA REGULADO A TRAVÉS DE UNA LEY ORGÁNICA

1. Uno de los temas sobre los que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse es el relativo a si la regulación del FMP debe ser realizada a través de una ley ordinaria o por una ley orgánica. Este asunto no es baladí, dado que la ley impugnada ha sido aprobada sin el requisito de votación previsto por la Constitución para la emisión de una ley orgánica, por lo que si se determina que su regulación debió ser hecha a través de una ley orgánica, la ley impugnada adolecería de un vicio que generaría su inconstitucionalidad formal.

2. Si bien la ley ordinaria y la ley orgánica son aprobadas por el Congreso de la República, en el segundo caso, la Constitución establece requisitos formales y materiales para su producción, como se advierte del contenido del artículo 106º, que establece que

"Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier proyecto de ley y para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

Asimismo, en relación a los requisitos materiales, dicha norma precisa que

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.

En ese sentido, en la STC N.º 0047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido en relación a las reservas de ley orgánica contenidas en la Constitución que:

"Una segunda interpretación del artículo 106.°, siempre desde la perspectiva números clausus, es aquella que, partiendo del requisito material, propio del modelo de ley orgánica que diseña la Constitución, preserva el principio de unidad en la interpretación de la Constitución. En tal sentido, debe considerarse que el artículo 106.° de la Constitución prevé dos rubros que deben regularse por ley orgánica: a) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución, las cuales comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.°, 84.°, 143.°, 150.°, 161.° y 198.° de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; ello porque la primera parte del artículo 106.° de la Constitución debe interpretarse coherentemente; y b) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (dentro de estas últimas se tiene a las contempladas en los artículos 31.°, 66.° y 200.° de la Constitución).

Respecto a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución con reserva de ley orgánica, que comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.°, 84.°, 143.°, 150.°, 161.° y 198.° de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad, en el Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamentos 23 a 32, este Colegiado estableció que las entidades del Estado cuya estructura y funcionamiento deben ser regulados por ley orgánica son:

- Congreso de la República, asumiendo que el reglamento del Congreso goza de naturaleza equivalente a ley orgánica.
- Poder Judicial.
- Poder Ejecutivo, sólo en cuanto a las disposiciones relativas a los capítulos IV y V del Título IV de la Constitución (Presidencia de la República y Consejo de Ministros), puesto que los ministerios deben ser regulados por ley de organización y funciones –ley ordinaria–, conforme al artículo 121.º de la Constitución.
- Jurado Nacional de Elecciones.
- Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
- Tribunal Constitucional.
- Defensoría del Pueblo.
- Ministerio Público.
- Consejo Nacional de la Magistratura.
- Los gobiernos regionales
- Las municipalidades
- Superintendencia de Banca y Seguros.
- Contraloría General de la República.
- Banco Central de Reserva.

Las otras materias sujetas a reserva de ley orgánica a que se refieren los artículos 31.º, 66.º y 200.º de la Constitución son: el derecho de ser elegido y de elegir libremente a sus representantes, las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales y el ejercicio de las garantías constitucionales, respectivamente".

3. Como se advierte, la regulación de la justicia militar no ha sido considerada expresamente por el legislador constituyente como sometida a dicha reserva de ley orgánica. Incluso así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando emitió sentencia en el Exp. N.º 0022-2004-AI/TC

"31. En el mismo sentido, es preciso añadir una consideración respecto de las normas preconstitucionales que tengan la denominación de leyes orgánicas. Al respecto, este Colegiado ha expresado que "(...)

toda norma preconstitucional no puede asumirse per se como inmediatamente incorporada a un determinado ordenamiento jurídico si previamente no es cotejada con el modelo de fuentes normativas diseñado por una nueva Constitución (...)" (Caso Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N.° 003 aprobada por el Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho, Exp. N.° 0007-2001-AI/TC, fundamento 4). En dichos supuestos, corresponderá al Congreso de la República evaluar si tal denominación corresponde a las materias sujetas a reserva de ley orgánica conforme a la Constitución y a los fundamentos expuestos en la presente sentencia.A manera de ejemplo, podemos citar el caso del Decreto Ley N.° 23201, denominado Ley Orgánica de la Justicia Militar, dictado en las postrimerías del gobierno de facto de Francisco Morales Bermúdez y publicado el 26 de julio de 1980, norma que, conforme al artículo 106.° de la Constitución y a los criterios expuestos para su interpretación, no regula materia sujeta a reserva de ley orgánica" (subrayado fuera del original).

4. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional la norma objeto del presente proceso no adolece de inconstitucionalidad por la forma, pues las disposiciones impugnadas contenidas en la Ley N.° 29182 no son materias que se encuentren sujetas a la reserva de ley orgánica, atendiendo a que el FMP no es un órgano constitucional sino más bien es un órgano constitucionalizado, de modo que sus competencias están reguladas por ley ordinaria.

5. Realizada dicha precisión, se deriva una consecuencia constitucional que corresponde ser atendida por este Colegiado. Debe declararse por conexidad la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 4° de la ley impugnada toda vez que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y tiene como competencia, entre otras, la de conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (artículo 202.3 de la Constitución Política); ergo, no le correspondería conocer los conflictos de competencia entre el FMP y el Poder Judicial; más aún si el artículo 109° del Código Procesal Constitucional -Ley orgánica conforme lo dispone el artículo 204° de la Constitución-, y cuyo texto se reproduce para mayor claridad, no lo ha considerado:

Artículo 109.- Legitimación y representación

El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o
3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

6. Debe tenerse en cuenta, además, que la dirimencia de las contiendas de competencia se rigen por lo dispuesto en los artículos 361° y ss. del Código de Justicia Militar, lo que es concordante con el sentido del artículo 173° de la Constitución Política del Perú.

7. Al respecto, este Tribunal permite sugerir al Congreso de la República que evalúe debatir la reforma constitucional del artículo 173° de la Constitución Política del Perú de manera que se extienda la participación de la jurisdicción ordinaria a través de la regulación del recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de la República, no sólo para los casos a que se refiere el artículo 173°—pena de muerte—sino para aquellos casos que por su relevancia para el Estado y la sociedad sean altamente reprochables y puedan merecer una pena mayor de 15 años, por ejemplo, entre otros, los delitos de traición a la patria, colaboración con organización ilegal, capitulación indebida y cobardía, que se encuentran tipificados en los artículos 66°, 67°, 73° 118°, 119° inciso 3) del Código de Justicia Militar, respectivamente.

§2. ANÁLISIS MATERIAL DEL CONTENIDO DE LA LEY N.° 29182

8. Antes de ingresar a los temas de fondo, conviene analizar brevemente el contexto en que tiene lugar este pronunciamiento, así como las respuestas que este Colegiado ha venido dando sobre el tema de la Jurisdicción Militar Policial. Ello es así porque el Tribunal, luego de analizar detenidamente los cambios legislativos producidos a la fecha, el debate suscitado en torno al tema por parte de los distintos actores sociales y el afianzamiento propio de las Fuerzas Armadas, considera que ha llegado el momento de hacer evolucionar la jurisprudencia constitucional en torno al tema, a efectos de lograr una mayor protección y desarrollo de las garantías institucionales involucradas, y con ello los derechos constitucionales que pudieran verse afectados.

9. La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del civil law, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del common law. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique [STC N.° 3361-2004-AA/TC, fundamentos 4 al 8; STC N.° 01412-2007-PA/TC, fundamentos 15 al 22].

10. En este sentido, la técnica del overruling permite cambiar un precedente en su "núcleo normativo" aplicando el nuevo criterio llegue el juzgador en la materia. En consecuencia, este Colegiado anuncia que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse por todos los operadores jurídicos, en atención a la propia fuerza jurídica de las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad (artículo 204° de la Constitución).

11. Hechas estas precisiones preliminares, es momento de ingresar al análisis de las cuestiones planteadas en el

proceso de autos.

§3. LA EXISTENCIA DEL FMP

12. El artículo 139° inciso 1) de la Constitución Política, establece expresamente que:

"Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral".

Queda claro entonces que la existencia de una jurisdicción militar se encuentra expresamente prevista en la Constitución, por lo que corresponde al legislador ordinario regular los aspectos competenciales y funcionales de la misma.

13. La existencia de la jurisdicción militar, entonces, no es materia debatible, pues en tanto exista la previsión constitucional, corresponde que el legislador ordinario prevea lo necesario para viabilizar su funcionamiento y operatividad. Lo que sí es debatible es su ubicación funcional y su competencia dentro del orden constitucional peruano; es por ello que en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional se precisó que aspectos antes regulados por el legislador ordinario, se encontraban al margen de la Constitución.

14. Ello no impide que legislador, al regular nuevamente esta materia, lo haga sobre la base de criterios interpretativos no evaluados anteriormente por el Tribunal Constitucional, que pueden ser adecuados o conformes con los preceptos establecidos en la Constitución.

15. Esta situación puede ocurrir cuando el Tribunal Constitucional, al analizar la constitucionalidad de las normas impugnadas, expulsa del ordenamiento constitucional aquellas que colisionan directamente con la Constitución y cuya aplicación no es susceptible de ser adecuada al texto de aquella. Para ello parte de una interpretación de la Constitución, en un momento y contexto determinado, que puede variar o cambiar en el tiempo, conforme cambian y se producen los fenómenos sociales, económicos, culturales y jurídicos.

16. En ese contexto, cabe identificar una primera etapa, signada por una intensa lucha contra el terrorismo, sin el conocimiento adecuado de las posibles estrategias que la sociedad debía emplear, tanto en lo jurídico-político como en lo militar, ocasionando la aparición de notorios casos de violaciones de derechos humanos, lo que a su vez produjo en parte de la opinión pública y de la clase intelectual una notoria desconfianza hacia el ciudadano de uniforme. Una segunda etapa surge por el impulso del sistema interamericano y del propio Tribunal Constitucional, así como de organizaciones de distintas perspectivas; se inicia con el proceso de investigación, sanción y reparación a favor de las víctimas y familiares de los excesos cometidos. Pero nos encontramos en una tercera etapa, en la que frente al recrudecimiento del terrorismo aliado al narcotráfico y frente a la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza, la sociedad debe unir esfuerzos en torno al fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, intrínsecamente capaz de cumplir objetivos con pleno respeto de los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos.

17. Estas situaciones pueden motivar el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues aunque el marco de referencia, la Constitución, no cambia en sus contenidos, sí pueden cambiar los criterios que sirven para su plasmación en una realidad social.

18. Al respecto, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, conforme a su función pacificadora, en su condición de supremo órgano de control de la constitucionalidad, valiéndose únicamente de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos y libertades, ha variado su jurisprudencia en reiteradas ocasiones.

19. Este Colegiado ha señalado que "[l]a decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del civil law, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del common law. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique." [Exp. N.° 3361-2004-AA/TC, fundamento 4).

20. En virtud de esta facultad, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 3908-2007-PA/TC (Provías Nacional) el Tribunal Constitucional decidió "dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC", puntualizando que: "7. Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC omitió lo precisado por este Tribunal en el fundamento 46 de la STC 3741-2004-AA/TC, en el que señala que «la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones», pues el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos".

21. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha variado también su criterio jurisprudencial, entre otros, en los siguientes casos: en el Expediente N.° 0025-2005-AI/TC, donde se cambió la jurisprudencia plasmada en las sentencias de los Expedientes N.° 0003-2001-AI/TC y N.° 006-2001-AI/TC, respecto al requisito de aprobación de los programas de formación académica (PROFA) para

aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público, organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura; en el Expediente N.º 1412-2007-AA se modificó el criterio plasmado en el Expedientes N.º 3361-2004-AA/TC, el cual a su vez había modificado la jurisprudencia de los Expedientes números 1941-2002-AA/TC, 2154-2002-AA/TC, 2955-2002-AA/TC,1274-2002-AA/TC, etc., en lo concerniente al proceso de ratificación de jueces y fiscales; en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, donde se modificó el criterio establecido en los Expedientes números 1906-2002-AA/TC, 1794 -2002- AA/TC, 3426-2003-AA/TC, etc., respecto al pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; en el Expediente N.º 0041-2004-AI/TC se cambió la jurisprudencia de los Expedientes números 918-2002-AA/TC, 1363-2002-AA/TC, 361-2004-AA/TC, etc. respecto a los criterios para la distribución del costo global de los arbitrios entre los contribuyentes de cada localidad.

§4. LA INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL FMP

22. El principal problema del funcionamiento de la justicia militar ha sido la preservación de su independencia e imparcialidad funcional en relación a las entidades a las que se encontraba adscrita y a cuyos efectivos debía procesar. La Ley impugnada ha regulado la existencia del denominado FMP, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional evaluar si su contenido se adecua a los preceptos contenidos en la Constitución, en relación a la existencia de la jurisdicción militar.

23. Ello porque todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional y militar) debe respetar las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcial, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales. Esto, por cierto, también es aplicable en los procesos arbitrales, por tratarse de garantías de la administración de justicia aplicables a todo órgano que tenga la potestad de administrar justicia.

24. En ese contexto, si bien el FMP es entendido como una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, ello no importa que la jurisdicción militar pierda su naturaleza jurisdiccional y, por ello, esté desvinculada de los principios que rigen tal función. Debe tenerse en cuenta dos aspectos de vital importancia: primero, que al ser una excepción en la Norma Fundamental, su interpretación debe realizarse de modo restrictivo y no extensivo; segundo, que el legislador al organizar la jurisdicción militar no puede desconocer los principios propios de la administración de justicia. De modo que la jurisdicción militar debe poseer iguales o mayores garantías que las ofrecidas por la jurisdicción ordinaria, para el juzgamiento o procesamiento de efectivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en actividad, única y exclusivamente por los delitos de función cometidos con ocasión del servicio.

25. Respecto a la competencia del FMP, en el Exp. N.º 0002-2008-AI/TC se señaló que:
"84. En este sentido, la competencia del fuero militar debe estar circunscrita a los delitos de función o aquellos propios e inherentes de la función militar. La delimitación de su contenido no es simple debido a que estas causales pueden variar según las necesidades y situaciones concretas. (...)
86. Sobre esta base y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004) adoptada también por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, (Corte Suprema de Justicia- Sala Penal Permanente. Competencia N.º 18-2004. Vocalía de Instrucción Segundo del Consejo Supremo de Justicia Militar/Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo. Sentencia del 17 de noviembre de 2004) se entenderá por delitos de función los tipos penales que cumplan con los siguientes elementos objetivos del tipo penal militar:
a) Que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material.
b) Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores.
c) Que, como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él."

26. El Congreso de la República, al emitir la norma impugnada, ha cumplido con regular la organización y funciones del FMP, de modo que los artículos I a IV del Título Preliminar de la Ley N.º 29182 delimitan su independencia y autonomía; sus competencias y vinculación a los principios y garantías de la función jurisdiccional, así como al pleno respeto a los derechos fundamentales; establecen de que manera deben tipificarse los delitos de función, así como la prohibición de que dicha legislación sea aplicada a ciudadanos civiles, de manera directa, indirecta o por analogía. El Tribunal Constitucional considera que esta regulación es compatible con la Constitución así como con su propia jurisprudencia.

27. La preservación de la autonomía administrativa y funcional del FMP se encuentra reafirmada con la regulación de sus relaciones con el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional consagrado en el artículo 2º, que prescribe que la misma debe realizarse dentro de la autonomía e independencia que le reconocen tanto la Constitución como la Legislación de la materia. También el Capítulo I (Presupuesto y Recursos) del Título XI (Régimen Económico, Administrativo y Laboral del FMP) de la misma norma, regula que el FMP es un pliego presupuestario cuyo titular es el Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial (artículo 47º), cuyo presupuesto depende de los recursos que se le asignen

por ley, los que sean directamente recaudados y las transferencias presupuestales (artículo 48º).

4.1. Los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional

28. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución consagra el principio de independencia en la función jurisdiccional en los siguientes términos: "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

29. En el Expediente N.º 0023-2003-AI/TC se señaló que la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

30. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el principio de independencia judicial en los siguientes términos:

"El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción." [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 68].

31. Dentro de esta misma línea de pensamiento, la Corte ha señalado que:

"Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante "Principios Básicos"), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas." (subrayado agregado) [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 70].

32. Por otro lado, el principio de imparcialidad —ligado al principio de independencia funcional—, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) Imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Se debe tener presente que la falta de imparcialidad del juez no puede ser alegada en abstracto, sino tiene que ser probada en cada caso concreto. Sobre este punto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el "principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho" (Caso Pullar contra Reino Unido).

33. A la luz de lo expuesto en los fundamentos anteriores, corresponde ahora examinar si los jueces del FMP cuentan con las garantías necesarias de independencia e imparcialidad.

4.2. Los criterios de los principales organismos de protección de los derechos humanos respecto a la condición de oficiales en actividad de los miembros de los tribunales militares

a. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

34. En los Expedientes números 0023-2003-AI/TC y 0006-2006-AI/TC se utilizaron las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra la justicia militar peruana, para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad, respectivamente, del Decreto Ley N.º 23201 y la Ley N.º 28665. En esta oportunidad, corresponde traer a colación dichas sentencias a efecto de clarificar lo expuesto al respecto por este organismo supranacional.

35. En el Expediente N.º 0023-2003-AI/TC (fundamento 43) se utilizó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi vs. Perú: "(...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi, a saber: "El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador." (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi vs Perú. Sentencia de fondo, párrafo 130].

36. En el Expediente N.º 0006-2006-AI se utilizaron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Cantoral Benavides, Lori Berenson y Durand y Ugarte.
En el caso Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte estableció que:
"114. Estima la Corte que los tribunales militares del Estado que han juzgado a la presunta víctima por el delito de traición a la patria no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención. La Corte considera que en un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta

afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos." (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides vs Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 114.]

Con el mismo razonamiento, en el caso Lori Berenson vs. Perú, la Corte sostuvo que:

"145. En un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos." (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 145].

En el caso Durand y Ugarte vs. Perú, la Corte señaló que:

"117. En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

118. En el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no." (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 118].

37. Como se puede apreciar, en los casos Castillo Petruzzi, Lori Berenson y Cantoral Benavides, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la imparcialidad de los jueces militares resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tienen la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.

En el caso Durand y Ugarte vs. Perú, la Corte sostuvo que la investigación y sanción de los delitos comunes debe recaer en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no. Por lo tanto, las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra el Perú en materia de justicia militar no han versado sobre el juzgamiento, en la jurisdicción militar, de militares en actividad por la comisión de delitos de función. Este órgano supranacional tampoco ha denegado la posibilidad de que oficiales en actividad se desempeñen como magistrados de la jurisdicción militar.

38. Por el contrario, lo que la Corte ha resaltado en las sentencias antes mencionadas es que la jurisdicción militar se establece para sancionar a militares en actividad por la comisión de delitos de función, con la finalidad de mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas:

"141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. (...)"(Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 119.]

b. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

39. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del análisis de la justicia militar peruana, sostuvo lo siguiente:

"211. Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo (...).

212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares [compuestos por militares] con pleno respeto de las garantías judiciales.

(...)

214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto." (Subrayado agregado) [SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. 2 junio 2000].

40. En similar sentido, la Comisión señaló en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú, conforme se reseña en dicha sentencia, que:

"a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que "ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringir[la] en todo lo posible, sino [además de] prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia

(...)

e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar." (Subrayado agregado) [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMAMOS. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de Fondo. Parágrafo 125.]

41. Como se puede apreciar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admite expresamente que oficiales en actividad se desempeñen como miembros de los tribunales militares, siempre que se limiten a juzgar a militares en actividad por la comisión de delitos de función.

42. Por tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no consideran que la existencia de tribunales militares, conformados por militares en actividad, sea per se contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos.

c. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

43. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar la condición de oficial en actividad de los jueces de la jurisdicción militar, ha sostenido que:
"59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un `tribunal independiente e imparcial´ a los efectos del artículo 6 § 1 de la Convención. (...) Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para garantizar su independencia e imparcialidad." (Subrayado agregado) [TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Morris contra el Reino Unido. Párr. 59]. En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que los tribunales militares compuestos por oficiales en actividad pueden constituir, en principio, tribunales independientes e imparciales, y que serán tolerados siempre que existan suficientes garantías para la preservación de tales principios.

44. Por lo tanto, de lo expuesto en los fundamentos precedentes se desprende de forma indubitable que la condición de oficial en actividad de los jueces de la jurisdicción militar, no vulnera per se los principios de independencia e imparcialidad judicial. No se puede reputar que los militares en actividad sean en principio personas incapaces de actuar con independencia e imparcialidad.

45. Sobre el tema planteado es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un contexto fáctico y normativo determinado que ahora no se presenta, resolvió que el Estado peruano había vulnerado el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos al abordar el tema de la independencia e imparcialidad de los jueces militares refiriéndose, junto con otras apreciaciones, a la elección de los jueces militares a cargo del ejecutivo, sin considerar que per se esta fuente del nombramiento sea inconvencional [Casos Lori Berenson Mejía vs. Perú (cfr. sentencia del 25 de noviembre de 2004 consideraciones 138 a 150), Cantoral Benavides vs. Perú (cfr. sentencia de 18 de agosto de 2000 consideraciones 110 a 115) y Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (cfr. sentencia de 30 de mayo de 1999, consideraciones 127 a 134)]. A través de estos pronunciamientos la Corte evaluó que la justicia militar de ese momento juzgó a civiles acusados por traición a la patria, por jueces sin rostro, y que las fuerzas armadas tenían la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos. Dichas circunstancias de manera conjunta afectaron gravemente las garantías de independencia e imparcialidad de manera objetiva, pues se había configurado una situación de alto grado de dependencia del fuero jurisdiccional militar policial con el órgano que se encargaba de su elección. Situación que no se presenta en el momento actual de desarrollo de la justicia militar y en la presente regulación materia del pronunciamiento de este Colegiado.

4.3. Las garantías de independencia e imparcialidad que la Ley N.º 29182 brinda a los jueces del FMP

46. Teniendo claro que, en principio, la condición de oficial en actividad no es incompatible con el desempeño de la función jurisdiccional en el Fuero Militar, cabe ahora analizar si los jueces de este fuero cuentan con suficientes garantías de independencia e imparcialidad.

47. Como se aprecia en el fundamento 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concordancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, señala que las garantías que se derivan de la independencia judicial son:

a. Proceso de nombramiento;
b. La inamovilidad en el cargo; y,
c. La garantía contra presiones externas.
a. Proceso de nombramiento de los jueces del FMP

48. Conforme a los artículos 10º, 13º y 23º de la Ley N.º 29182, los Vocales Supremos y Fiscales Supremos del FMP son nombrados por el Presidente de la República. Los Vocales de los Tribunales Superiores Militares y los Jueces son designados por el Tribunal Supremo Militar Policial y los Fiscales de los otros niveles son nombrados por la Fiscalía Suprema Militar Policial.
La parte demandante considera que "el nombramiento a cargo de un poder político de los jueces militares vulnera su independencia e imparcialidad", por lo cual compete a este Tribunal Constitucional examinar si este sistema de nombramiento es compatible con los principios de independencia e imparcialidad.

49. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que los jueces militares pueden ser nombrados, en forma directa o indirecta, por el Poder Ejecutivo si es que únicamente tienen la tarea de juzgar a militares en actividad por la comisión de delitos de función: "e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar." (Subrayado agregado). [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 125.]
Así pues, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es de la opinión que el nombramiento de los jueces militares por parte del Poder Ejecutivo no interfiere con la labor de estos en el juzgamiento de los delitos de función.

50. El Tribunal Constitucional de España ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que la independencia judicial de los magistrados no se determina por su origen o forma de nombramiento, sino por el estatuto jurídico que les otorgue la ley en el desempeño de sus funciones:
"El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas. Son precisamente las alegaciones expuestas en relación con dicho estatuto jurídico las que deben ser, finalmente, objeto de consideración." (Subrayado agregado) [TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N.º 204/1994, FJ 8.].
En tal sentido, el Colegiado español considera que la garantía de independencia de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales no está determinada por su origen, sino por las garantías que le brinde la ley para el desempeño de dichas funciones.

51. Como se puede apreciar, no atenta per se contra el principio de independencia judicial el hecho de que los jueces sean nombrados por órganos políticos. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal Constitucional es nombrado por el Congreso de la República y ello no es óbice para que desarrolle sus funciones con pleno respeto de los principios de independencia e imparcialidad judicial. Estos principios, independiente-mente del sistema de nombramiento que se adopte, tienen que ser asegurados mediante un estatuto jurídico que blinde al juez de cualquier tipo de interferencia externa.

52. Conforme a los artículos 10º y 13º de la Ley N.º 29182, el nombramiento de los jueces del FMP se lleva a cabo previa evaluación curricular y concurso de méritos:
"Artículo 10.- Nombramiento de Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial
Los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena, previa evaluación, concurso de méritos y mediante ternas, entre los oficiales en actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial.
(...)." [Subrayado agregado].
Artículo 13.- Competencia y funciones administrativas
Compete al Tribunal Supremo Militar Policial, en el ámbito de sus funciones de gobierno y administración:
(...)
2. Designar a los Jueces de los Juzgados Militares Policiales y a los Vocales de los Tribunales Superiores Militares Policiales, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, previo concurso de méritos y evaluación curricular.
(...)" [Subrayado agregado].

53. Estas normas guardan concordancia con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al sistema de nombramiento de los jueces:
"(...) se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar." (Subrayado agregado) [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de Fondo, párrafo 68.]

54. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que el sistema de nombramiento de los jueces del FMP no es incompatible con los principios de independencia e imparcialidad judicial.
Así las cosas, se tiene que el sistema de nombramiento adoptado por la Ley N.º 29182 guarda estricta observancia con lo establecido por los organismos internacionales antes mencionados, así como con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. El tema referido a la elección de dichos magistrados es coherente y lógico. Su aplicación no está, de modo alguno, sujeta a aspectos subjetivos. El orden de méritos exigido, así como la capacidad profesional de dichas personas, está presente en todo el proceso de elección.
b. Inamovilidad en el cargo de los jueces del FMP
55. La parte demandante alega que el artículo 39º de la Ley N.º 29182 vulnera el principio de inamovilidad en el cargo de los jueces del FMP, pues contempla un "cambio de colocación" de estos magistrados por "necesidades del servicio", lo cual podría originar un mal uso de esta causal por parte del Poder Ejecutivo.
56. El principio de inamovilidad en el cargo ha sido definido por este Tribunal en el sentido de que "la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el status jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. (...) Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna (...)". [Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, fundamento 35].

57. Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional también se ha referido de manera especial a la garantía de inamovilidad en el ámbito del fuero militar policial:
Esta garantía es constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales.
Consecuentemente, en el proceso de consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, cada vez es mayor la tendencia por adecuar la jurisdicción militar a

las garantías propias del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (...) (ver: STC 00023-2003, fundamento 36 al 37).
Luego el Tribunal Constitucional acotó que:
A efectos de tutelar la independencia e imparcialidad de los jueces militares y evitar que puedan ser sometidos a algún tipo de presión o interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, a ellos se les debe garantizar la inamovilidad en sus cargos. Si bien la declaratoria de un Estado de Emergencia puede plantear que, excepcionalmente, una autoridad judicial militar pueda trasladarse a un punto geográfico que se encuentre dentro de su circunscripción respectiva y que tal declaratoria de emergencia implique a su vez una petición por parte del Poder Ejecutivo a la Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que se realice tal traslado (solicitud que debe ser atendida con la celeridad y urgencia del caso), ello no autoriza a que disposiciones como las aquí cuestionadas permitan que "todos" los órganos de la jurisdicción militar puedan trasladarse, reducirse o suprimirse, conforme a los requerimientos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional. (Ver STC 00004-2006-PI/TC).
58. En este sentido, la inamovilidad en el cargo no descarta que un juez sea cambiado de colocación por razones justificadas. Por ello, el supuesto de cambio de colocación de vocales, jueces y fiscales del FMP no entraña un vicio de inconstitucionalidad, en la medida que se entienda que dicho cambio se efectúa sólo a solicitud del interesado, salvo las necesidades del servicio, lo que debe interpretarse restrictivamente de manera que el "servicio" a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional y, "las necesidades" solo deben de estar enmarcadas en los regímenes de excepción y en las zonas geográficas involucradas en él. Señalar lo contrario, esto es, hablar de una necesidad de índole militar y/o policial, constituiría un grave error.
59. Por tanto, no resulta admisible constitucionalmente que el cambio de colocación por "necesidad del servicio" sea injustificado o que responda a situaciones distintas a las señaladas. En caso que el Tribunal Constitucional verifique que tal situación se ha producido, en un proceso sometido a su conocimiento, adoptará las medidas correctivas pertinentes.

60. En el tema referido al mal uso que se pudiera hacer del artículo 39° de la Ley N.° 29182, esto no es motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pues —como se ha señalado en anterior jurisprudencia— "el mal uso que se dé a una norma jurídica, no convierte a la misma en inconstitucional, sino antes bien, a quienes la tuerzan o envilezcan en reos de abuso de autoridad y lesa constitución." [Fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 0005-99-AI/TC, emitida el 19 de marzo de 2001].

c. Los jueces del FMP y las garantías contra presiones externas

61. Corresponde ahora analizar si los jueces del FMP cuentan con garantías suficientes que los protejan de presiones externas que puedan interferir con el adecuado desarrollo de su labor jurisdiccional.

62. El artículo 29° de la Ley N.° 29182, dispone que los jueces del FMP cesan en el cargo sólo por: a) muerte, b) renuncia, c) límite de edad, d) destitución o separación por medida disciplinaria, e) incompatibilidad sobreviviente, y f) impedimento físico o mental permanente, acreditado y declarado por la autoridad competente. Cabe señalar que las causales de cese en el cargo que establece este artículo, son similares a las establecidas para el término de la función jurisdiccional en el Tribunal Constitucional (Ley N.° 28301, artículo 16°) y en el Poder Judicial (Ley N.° 29277, artículo 107°).

63. La Corte Interamericana de Derechos Humanos acota que los Principios Básicos de las Naciones Unidas, relativos a la independencia de la judicatura, establecen que "[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos y que [s]e garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto". [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de Fondo, párrafo 68.].

64. En tal sentido, el artículo 29° de la Ley N.° 29182 sería acorde con estos Principios Básicos, por lo que resulta que los jueces del Fuero Militar están protegidos contra posibles separaciones forzosas que puedan interferir el desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

65. Asimismo, la parte demandante alega que el sistema de ascenso en el grado militar de los jueces del FMP puede ser utilizado como un instrumento de presión contra estos magistrados.

66. El artículo VI del Título Preliminar de la Ley N.° 29182, señala que la relación entre el grado militar y la función jurisdiccional, en ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación alguna para el ejercicio de la función:
"Artículo VI.- Grado y función
La relación entre el grado militar o policial y la función jurisdiccional o fiscal, en el Fuero Militar Policial, para quienes ejercen dicha función, se sujeta a lo establecido en la presente Ley. En ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación alguna para el ejercicio de la función."
Empero, como se ha señalado en otra ocasión, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción posibilite tal actuación [Exp. N.° 0023-2003-AI/TC, fundamento 33]. Por ello, es necesario analizar si el sistema de ascenso en grado y la jerarquía militar no interfiere con la labor de los magistrados de la jurisdicción militar.

67. El ascenso en el grado de los magistrados del FMP es tratado en el artículo 39° de la Ley N.° 29182:

"Artículo 39.- Ascenso y cambios de colocación
El ascenso en el grado militar o policial se efectuará de acuerdo con el procedimiento establecido en las normas sobre ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, con las particularidades que serán especificadas en el reglamento que apruebe el Tribunal Supremo Militar Policial. Las vacantes serán determinadas por el Tribunal Supremo Penal Militar Policial en coordinación con las respectivas instituciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú." (Subrayado agregado). Conforme a esta disposición, el FMP tiene potestad y autonomía para establecer criterios particulares que definirán los ascensos en el grado militar de sus magistrados. Del mismo modo, se garantiza que el número de vacantes para el ascenso en grado de estos magistrados será determinado por el Tribunal Supremo Militar Policial.

68. Así, pues, sobre este particular es importante traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional de España:
"Se alega que la discrecionalidad de los ascensos es mayor en el caso de los militares, pero, al igual que en el supuesto anterior, la cuestión no es si el estatuto del Juez Togado es distinto al de un Juez ordinario, en lo que difícilmente puede no haber acuerdo, sino si ese estatuto vulnera o no los derechos reconocidos en el art. 24 C.E. [debido proceso]" (Subrayado agregado) [TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Constitucional de España recaída sobre el Expediente N.º 204/1994, foja 10].

69. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que la Ley N.º 29182 otorga las garantías suficientes para que el ascenso en grado de los jueces de la jurisdicción militar no interfiera con el desempeño de sus funciones.

70. No obstante lo señalado en los fundamentos anteriores, este Colegiado observa que desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley N.º 29182, esto es el 12 de enero de 2008, hasta la fecha, el Tribunal Supremo Militar Policial no ha cumplido con dictar el Reglamento en el que se especifique las particularidades del procedimiento de ascenso de los magistrados del FMP. Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Tribunal Supremo Militar Policial a cumplir con la aprobación de dicho Reglamento, el cual deberá coadyuvar a garantizar la independencia e imparcialidad de los magistrados de la jurisdicción militar.

71. El artículo 9º de la Ley N.º 29182 establece que el Tribunal Supremo Militar Policial, el cual está compuesto por oficiales procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial con grado militar o policial, de Oficial General, Almirante, o su equivalente (máximo grado militar), es el encargado de juzgar a los Generales o Almirantes y a los Coroneles o Capitanes de Navío.
Siendo esto así, un Vocal Superior, que es un oficial procedente del Cuerpo Jurídico Militar Policial con grado militar o policial de Coronel o Capitán de Navío (artículo 15º de la Ley N.º 29182), o un Juez, que es un oficial con grado de Teniente Coronel o Comandante (artículo 15º de la Ley N.º 29182), nunca juzgará a un superior en grado, es decir, a un General o Almirante (en el caso de los Vocales Superiores) o a un Coronel o Capitán de Navío (en el caso de los Jueces), ya que estos son procesados en el Tribunal Supremo del FMP.
De esta manera, la Ley N.º 29182 garantiza que un juez o vocal de la jurisdicción militar nunca juzgue a un oficial de superior grado, lo cual impide toda intromisión jerárquica que pueda afectar las labores jurisdiccionales.

72. Finalmente, cabe señalar que la condición de oficiales en actividad de los jueces del FMP, no implica per se subordinación y falta de independencia. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalo lo siguiente:
"Al tomar posesión, todos los miembros del Tribunal deben prestar un juramento que les obliga a ser justos, honestos e imparciales (artículo 9. de las `Instrucciones provisionales). Es cierto que al continuar los jueces militares del Tribunal en su carácter de miembros de las Fuerzas Armadas se hallan también ligados por su juramento como oficiales, lo cual implica, entre otras cosas, obedecer órdenes de sus superiores. Este último juramento, no obstante, entraña también obediencia a la Ley, lo cual incluye, en general, las "Instrucciones provisionales" que rigen al Tribunal Superior Militar y, en particular, el juramento de imparcialidad que se toma a los Magistrados." (Subrayado agregado) [TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Engel y otros contra el Reino de Holanda, del 8 de junio de 1976, parágrafo 30.].

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que "los alcances de la obediencia debida, dentro del marco de la Constitución, supone [que] no cabe aceptar la existencia de deberes que resulten manifiestamente contrarios a los derechos fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el ordenamiento jurídico."[Expediente N.º 2446-2003-AA/TC, foja 10.]
También por ello, el hecho de que el régimen laboral de los magistrados militares sea el establecido en su respectiva institución castrense de origen, no implica per se su carencia de independencia e imparcialidad, pues dicho régimen es sólo una consecuencia de su condición militar.

73. El artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 29182 exige que los magistrados del FMP cuenten "obligatoriamente con formación jurídica (...) [la que] se acredita con el título profesional de abogado". [Cursiva agregada].
En la misma línea, el artículo 27º de la Ley N.º 29182 establece que "[l]os Vocales, Jueces y Fiscales deberán cumplir con los cursos académicos que determine el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar". [Cursiva agregada].
Como se puede apreciar, la Ley N.º 29182 exige que los magistrados del FMP cuenten con el título profesional de Abogado. Esto constituye también una garantía que

coadyuva a una idónea administración de justicia en la jurisdicción militar.

74. Otras garantías que abonan a la independencia e imparcialidad en la jurisdicción militar son la autonomía presupuestaria del FMP (artículo 47° de la Ley N.° 29182); la sujeción de este Fuero a los principios y garantías de la función jurisdiccional; y, su deber de respeto de los derechos fundamentales de la persona (artículos II del Título Preliminar y 45° de la Ley N.° 29182).
Abonando lo anterior, el artículo 27° de la Ley N.° 29182 establece que a los jueces militares les son aplicables los mismos impedimentos e incompatibilidades que establece la ley para los jueces del Poder Judicial.

75. También corresponde examinar si la Ley N.° 29182 respeta los límites establecidos en los fundamentos precedentes respecto a la competencia del FMP.
De los artículos I, III y IV del Título Preliminar de la Ley N.° 29182, se desprende que en el FMP se procesa sólo a militares en situación de actividad por la comisión de delitos de función:

"Artículo I.- Fuero Militar Policial
El Fuero Militar Policial, previsto en el artículo 173 de la Constitución Política del Perú, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función.

Artículo III.- Delitos de función
Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son imputables, sólo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad.

Artículo IV.- Prohibición
El Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar Policial no alcanzan a ciudadanos civiles, ni en forma directa, ni indirecta, ni análoga, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad."

Como se puede apreciar, la Ley N.° 29182 garantiza que en la jurisdicción no se procese ni a civiles ni a militares en situación de retiro, ni que se ventilen delitos comunes.
Reforzando esto, y a efectos de otorgar mayores garantías en la administración de la justicia militar policial, de conformidad al artículo 4° de dicha Ley, los conflictos de competencia entre el FMP y el Poder Judicial serán resueltos por el Tribunal Constitucional, aún cuando este extremo es inconstitucional.

76. Asimismo, es importante analizar si los jueces militares policiales peruanos cuentan con las garantías de independencia e imparcialidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió a los jueces militares chilenos en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sobre el particular, la Corte señaló lo siguiente:
"La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad. [Énfasis agregado].
Respecto a la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones "de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas". En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura". [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de fondo, párrafos 155 y 156.]
Como se puede apreciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró, respecto de los jueces chilenos, que éstos están subordinados a los superiores en grado, que no tienen formación jurídica que les permita ejercer su función jurisdiccional en forma adecuada, que no son nombrados por su competencia profesional o su idoneidad para desempeñar la función jurisdiccional, y que no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad.

77. De lo analizado en los fundamentos anteriores, se observa que los jueces militares policiales peruanos superan las observaciones hechas por la Corte respecto de los jueces militares chilenos.
Así, pues, de conformidad con la Ley N.° 29182, los jueces militares peruanos no están subordinados a los superiores en grado (artículo VI del Título Preliminar); el Tribunal Supremo Militar Policial determina el número de vacantes para el ascenso en grado de los jueces militares policiales y establece las particularidades para el procedimiento de dicho ascenso (artículo 39°). La Ley N.° 29182 exige que los magistrados de la jurisdicción militar tengan formación jurídica, es decir, tengan el título profesional de abogado (artículo V del Título Preliminar); son nombrados mediante concurso de méritos (artículos 10° y 13°); y tengan garantías suficientes de inamovilidad (artículos 29° y 39°).

78. Dentro de esta línea, este Colegiado considera que el primer párrafo del artículo V y el artículo VI del Título Preliminar, el primer párrafo del artículo 9°, el artículo 10°, el inciso 2) del artículo 13°, el segundo párrafo del artículo 15°, el segundo párrafo del artículo 19°, los artículo 30°, 33°, 35° y 39° y el primer párrafo del artículo 56° de la Ley N.° 29182 no vulneran los principios de independencia, imparcialidad e inamovilidad judicial, pues como se ha expuesto en los fundamentos precedentes, los oficiales en actividad que están facultados para ejercer funciones jurisdiccionales son los oficiales de servicio, esto es,

abogados que se han asimilado a los institutos castrenses y que conforman el Cuerpo Jurídico Militar Policial.

79. Por el contrario, es inconstitucional el sentido interpretativo de los artículos antes referidos por el que se entiende que los oficiales en actividad que pueden ejercer funciones jurisdiccionales son los oficiales de armas.
Al respecto, el Tribunal Constitucional reitera lo señalado en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC (fundamento 42), en el extremo de que es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los oficiales de armas, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales para ejercer funciones jurisdiccionales.

80. El Tribunal Constitucional observa que en la Resolución Administrativa 066-2009TSMP/SG, se ha previsto que el Tribunal Supremo Militar Policial —instancia máxima de la jurisdicción militar— esté compuesto, como regla general, tanto por oficiales en situación de actividad como por oficiales en situación de retiro, del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Esta medida dota de mayores garantías de independencia e imparcialidad a esta jurisdicción, por lo cual el Tribunal Constitucional, conforme a su rol de garante imparcial de la supremacía constitucional y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, recomienda que se realicen las modificaciones legislativas necesarias para que dicha medida se plasme también como regla general, y no como excepción, en la Ley de Organización y Funciones del FMP.

81. Con el mismo fin, resulta necesario que se establezca una línea de carrera judicial y fiscal en el FMP, tal como lo prevé el artículo 37º de la Ley N.º 29182.

82. Finalmente, este Colegiado resalta que, tanto los magistrados del FMP, como las personas sometidas a su jurisdicción, tienen expedito su derecho a interponer las acciones de garantía constitucional correspondientes, cuando exista amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

83. En consecuencia, el diseño previsto por el Congreso de la República para el FMP se encuentra rodeado de suficientes garantías para su funcionamiento dentro del marco previsto por la Constitución para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

84. Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional que los magistrados del FMP sean oficiales en actividad provenientes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, pues al estar garantizada su independencia e imparcialidad, no se requiere privarlos de los derechos, beneficios y grados obtenidos durante el tiempo que estuvieron desempeñando funciones en el ahora denominado Cuerpo Jurídico Militar Policial.

§5. EL NOMBRAMIENTO DE LOS VOCALES Y JUECES DEL FMP. SU RÉGIMEN DISCIPLINARIO

85. Se ha cuestionado el contenido de los artículos 10º, 13º y 23º de la Ley N.º 29182, que regulan el nombramiento de los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial, su competencia y funciones administrativas, así como la designación de los Fiscales del FMP.
El fundamento de la impugnación es que a los primeros los nombra el Presidente de la República al igual que a los Fiscales Supremos del FMP, en lugar que lo haga el Consejo Nacional de la Magistratura; mientras que estos posteriormente, se encargarán de nombrar a los funcionarios de las instancias inferiores.

86. En primer término corresponde determinar si el sistema de nombramiento regulado por la norma impugnada es constitucional, o no, puesto que la principal objeción se da en relación a si los Vocales y Fiscales pueden ser nombrados, como se establece en la ley impugnada, por el Presidente de la República, o esta es una competencia que corresponde ser ejercida exclusivamente por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Ello porque el artículo 150º de la Constitución establece que
"El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular".

87. Para este Colegiado este dispositivo admite, cuando menos, dos sentidos interpretativos; el primero, que corresponde al CNM "nombrar" a "todos" los jueces y fiscales de la República, esto es, a todo funcionario que administre justicia a nombre de la Nación; y, el segundo, que limita dicha competencia al "nombramiento" de los jueces y fiscales de la justicia ordinaria.
En relación al primer caso, no todos los funcionarios que desarrollan una labor jurisdiccional en nuestro ordenamiento constitucional son nombrados por el CNM; así, los magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados por expreso mandato constitucional, por el Congreso de la República, mientras que en el caso de los árbitros, no existe ningún tipo de previsión constitucional sobre su nombramiento y atribuciones.
Por su parte, el segundo sentido interpretativo permite reafirmar que esta competencia del CNM debe ejercerse únicamente en relación a los jueces y fiscales de la justicia ordinaria, sobre todo cuando el propio texto constitucional ha establecido la necesidad que aquella cuente con un estatuto jurídico único que regule mínimamente su conformación, su órgano de gobierno y los requisitos para ser magistrado de la máxima instancia. Este razonamiento también es extensivo en relación al Ministerio Público y a sus integrantes.

88. En abono de este segundo sentido interpretativo, el Tribunal Constitucional recuerda que dada la insuficiencia de los métodos tradicionales para la interpretación de la Constitución, en sentencia anterior se señaló (Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, fundamento 12) que la interpretación de la lex legum debe efectuarse apelando a determinados principios constitucionales. En el presente caso, a efectos de determinar las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura debe recurrirse al principio de unidad de la Constitución, según el cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (Exp. N.º 4596-2006-AA/TC, fundamento 18).

89. De una interpretación sistemática del Capítulo IX de la Constitución, referido al Consejo Nacional de la Magistratura, se deduce que las atribuciones de este órgano constitucional respecto al nombramiento, ratificación y destitución de jueces y fiscales, se encuentran relacionados directamente.

90. En tal sentido, cuando el inciso 1) del artículo 154° establece que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado de "[n]ombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles", y, a continuación, el inciso 2) dispone también como atribución de este órgano el "[r] atificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años" y aclara que "[l]os no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público" [subrayado agregado], se entiende indubitablemente que la atribución del Consejo Nacional de la Magistratura respecto al nombramiento de jueces y fiscales se circunscribe a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.

91. Del mismo modo, cuando el inciso 3) del artículo 154° señala que el Consejo Nacional de la Magistratura es el encargado de "[a]plicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias"; no cabe duda que se refiere a los Vocales, Jueces y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia la República (Poder Judicial) y del Ministerio Público, respectivamente.

92. Una interpretación contraria a ésta supondría entender que la Constitución le atribuye al Consejo Nacional de la Magistratura la función de nombrar a todos los jueces y fiscales, cuando sólo le autoriza a ratificar y a destituir a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, lo cual resulta contrario al sentido armónico que guarda la Norma Fundamental.

93. Bajo estas consideraciones, la Constitución le brinda al Consejo Nacional de la Magistratura la atribución de nombrar, ratificar y destituir a los jueces del Poder Judicial y a los fiscales del Ministerio Público, mas no le atribuye dichas competencias respecto de los jueces y fiscales del FMP.
En la lógica antes expuesta, resulta que el legislador ordinario tiene libertad para regular la estructura, conformación y funcionamiento del FMP. Así pues, es al legislador –y no a este Colegiado– a quien le corresponde decidir si los magistrados del FMP son nombrados, ratificados y destituidos por el Consejo Nacional de la Magistratura o no. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que: "(...) la naturaleza jurisdiccional del Tribunal no es compatible con la evaluación de medidas adoptadas bajo criterios de conveniencia o inconveniencia por los órganos de representación política. (...) Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar (...)."(subrayado agregado) [Expediente N.° 0009-2001-AI/TC FJ 5.]

94. En ese sentido, para el Tribunal Constitucional, el principal problema para entender la existencia y alcances de la justicia militar, es su designación como una "jurisdicción" en los mismos términos que la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción constitucional.
Sin embargo, en el análisis de esta particular "jurisdicción", se olvida que aquella existe como tal por disposición del legislador constituyente, que ha optado por darle tal categoría a un fuero particular o funcionalmente limitado.

95. Por consiguiente, dichas disposiciones, en el extremo que regulan el mecanismo para la designación o nombramiento de los vocales y jueces del FMP, no son contrarias al contenido de la Constitución, ni mucho menos violatorias de las atribuciones y competencias otorgadas expresamente por el legislador constituyente al CNM.

96. De otro lado, se cuestiona también el contenido de los artículos 33° y 35° de la Ley N.° 29182, relacionados al régimen disciplinarios de los magistrados del FMP.
97. En relación a ello cabe precisar que la opción propuesta por el legislador no resulta inconstitucional, dado que en la medida que el CNM no es competente para su nombramiento, tampoco lo es para la imposición de sanciones, de modo que optar por un órgano al interior del propio fuero, que se encargue de ello, se justifica por la propia naturaleza excepcional de esta jurisdicción.

§6. EL DENOMINADO ÓRGANO FISCAL MILITAR POLICIAL EN EL FMP

98. Se han impugnado los incisos a), b) y) c) del artículo 22°, así como los artículos 23° y 24° de la Ley N.° 29182, porque crean al denominado Órgano Fiscal Militar Policial, y los artículos 21° y 30°, en relación a su competencia y a la aplicación supletoria de la legislación que regula la justicia ordinaria.

99. Para el Tribunal Constitucional, el órgano creado por la Ley N.° 29182 es uno distinto al creado en el artículo 159° de la Constitución, aunque su denominación sea similar.

100.El Tribunal Constitucional reitera sobre el particular la falta de una regulación constitucional expresa en relación a los aspectos medulares de la jurisdicción militar. Si antes se tenía únicamente la referencia a una "jurisdicción militar", y que no contaba con mayor desarrollo en la Constitución, en relación a quién le corresponde iniciar o "activar" dicha jurisdicción, no se cuenta con mención alguna de a qué órgano le corresponde ello. En principio podría considerarse que, por extensión, dicha competencia le corresponde al Ministerio Público o, por el contrario, dada la libertad de configuración otorgada al legislador ordinario para regular dicha jurisdicción, este está en libertad de establecer a quién le compete ello.

101.Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores pronunciamientos, lo que no se puede pretender en vía legislativa es la subordinación jerárquica o funcional del Ministerio Público, desnaturalizando su configuración

constitucional, su independencia funcional así como el ámbito de sus competencias, como ocurría con la legislación declarada inconstitucional en otros procesos de control concentrado (STC 0006-2006-PI/C).

102.Distinta es la situación planteada en autos, esto es, la existencia de un órgano distinto del Ministerio Público, al que, independientemente de su denominación, le correspondería iniciar la acción penal militar, en sede del FMP.

103.Al respecto este Colegiado observa que la Norma Fundamental no prevé excepción alguna a favor de una Fiscalía anexa al FMP. No obstante, considera que a diferencia del artículo 139° de la Constitución, que establece en forma expresa la "unidad y exclusividad de la función jurisdiccional", no existe artículo constitucional que consagre la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, por lo que es comprensible que la Norma Fundamental no haya dispuesto una excepción a favor del FMP en lo referido a la función fiscal.

104.A mayor abundamiento, cabe señalar que este Colegiado ha reconocido en anterior jurisprudencia que existen excepciones al accionar del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, en razón de la naturaleza del bien jurídico tutelado:
"el proceso de querella (...) su prosecución está reservada a la actividad del agraviado que tiene exclusiva legitimación activa por titularidad del ejercicio de la acción penal, dado que sólo a su instancia es posible incoar el proceso penal. Siendo así, el Ministerio Público no interviene como parte, bajo ninguna circunstancia, conforme lo preceptúa el artículo 209° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, el agraviado se erige en acusador privado y, por tanto, en único impulsor del procedimiento" [Tribunal Constitucional Exp. N.° 03411-2005-HC/TC].

En tal sentido, mutatis mutandis, es factible la existencia de un órgano fiscal propio del FMP en razón de la particularidad del bien jurídico tutelado en los delitos de función.

105.El Tribunal Constitucional comparte la opinión del demandado respecto a que "cuando el artículo 173° de la Constitución señala que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional están sometidos al Fuero Militar, [este artículo] entraña objetivamente la aplicación de un conjunto de normas especiales a estas personas, en razón de su condición de militar o policía, con el fin de sancionar los delitos que éstas cometan en el ejercicio de sus funciones."
Por ello, es válido el sentido interpretativo según el cual, en virtud del fin constitucional de la jurisdicción militar, esto es preservar el orden y la disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional mediante la sanción de los delitos de función, la Norma Fundamental contempla tanto la existencia de una jurisdicción como la de un órgano fiscal militar policial, en tanto que la sanción de los delitos de función implica necesariamente la etapa persecutoria (fiscal) y la etapa de juzgamiento (jurisdiccional) de estos ilícitos. Esta interpretación guarda concordancia con el principio de unidad de la Constitución, el cual exige que la interpretación de la Constitución esté orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en conjunto. [Exp. N.° 1458-2006-PA/TC].
Dado que la Constitución no establece la exclusividad de la función fiscal a favor del Ministerio Público, el legislador está facultado para incluir un órgano fiscal dentro del FMP, a efectos de que ejercite la acción penal en el caso de los delitos de función, más aún cuando ello no está prohibido por la Norma Suprema.
106.La Corte Constitucional de Colombia señala que "Para la Corte, la introducción de la figura de los fiscales penales militares dentro del juicio castrense, persigue los mismos objetivos que buscan las normas transcritas, es decir, al contrario de lo que alega la demanda,contribuyen a la garantía de imparcialidad de los funcionarios que administran esta justicia especial." [Expediente N.° C-361/01].

107.Conforme a la Ley N.° 29182, las funciones del órgano fiscal del FMP son las siguientes:
"Artículo 25°.- Funciones de los órganos fiscales militares policiales
Los órganos fiscales del Fuero Militar Policial tienen las funciones siguientes:

1. Ejercer la defensa de la legalidad y actuar de acuerdo al debido proceso en el ámbito del Fuero Militar Policial.
2. Ejercitar la acción penal militar policial, formular las denuncias y presentar los recursos impugnativos correspondientes, conforme al código de la materia.
3. Velar por la autonomía e independencia del Fuero Militar Policial.
4. Velar por la recta administración de justicia en el Fuero Militar Policial.
5. Velar por la prevención y persecución del delito de función militar o policial y el pago de la reparación civil.
6. Cumplir con las demás funciones y atribuciones que les correspondan, de acuerdo a ley."

Como se puede apreciar, las funciones del órgano fiscal del FMP se circunscriben exclusivamente al ámbito penal militar policial, con lo cual se sujeta al carácter restringido y excepcional que debe tener, al igual que la jurisdicción militar.
La ley es clara al establecer los alcances y las limitaciones que en el ejercicio de sus funciones deberán observar los magistrados del FMP.
108.Por ello, para el Tribunal Constitucional, el órgano creado por la Ley N.° 29182 es uno distinto al creado en el artículo 159° de la Constitución, aunque su denominación sea similar. Además, esta situación no es contraria al sistema de competencias reguladas en la Constitución, dado que el nuevo órgano creado lo ha sido dentro de la libertad otorgada al legislador ordinario.

109.De otro lado, este Colegiado considera que la remisión a la legislación ordinaria contenida en el artículo 30° de la Ley N.° 29182 permite la aplicación supletoria

o complementaria de normas sustantivas o procesales dentro de la justicia militar, lo que en modo alguno resulta inconstitucional, sino que incluso puede permitir que se otorguen mayores garantías a los procesados ante dicha jurisdicción.

110.En consecuencia, no resulta inconstitucional la previsión del precitado órgano, por lo que es infundada la impugnación de los artículos 21°, 22°, 23°, 24°, 25° y 30° de la Ley N.° 29182.

§7. LA PROCEDENCIA DE LOS MAGISTRADOS DEL FMP Y EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD

111.Se advierte en la norma impugnada que diversos artículos hacen referencia al Cuerpo Jurídico Militar, como el órgano de donde deben proceder los operadores del FMP.

112.El artículo V del Título Preliminar contiene una previsión general sobre el tema, al establecer que:
Artículo V.- Operadores del Fuero Militar Policial
Los operadores del Fuero Militar Policial, Vocales, Jueces o Fiscales de todos los niveles, así como los Relatores, Secretarios de Sala o Juzgado proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial, debiendo contar obligatoriamente con formación jurídica militar o policial. La formación jurídica se acredita con el título profesional de abogado. La formación militar o policial, mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial.
Los magistrados que administran justicia penal militar policial y los fiscales ejercen sus funciones a dedicación exclusiva.

113.Así, los integrantes de dicho fuero "proceden únicamente" del Cuerpo Jurídico Militar Policial. Se aduce, para ello, que quienes integren el FMP deben tener formación jurídica militar o policial, donde la jurídica se acredita con el título profesional de abogado, mientras que la militar o policial, "mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial".

114.Por tanto, corresponde analizar si la Ley N.° 29182 respeta el principio-derecho a la igualdad al regular la procedencia de los magistrados del FMP.

7.1. El test de igualdad y el requisito de pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar Policial para ser magistrado del FMP

115.El demandante sostiene que el artículo V del Título Preliminar y los artículos 9°, 10°, 19°, 22° y 38° de la Ley N.° 29182 vulneran el principio-derecho a la igualdad, por establecer como requisito el pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar Policial para ser magistrado del FMP.

116.El demandado refiere que la exigencia de pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar Policial para ser magistrado del FMP no vulnera el principio derecho a la igualdad, toda vez que es un requisito razonable y proporcional, ya que asegura que los magistrados de este fuero cuenten con formación jurídica y militar.

117.Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, con el fin de verificar si los extremos cuestionados vulneran, entre otras disposiciones, el principio-derecho de igualdad, debe aplicarse el test de igualdad.

a. Verificación de la diferenciación legislativa

118.En cuanto al primer paso (verificación de la diferenciación legislativa), cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por la norma de exclusión conforme a la cual no pueden ejercer función judicial o fiscal en el FMP (consecuencia jurídica) las personas que no pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar Policial (supuesto de hecho).
La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación está constituida por la norma de acuerdo a la cual pueden ejercer función judicial o fiscal en el FMP (consecuencia jurídica) las personas que pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar Policial (supuesto de hecho).
Realizado el respectivo examen, este Colegiado concluye que la medida legislativa cuestionada supera este primer nivel, toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.

b. Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad

119.Respecto del segundo paso (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), cabe destacar que, al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de trabajo y el de igualdad en el acceso a los cargos públicos, se verifica que la intervención legislativa tiene una intensidad grave.

c. Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación

120.Respecto del tercer paso (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación), debe precisarse que de una interpretación teleológica de los extremos de la disposición cuestionada, se desprende que ésta tiene como fin: i) garantizar la optimización y la eficacia de la función jurisdiccional y fiscal en el FMP, de modo tal que quienes actúen en y ante la jurisdicción militar posean los mayores conocimientos sobre el ámbito militar; ii) velar por que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente, cumplan a cabalidad con sus funciones constitucionales de defensa, seguridad y preservación del orden interno de la nación; y, iii) coadyuvar a la vigencia de los derechos fundamentales de los procesados en la jurisdicción militar.
Cabe señalar que los dos últimos fines mencionados no fueron tomados en consideración cuando se aplicó el test de igualdad a una disposición similar de la Ley N.° 28665, en los Expedientes números 0004-2006-AI/TC y 0006-2006-AI/TC. Dada la relevancia constitucional de dichos fines, la consideración de éstos en el presente caso puede incidir en el resultado del test de igualdad.
Al respecto, este Colegiado destaca que la sanción eficaz y adecuada de los delitos de función garantiza que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente, cumplan a cabalidad sus funciones constitucionales de

defensa, seguridad y preservación del orden interno de la República. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene: "que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas (...) y est[á] encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares." [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de Fondo, fojas 141 y 142.]

Los fines que persigue la medida legislativa cuestionada son constitucionalmente legítimos, por lo que la medida legislativa cuestionada supera el tercer paso del test de igualdad.

d. Examen de idoneidad

121.En cuanto al cuarto paso (examen de idoneidad), es necesario precisar que la medida legislativa diferenciadora (sólo quienes pertenezcan al Cuerpo Jurídico Militar Policial pueden ser jueces y fiscales del FMP) resulta adecuada para conseguir el fin que se pretende, esto es, la optimización y la eficacia de la funciones judicial y fiscal en la jurisdicción penal militar.

Lo anterior permite una eficaz y adecuada sanción de los delitos de función y esto, a su vez, garantiza que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplan cabalmente con las funciones que la Norma Fundamental les encomienda. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en anterior jurisprudencia que la sanción de los delitos de función en la jurisdicción militar incide en la seguridad del estado, el orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses:

"Este Colegiado así considera que dados los fines constitucionalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, a saber: garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, de acuerdo a lo expresado en el párrafo precedente, no resulta irrazonable que aquellos delitos de función que terminen incidiendo en la seguridad del estado, el orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses, puedan ser considerados por el legislador como conductas cuya gravedad no admite la concesión de determinados beneficios." (Subrayado agregado) [Expediente 00454-2006-HC/TC, foja 3.]

Del mismo modo, se debe tener presente que una idónea formación jurídica y militar de los jueces y fiscales del FMP coadyuva a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas que son procesadas en este fuero.

En consecuencia, la medida legislativa cuestionada supera el cuarto paso del test de igualdad.

e. Examen de necesidad

122.En cuanto al quinto paso (examen de necesidad), cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de disposiciones legales que limitan el ejercicio del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas, que se deduce del artículo 2.2 de la Constitución, interpretado de conformidad con el artículo 25, apartado c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del derecho fundamental a la libertad de trabajo, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo.

Es menester señalar que este Colegiado, cuando aplicó el test de igualdad a una disposición similar de la Ley N.º 28665 en los Expedientes números 0004-2006-AI/TC y 0006-2006-AI/TC, no tuvo en consideración la jurisprudencia comparada que se ha emitido en torno a la importancia de la condición de oficial del cuerpo jurídico militar para desempeñarse como magistrado de la jurisdicción militar. En el Exp. N.º 0002-2005-AI/TC (fundamento 45) se señaló que se "puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida de que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto." En tal sentido, la aplicación de este principio interpretativo puede incidir en la decisión de este Tribunal en el presente test de igualdad.

123.En el numeral 2) del artículo 1º del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación", se establece que

"(...) las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación."

Así pues, la exigencia del requisito de pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar Policial para desempeñarse como magistrado del FMP, constituye una calificación exigida por la Ley N.º 29182 para el ejercicio de esta función, por lo cual no constituye necesariamente una medida discriminatoria.

Teniendo claro lo anterior, compete a este Colegiado analizar si tal requisito es indispensable y si por ello no existe una alternativa que cuente con la misma idoneidad.

124.El Tribunal Supremo del Canadá, en el caso Michel Généreux contra la Reina (que ha sido citado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) compartió la opinión sobre lo indispensable que resulta la condición de oficial del cuerpo jurídico militar de los jueces de la jurisdicción militar:

"Una fuerza principal del actual sistema judicial militar descansa en el empleo de oficiales militares entrenados, que son también oficiales jurídicos, para situarlos en las cortes marciales en funciones judiciales. Si esta conexión fuera cortada, (...), la ventaja de independencia del juez que así podría ser alcanzada sería más que compensada por la desventaja de la pérdida eventual del juez del conocimiento militar y la experiencia que hoy le ayuda a cumplir sus responsabilidades con eficacia. Ni las fuerzas ni el acusado se beneficiarían de tal separación." (Subrayado agregado).

125.En la misma línea, la Corte Constitucional de Colombia señaló que el requisito de la condición de oficial del Cuerpo Jurídico Militar para acceder al cargo de magistrado militar en la justicia penal militar, no

quebrantaba el principio-derecho a la igualdad, ni los derechos de acceso a la función pública y al trabajo:

"Corresponde en esta oportunidad a la Corte decidir si, tal como lo sostiene el demandante, el requisito de ostentar el grado de oficial de la Fuerza Pública para acceder al cargo de Juez de Primera Instancia en la Justicia Penal Militar, quebranta el principio de igualdad constitucional frente a quienes no tuvieren tal distinción, pese a ser intelectual y moralmente aptos para ocupar dicho cargo (...).

Esta Corte reitera sobre dicho particular, que la consagrada en la Carta Política de 1991, no es una igualdad despótica, resultado de conceder un trato idéntico a todos sin consideración a las diferencias que los distinguen y determinan. Como lo ha dicho este Tribunal, el legislador puede regular de manera diferente, situaciones de hecho disímiles, pues es de la esencia de la justicia dar a cada cual lo que le corresponde de acuerdo con su condición. Por ello, la Corte ha aplicado el denominado "test de igualdad", que no es otro que un análisis destinado a definir si el dispositivo normativo acusado i) persigue un objetivo con el trato diferente, ii) si ese objetivo es válido y, finalmente, iii) si el trato diferencial es razonable.

De los antecedentes de esta sentencia se deduce, sin mayor esfuerzo, que el requisito contenido en las normas acusadas sortea con éxito el test de igualdad, pues: i) el trato diferencial efectivamente persigue un objetivo claro, cual es el de establecer requisitos especiales para el acceso a determinados cargos dentro de la Jurisdicción Penal Militar; ii) dichos requisitos son válidos, porque persiguen un fin acorde con los principios constitucionales, que es el de garantizar que quienes ocupen los cargos de la referencia, sean individuos de comprobada preparación intelectual y moral necesaria para hacer efectivos los principios básicos de la administración de justicia (arts. 228, 229 y 230 C.P), la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo (artículo 2º C.P). Finalmente, iii) son proporcionales porque las funciones que se asignan a los miembros del cuerpo especializado de la Justicia Penal Militar, están en armonía con la preparación que se exige a los oficiales de la Fuerza Pública, quienes, como se dijo anteriormente, deben ostentar título de abogado. (...)

Además de lo anterior, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación", señala en su artículo 1º, numeral 2º que "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación"; de lo cual se deduce que las normas atacadas tampoco vulneran el derecho al trabajo (artículo 25 C.P) por vía de quebrantar el derecho a la igualdad, como sostiene el demandante.

Por esa misma razón, las normas acusadas no violan el artículo 26 de la Carta, que consagra el derecho a escoger libremente profesión u oficio, pues es visto que según la norma constitucional, la Ley podrá exigir títulos de idoneidad cuando considere razonable que éstos son indispensables para el ejercicio de la profesión de que se trata; así como tampoco existe quebrantamiento del artículo 40 constitucional, que establece el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso a funciones y cargos públicos, pues es criterio reiterado que también en estos casos, el legislador puede establecer regulaciones que considere necesario para acreditar la idoneidad de sus titulares.

(...)

Sería absurdo suponer que el constituyente, sin criterio alguno ni consideración a la preparación académica o militar del aspirante, concedió la posibilidad de aplicar justicia a todos (...) pues ello sí estaría en abierta desproporción con los fines de la administración de justicia e iría en detrimento de la responsabilidad implícita a dicha función pública.

(...)

A este respecto, es pertinente citar lo dicho por la Corte Constitucional en oportunidad pasada:

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que una de las razones por las cuales se estableció una jurisdicción penal especial conformada por miembros de la Fuerza Pública, es la que además del criterio jurídico que exigen las decisiones judiciales, esos jueces y magistrados tengan conocimiento de la estructura, procedimientos y demás circunstancias propias de la organización armada, de suyo complejas y que justifican evidentemente la especificidad de esa justicia. (Sentencia C-473/99) (...)" (Subrayado agregado) [CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en elExpediente N.º 676/01].

126.Como se puede apreciar, la jurisprudencia comparada considera que el requisito de pertenecer a un Cuerpo Jurídico Militar para desempeñarse como magistrado de la jurisdicción militar, no es contrario al principio derecho a la igualdad, ni al derecho de acceso a la función pública ni al derecho al trabajo.

127.El Tribunal Constitucional comparte la opinión respecto a que, atendiendo a que la jurisdicción militar tiene como fin juzgar los delitos de función, los cuales están conectados directamente con las funciones constitucionales y legales de los institutos armados, el magistrado de esta jurisdicción, además de poseer un conocimiento teórico sobre dichas funciones, necesita también un conocimiento fáctico.

La razón de que la Constitución haya previsto una jurisdicción excepcional para la sanción de los delitos de función obedece a que estos delitos deben ser sancionados en forma eficaz y adecuada por sujetos que, en razón de su especial condición de militar o policía, conocen de los imperativos de la vida castrense y de las funciones, estructura, procedimientos y valores propios y particulares de los institutos castrenses.

En efecto, si cualquier persona pudiera desempeñarse como magistrado de la jurisdicción militar, entonces, carecería de sentido la existencia de ésta, pues bastaría con asignar sus funciones a la jurisdicción ordinaria. Resulta claro que este panorama no armoniza con la ratio de la excepción que la Constitución hace a favor de la jurisdicción militar.

128.Asimismo, este Colegiado observa que la prohibición de que en la jurisdicción militar no se juzgue a civiles, tiene como fin asegurar que los civiles no sean objeto de

incriminación, juicio ni sanción por parte de militares, que son quienes integran la justicia penal militar. Si los encargados de administrar justicia penal militar fuesen civiles, entonces carecería de sentido tal prohibición.

129.Sobre este particular, el Tribunal Supremo del Canadá señala lo siguiente:
"El objetivo de un sistema separado de tribunales militares es permitir que las Fuerzas Armadas traten con los asuntos que pertenecen directamente a la disciplina, la eficacia y la moral de los militares. La seguridad y el bienestar de canadienses dependen bastante de la buena voluntad y la preparación de una fuerza de hombres y mujeres para defender contra amenazas a la seguridad nacional. Para mantener las Fuerzas Armadas en un estado de preparación, los militares deben estar en una posición para hacer cumplir la disciplina interna con eficacia y de manera eficiente. Las violaciones de disciplina militar deben ser tratadas rápidamente y, con frecuencia, castigadas con mayor severidad que sería en el caso de un civil que participa en tal conducta. Por consiguiente, los militares tienen su propio Código de Disciplina de Servicio que les permite satisfacer sus necesidades particulares disciplinarias. Además, han dado a tribunales de servicio especiales, más bien que a los tribunales ordinarios, la jurisdicción para castigar las violaciones del Código de Disciplina de Servicio.El recurso a los tribunales ordinarios criminales, por regla general, sería inadecuado para servir las necesidades particulares disciplinarias de los militares." [subrayado agregado].

130.En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que "la Justicia Penal Militar constituye una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria. Este tratamiento particular, que se despliega tanto a nivel sustancial como procedimental, encuentra justificación en el hecho de que las conductas ilícitas sometidas a su consideración están estrechamente vinculadas con el manejo de la fuerza; y a que los sujetos activos que incurren en ellas están subordinados a reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil, todo lo cual marca una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria." (Subrayado agregado) [CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente C-676/01].

131.El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que "la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros [del Convenio Europeo]" [TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Morris contra el Reino Unido, parágrafos 58 y 59].

132.La Ley N.° 29182 exige un alto grado de especialización para el desempeño de las funciones judicial y fiscal en el FMP. Así, pues para ocupar el puesto de Juez o Fiscal se requiere el grado de teniente coronel o comandante (artículo 19°), lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 13 años; para el puesto de Vocal Superior o Fiscal Superior se requiere el grado de coronel o capitán de navío (artículo 15°), lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 20 años; y para el puesto de Vocal Supremo o Fiscal Supremo se exige el grado de general-almirante (artículo 9°), lo que implica una formación jurídica militar o policial mínima de 25 años. (Cfr. Ley N.° 29404, Ley N.° 29108 y Ley N.° 28359). Resulta claro que este alto grado de especialización no lo posee cualquier persona, sino sólo aquellas que ocupan dichos grados militares o policiales, los cuales son el resultado de un complejo proceso selectivo en el que los grados se otorgan en razón de parámetros objetivos y del nivel de idoneidad demostrada, esto es, de acuerdo con los estudios realizados y con la experiencia que se tenga al interior de la institución, así como con la capacidad intelectual y con la aptitud sicológica de asumir las responsabilidades que corresponden al grado respectivo.
En consecuencia, teniendo en cuenta el objetivo y la finalidad que persigue la medida legislativa cuestionada, ésta supera el quinto paso del test de igualdad.

f. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

133. En cuanto al sexto paso (examen de proporcionalidad en sentido estricto), corresponde a este Colegiado verificar si la realización del fin perseguido, el cual es garantizar la optimización y la eficacia de la función jurisdiccional y fiscal en el FMP, velar por que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente, cumplan a cabalidad con sus funciones constitucionales de defensa, seguridad y preservación del orden interno de la nación, y coadyuvar a la vigencia de los derechos fundamentales de los procesado en la jurisdicción militar, es proporcional a la medida adoptada de exigir la pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar Policial para desempeñarse como juez o fiscal del FMP.

134.Respecto a este principio, debe advertirse que en el caso de autos la intensidad o grado de intervención en la igualdad es grave (la diferenciación incide en el principio derecho a la igualdad, en el derecho de acceso a la función pública y en el derecho al trabajo). Si bien se ha intervenido legislativamente a través del establecimiento de un requisito especial para el desempeño de las funciones judicial y fiscal en el FMP, no es menos cierto que el grado de optimización del fin constitucional, el cual permite que el Estado cumpla con su deber constitucional de "defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general", de acuerdo a lo que establece el artículo 44° de la Constitución, es, sin duda, superior. Por tanto, este Colegiado considera que se ha superado el análisis de proporcionalidad stricto sensu.

135.Al respecto, resulta necesario señalar que en virtud del fin constitucionalmente legítimo que persigue la Ley N.° 29182, que permite que el Estado cumpla con su deber constitucional de defensa de la soberanía y seguridad de la población, cabe delimitar el ejercicio de

derechos para compatibilizar los objetivos eminentemente sociales de este fin constitucional con los de los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Al respecto, en anterior jurisprudencia se ha precisado que: "15. (...) En el Estado Social de Derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en torno de la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna en torno del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.
16. Cabe precisar que cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que bajo determinadas circunstancias los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los de los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad." (Subrayado agregado) [Expediente 5287-2005-PHC/TC, fundamento 15.]

136.Como consecuencia de la aplicación del test de igualdad, este Colegiado ha advertido que se trata de una medida legislativa diferenciadora mas no discriminadora, y que por tanto no vulnera elprincipio-derecho a la igualdad. Por esta razón, no corresponde declarar la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo V del Título Preliminar ni de los artículos 9°, 10°, 19°, 22° y 38° de la Ley N.° 29182.
Para el Tribunal Constitucional, la previsión de dichos artículos no resulta inconstitucional, puesto que al ser el FMP una jurisdicción excepcional, resulta lógico que la experiencia y capacitación de quienes van a desarrollar labores jurisdiccionales en dicha instancia tengan competencia profesional en relación a los hechos que son materia de juzgamiento. Esta previsión en modo alguno puede considerarse atentatoria al principio-derecho a la igualdad, toda vez que existe un trato diferenciado, justificado por las diferentes funciones que realiza el FMP así como por su excepcionalidad, como ha quedado expuesto precedentemente.

§8. LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A UN CARGO EN EL FMP O PARA EL ASCENSO DENTRO DEL MISMO

137.También advierte el Tribunal Constitucional que diversos dispositivos de la ley impugnada se sustentan en los grados correspondientes a diversos grados de los oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional en actividad.

138.Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos anteriores, para el Tribunal Constitucional, dado que el FMP es un fuero limitado (en cuanto a sus competencias y funciones) y encontrándose garantizada su autonomía, el hecho que se encuentre organizado en base al grado militar o policial, tanto para el ingreso a él como para la progresión en la carrera, no puede reputarse como inconstitucional; en todo caso, el resultado de su desempeño, en caso contravenga derechos fundamentales, puede ser materia de revisión en sede constitucional, como ha ocurrido en otros casos.

139.En consecuencia, no son inconstitucionales los artículo VI del Título Preliminar, 9°, 15°, 19°, 22° inciso c), ni 27° de la Ley N.° 29182.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del artículo 4° de la Ley N.° 29182, conforme a lo señalado en los fundamentos 5 y 6 de la presente sentencia.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 39° de la Ley N.° 29182, siempre que se entienda que el cambio de colocación se efectúa sólo a solicitud del interesado,salvo las necesidades del servicio, lo que debe interpretarse restrictivamente de manera que el "servicio" a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional, y "las necesidades" solo deben estar enmarcadas en los regímenes de excepción y en las zonas geográficas involucradas en él (fundamentos 58 al 60 de la presente sentencia).
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto a los demás artículos impugnados de la Ley N.° 29182.
3. **EXHORTAR** al Tribunal Supremo Militar Policial para que en un plazo de seis meses apruebe el Reglamento de ascenso en grado de los oficiales del Fuero Militar Policial (fundamento 70 de la presente sentencia).

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 00001-2009-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra los artículos V primer párrafo, 10°, 13° inciso 2), 15° segundo párrafo, 19°, segundo párrafo, 21°, 22°, segundo párrafo, 23°, 24°, 25°, inciso 1) al 5), 30°, 33° , 35°, 38°, 39°, 56°, primer párrafo, la Cuarta Disposición Transitoria, y en conexión con el artículo 39°, todos dispositivos de

la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, puesto que con dichos dispositivos se vulneran derechos y principios constitucionales.

2. En el presente caso si bien concuerdo con la sentencia traída a mi Despacho en cuanto al fondo, también considero pertinente recordar que mi posición reiterada de oposición a incluir en la facultad extraordinaria del artículo 203° de la Constitución Política del Perú para la interposición de demandas de inconstitucionalidad interpuestas por cualquier Colegio de Abogados del Perú debiera ser desestimada. Empero es de advertirse que contra mi posición la mayoría del Pleno admitió la demanda a tramite, razón por la que me permito hacer este razonamiento.

3. Los Colegio de Abogados con representación sectorial –Colegio de Abogados de Lima– interpone demanda de inconstitucionalidad, debiendo por ende expresar coherentemente mi posición respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de estos colegios profesionales con representación sectorial. En anterior jurisprudencia he señalado que es necesario analizar la especialidad requerida en el numeral 7 del artículo 203 de la vigente Constitución Política del Perú para poder apreciar que estamos en un caso de legitimidad para obrar activa extraordinariamente contemplada por la citada norma constitucional. Este es precisamente el motivo por el que consideré que se debería declarar improcedente la demanda planteada por el colegio demandante, habiendo quedado mi posición como singular. Es en atención a ello que ahora llega a mi Despacho la sentencia en mayoría que se pronuncia sobre el fondo de la controversia, debiendo, y pese a que aún considero que no debió de admitirse la demanda por la falta de legitimidad del Colegio demandante, emitir un pronunciamiento fondal.

4. Así encontramos de los actuados la solicitud de la Defensoría del Pueblo que dice tener la calidad de amicus curiae, solicitud que fue declarada procedente por este Colegiado; no obstante lo expuesto considero necesario señalar que la institución del amicus curiae –regulado en el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional–norma que establece que el "Pleno o las Salas pueden solicitar (...) información del los amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados.", permite al Juez Constitucional solicitar información calificada en relación a un tema especifico, si fuera el caso, que le otorgan mejores posibilidades para resolver el conflicto presentado a su decisión en sede constitucional, es decir en la mejor forma para satisfacer los intereses de la justicia por la dificultad o especialidad de determinada materia, solicitud de información que asemeja a la institución de la pericia. Por ello es oportuno precisar que no toda intervención o petición de una entidad u organismo ajeno al proceso, utilizando la denominación de amicus curiae, pueda ser considerada como tal y menos admitirse en el proceso, sin ser parte ya que la intervención de este convidado está supeditada al pedido del juez que considere que el tema es de interés público en el que se hace necesario el requerimiento de especialidad para una mejor decisión. Por tanto esta intervención de ninguna manera hace que el auto-denominado amicus curiae lleve al juzgador a tener que a éste como si fuera parte del proceso siendo, como queda dicho, un tercero ajeno a él. Si esto es así, esta persona, natural o jurídica, ha de tener una única intervención que comienza y finaliza con la entrega de la información que le es requerida. En tal sentido creo yo que este Colegiado, en adelante, debe limitar la intervención de todo tercero no autorizado que de motu propio, suele presentarse aquí. La aceptación de la solicitud para dicha intervención debe ser pues recortada para cuando el tema en discusión sea de interés público, de incidencia colectiva y/o cuando la materia analizada requiera de especiales conocimientos que permitan a un ente o persona especializado brindar su aporte generoso en obsequio a la justicia.

5. También encontramos que el denominado Fuero Militar Policial solicitó la intervención dentro del proceso de inconstitucionalidad en calidad de partícipe, siendo declarado finalmente también procedente dicho pedido. Ante ello considero necesario señalar que no existe normatividad alguna que regule la figura del "partícipe", el que se traduce conceptualmente como aquella persona que tiene participación en un proceso, lo que significa que toda persona que interviene en un proceso es un partícipe (demandante, demandado, litisconsorte, etc), significando el pedido que este colegiado tendría que crear –extra lege- una figura procesal inexistente en la ley quedando el proceso de inconstitucionalidad como un campo abierto para todo quien desee apersonarse. El control concentrado exclusivo del Tribunal Constitucional permite a éste en proceso de puro derecho, realizar la interpretación de una ley en confrontación con la Constitución Política del Perú y el derecho constitucional en general para hacer la declaración pertinente, lo que significa que los hechos los aporta el demandante, por lo que no puede intervenir cualquier otra persona en dicho proceso para agregar hechos nuevos en cualquier momento, no estando legitimada. Cuando al Tribunal hace lugar a la pretensión expulsa del sistema jurídico a la norma cuestionada. No hay hechos que probar y por tanto los que participan ("participes") en este proceso son solo los que resultan extraordinariamente llamados por la ley o la Constitución (ley de leyes) y, en su caso, extraordinariamente, también el que gestó la norma cuestionada.

6. Este Colegiado en virtud de lo que denomina "autonomía procesal" ha venido aceptando y creando este tipo de figuras procesales, atípicas, sin tener presente que dicho concepto no está concebido para que los órganos constitucionales puedan crear nuevas normas en el proceso, al extremo de su desnaturalización ya que existen pilares fundamentales del proceso que lo dotan de garantías y que, en este caso, impiden la conversión para tenerlo en suerte de pila bendita en la que cualquiera puede meter la mano. De recurrirse pues a dicha figura de autonomía procesal y crear así la versión del "partícipe" me parece no sólo un exceso

sino el rompimiento del orden procesal básico para la defensa efectiva de los derechos fundamentales de la persona humana.

7. Por tanto considero necesario limitar la intervención de personas ajenas a todo proceso constitucional, ya que no puede –bajo cualquier denominación– un tercero al proceso intervenir en busca de sus intereses particularísimos, puesto que ello constituiría la desnaturalización del proceso mismo, perdiendo el orden natural y transgrediendo principios básicos que son el sostén de todo proceso. Entonces si bien este Colegiado ha estado permitiendo ingerencias de terceros, esto debe ser controlado y limitado, de manera que mañana no termine un proceso iniciado por "a" con un participe ajeno a todo interes, o como en ciertos casos finalice el proceso con un amicus curiae sin demandante, situación extrema que realmente sería aberrante.

8. Por tanto conforme lo he expresado en el fundamento 2 del presente voto concuerdo con la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad.

Por tanto mi voto es porque la demanda de inconstitucionalidad sea declarada INFUNDADA.

Ss.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00001-2009-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

A través del presente fundamento de voto, debo de expresar la siguiente atingencia que no es en rigor una discrepancia. Al no haber participado en causas anteriores en las que, en sede del Tribunal Constitucional, con composición distinta a la presente, se han debatido tan importantes materias que ahora se someten a revisión (tal como ya lo advertí en mi fundamento de voto recaído en el exp. 00005-2005-PI/TC) no me compete expresar las razones por las cuales cambio de posición; razones —las explicadas por mis colegas— que, por cierto, en mi consideración son altamente atendibles y justificadas.

S.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 00001-2009-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Con el debido respeto por las consideraciones expresadas por mis colegas, estimo que la presente demanda debe ser declarada FUNDADA en parte por los siguientes argumentos:

1. No está en duda, como lo demostraré, que con el paso del tiempo puedan formularse nuevas tesis interpretativas que puedan generar un cambio de jurisprudencia respecto de determinados extremos de una problemática tan amplia como la constitucionalización de la justicia militar, pero de allí a desaparecer todos los niveles de control constitucional sobre la justicia militar, no hace sino convertirla en una isla dentro del ordenamiento jurídico; lo cual, además, resulta incoherente con la línea jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional y con otras sentencias de este Colegiado que mediante el control difuso ya han declarado inconstitucional tanto la aquí cuestionada Ley N.º 29182 como las leyes que la precedieron.

2. Si bien la independencia judicial tiene como elemento fundamental aquel elemento de voluntad y capacidad del juez para materializar tal independencia en cada caso concreto, también requiere de mecanismos que tengan por finalidad proteger al juez para que así pueda ejercer tal independencia. Tales mecanismos, entre otros, son precisamente: a) la inamovilidad en el cargo; b) la permanencia en el cargo; c) adecuado sistema de nombramiento; y d) garantías contra presiones externas (así se desprende en parte del artículo 146º de nuestra Constitución y ha sido mejor precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, entre otros casos).

Pese a que la Ley N.º 29182, objeto de control constitucional, contiene determinados aspectos positivos (no juzgamiento de civiles, formación jurídica de los jueces), en su mayoría las disposiciones de esta ley son meramente declarativas respecto de la independencia o imparcialidad de los jueces militares, no constituyendo mecanismos efectivos para asegurar tales garantías constitucionales.

Para que lo entienda mejor el ciudadano y como ser verificará más adelante, hoy en la justicia militar:

- En cuanto a la garantía de inamovilidad: los jueces militares, todos los jueces militares, cualquiera sea la función que desempeñan, pueden ser cambiados de cargo, en cualquier momento y el tiempo que se estime pertinente (bastando sólo alegar "necesidades del servicio").
- En cuanto a la garantía de permanencia: los jueces militares, todos los jueces militares, cualquiera sea la función que desempeñan, no poseen un procedimiento disciplinario que mediante leyhaya establecido clara y concretamente, cuándo pueden ser amonestados, suspendidos o destituidos del cargo.
- En cuanto al adecuado sistema de nombramiento de los jueces militares: El Presidente de la Republica, puede a la vez: i) en tanto Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, dar las directivas necesarias para la actuación de los efectivos militares; y ii) nombrar a los jueces que vayan a juzgar a tales efectivos militares cuando a éstos se les acuse de la comisión de determinados delitos.
- En cuanto a las garantías contra presiones externas: el régimen laboral, de remuneraciones, bonificaciones o

pensiones de los jueces militares es aquel establecido por la respectiva institución castrense a la que pertenecen (Ejército, Fuerza Aérea y Marina), es decir, depende del Poder Ejecutivo (y no como debería de ser, que sea fijado autónomamente por la jurisdicción militar, que tiene autonomía económica y administrativa). Asimismo, hoy, el régimen de ascensos de los jueces militares depende de la respectiva institución castrense a la que pertenecen (Ejército, Fuerza Aérea y Marina), es decir, depende del Poder Ejecutivo.

- En suma, como se evidenciará: los jueces militares, integrantes de la jurisdicción militar, aún no cuentan con suficientes mecanismos que protejan a los justiciables y les permitan juzgar con independencia e imparcialidad. Aún están desprotegidos y vulnerables frente a la administración militar (Poder Ejecutivo).
- Adicionalmente, cabe mencionar, que conforme a la cuestionada Ley N.º 29182, existe unos órganos denominados "Fiscalías Militares Policiales", que actúan ante la jurisdicción militar y ejercen la acción penal (pueden denunciar a cualquier militar ante un juez penal militar), sin tener ningún vínculo directo o indirecto con el Ministerio Público y sin tener autorización de la Constitución para existir.

3. La jurisdicción militar debe existir, en el marco de la Constitución, pero nunca como una isla apartada de todo el sistema de garantías judiciales que otorga la Norma Fundamental a todo juez de la República.

4. Mediante las 7 sentencias sobre la jurisdicción militar que este Tribunal Constitucional dictó antes que la presente (00017-2003-AI/TC, 00023-2003-AI/TC, 00004-2006-PI/TC, 00006-2006-PI/TC, 00012-2006-PI/TC, 01605-2006-PHC/TC y 00005-2007-PI/TC), entre otras, éste órgano jurisdiccional sólo ha perseguido defender la Constitución, específicamente defender aquellas cláusulas constitucionales que establecen mecanismos para asegurar la independencia de los jueces militares, situación que en definitiva beneficiaba a los propios efectivos militares que fueran sometidos a tal jurisdicción.

5. De la decisión en mayoría que declara infundada la demanda se aprecian argumentos que desde mi punto de vista no sólo no guardan coherencia con la sólida línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el particular, sino que resultan insuficientes para justificar tanto el cambio de tal línea jurisprudencial, como el rechazo en todo de la demanda, lo que implica dejar subsistentes específicas disposiciones de la Ley N.º 29182 que resultan manifiestamente inconstitucionales tal como lo demostraré mediante suficientes argumentos. Además, la decisión en mayoría resulta incoherente con otros casos que ya declararon inconstitucional tanto la aquí cuestionada Ley N.º 29182 como otras normas que la precedieron. En efecto, en las sentencias de los Expedientes N.ºs 01605-2006-PHC/TC, 01524-2007-PHC/TC, 05567-2007-PHC/TC y 08353-2006-HC/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundadas las respectivas demandas considerando que los jueces militares que juzgaron a los efectivos demandantes no contaban con las garantías de independencia e imparcialidad o que los fiscales militares demandados no habían sido nombrados conforme a la Constitución y por lo tanto no se encontraban legitimados tanto para ejercer la acción penal. Asimismo, debe mencionarse que en la decisión en mayoría de este Tribunal Constitucional, se han hecho citas incompletas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha desnaturalizado el sentido del pronunciamiento de doctrina y jurisprudencia comparada, se ha omitido justificar el cambio de jurisprudencia en los aspectos concretos de la línea jurisprudencial antes aludida y se han adoptado decisiones inmotivadamente, a tal punto que me genera la impresión que la cuestionada Ley N.º 29182 es constitucional porque el Tribunal Constitucional (por un mero criterio de mayoría) dice que lo es y no porque así lo haya demostrado o así se desprenda de la Constitución.

6. En mi opinión, no resulta válido que el Tribunal Constitucional (en la decisión en mayoría) tenga como principal argumento para el cambio de jurisprudencia, el siguiente: "(...) frente al recrudecimiento del terrorismo aliado al narcotráfico y frente a la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza, la sociedad debe unir esfuerzos en torno al fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho, intrínsecamente capaz de cumplir objetivos con pleno respeto de los Derechos Fundamentales y los procedimientos democráticos" (fundamento 8). Con este argumento se podría justificar la constitucionalidad de cualquier ley o norma jurídica pues resulta claro que los actores políticos que dictan tales normas siempre persiguen estos fines. Y ciertamente tales fines son legítimos, pero lo que hacemos los jueces, que no somos actores políticos como el poder legislativo o el poder ejecutivo, es controlar si los medios utilizados (normas) para conseguir los aludidos fines son permitidos o conformes con el sistema constitucional o no.

7. No cabe duda de que los "nuevos tiempos" conllevan a que los órganos jurisdiccionales puedan formularse nuevas hipótesis no previstas antes en cuanto a la interpretación de la Norma Fundamental, o que la propia dinámica de la sociedad exija una nueva interpretación de determinadas disposiciones constitucionales, pero de allí a revertir todo lo avanzado en más de siete años en la constitucionalización de la justicia militar implica un accionar inestable institucionalmente y que afecta sin lugar a dudas la seguridad jurídica y la efectiva protección de los derechos fundamentales de quienes son juzgados en esta jurisdicción. Podrían haberse formulado alternativas de interpretación respecto de puntos concretos –como precisamente voy a formular–, pero de ningún modo constitucionalizar en todo una ley como la N.º 29182 que no sólo ha desconocido expresamente sentencias de este Tribunal Constitucional, sino que contiene extremos evidentemente inconstitucionales.

8. Debo dejar sentada mi posición en cuanto al rol que la seguridad jurídica, específicamente la predictibilidad de las decisiones judiciales, juega en un Estado que se precia de ser constitucional. Los jueces constitucionales, como

todo juez, tenemos el deber de ofrecer a los ciudadanos decisiones que además de estar debidamente justificadas tengan vocación de permanencia, de modo que cada ciudadano pueda conocer como actúan y actuarán los jueces cuando puedan encontrarse vinculados por las normas que éstos interpretan. Ese precisamente ha sido uno de los pilares en los que se ha fundamentado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en todo el tiempo que viene funcionando. Esa predictibilidad de sus decisiones y esa labor de defensa de los derechos fundamentales han orientado, orientan y deberán orientar todas y cada una de las decisiones de este órgano de defensa de la Constitución. La Norma Fundamental, más allá de las temporales funciones de quienes nos encontramos en alguno de los poderes del Estado u órganos constitucionales, debe prevalecer no sólo por la vinculatoriedad que le otorga el ser producto de la voluntad del pueblo materializada en un proceso constituyente sino también porque tal voluntad busca asegurar el bienestar de las futuras generaciones.

9. En el presente caso, el Decano del Colegio de Abogados de Lima, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el primer párrafo del artículo V y el artículo VI del Título Preliminar, el primer párrafo del artículo 9°, el artículo 10°, el inciso 2) del artículo 13°, el segundo párrafo del artículo 22°, los artículos 23° y 24°; los incisos 1) al 5) del artículo 25°, los artículos 30°, 33°, 35°, 38° y 39°, el primer párrafo del artículo 56° y la Cuarta Disposición Transitoria en conexión con el artículo 39°, y todas las disposiciones de la Ley N.° 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, por estimar que vulneran el principio de independencia de la función jurisdiccional, el principio de autonomía del Ministerio Público, la autonomía del Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras disposiciones constitucionales

10. De la revisión de la demanda y la contestación de la demanda, se desprende que los puntos centrales que exigen un pronunciamiento del Tribunal Constitucional son los siguientes:

- Ø El Ministerio Público de la Justicia Militar
- Ø La independencia judicial y la posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional
- Ø La independencia e imparcialidad judicial y el nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo
- Ø La independencia judicial y la movilidad de los jueces militares
- Ø La independencia e imparcialidad judicial y la dependencia de los jueces militares respecto de la administración militar.
- Ø La igualdad en el acceso a los cargos públicos y la exigencia de que "todos" los jueces provengan del Cuerpo Jurídico Militar Policial

En lo que sigue verificaremos cada uno de estos puntos, expresando las razones por las cuales determinados extremos de la cuestionada Ley N.° 29182 son inconstitucionales, pero también respecto de otros extremos de esta ley sostendremos algunas tesis interpretativas que sin desconocer la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la Justicia Militar, constituyan alternativas de solución a la ya compleja constitucionalización de esta jurisdicción.

El Ministerio Público de la Justicia Militar

11. La decisión en mayoría sostiene en el fundamento 108 que "para el Tribunal Constitucional, el órgano creado por la Ley N.° 29182 es uno distinto al creado en el artículo 159° de la Constitución, aunque su denominación sea similar. Además, esta situación no es contraria al sistema de competencias reguladas en la Constitución, dado que el nuevo órgano creado, lo ha sido dentro de la libertad otorgada al legislador ordinario", y en consecuencia, por éste y otros argumentos adicionales, declara que todas las disposiciones de la Ley N.° 29182 que crean los Órganos Fiscales Militares Policiales son constitucionales.

12. Al respecto, estimo que tal argumento carece de sustento. Si bien la Constitución ha establecido expresamente una jurisdicción militar, no ha hecho lo propio con el ámbito del Ministerio Público. Las atribuciones conferidas por la Norma Fundamental a este órgano constitucional (por ejemplo, el ejercicio de la acción penal), no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción ni la Constitución contiene artículo que pueda ser interpretado en ese sentido. Así lo ha sostenido este Colegiado en los Expedientes N.°s 00023-2003-AI/TC, FFJJ 73 y ss.; 00004-2006-PI/TC FFJJ 99 y ss.; 00006-2006-PI/TC, FFJJ 18 y ss.; entre otros.

13. Si el Poder Constituyente al elaborar la Norma Fundamental no ha previsto la existencia de un Ministerio Público que actúe ante la jurisdicción militar, el legislador no se encuentra autorizado para crearlo. Las excepciones establecidas en la Constitución no pueden interpretarse en sentido amplio sino taxativamente y restringidas al específico ámbito para el cual han sido creadas. Lo que el poder constituyente ha creado de modo excepcional es la jurisdicción militar y no un Ministerio Público Militar Policial. En el ordenamiento jurídico peruano, todo órgano fiscal que ejerza la acción penal a nombre del Estado debe formar parte del único Ministerio Público creado en la Norma Fundamental. Cosa distinta es que dentro de éste órgano constitucional se puedan generar especializaciones como la penal militar policial, la misma que debería contar con determinados requisitos especiales necesarios para el ejercicio del cargo dada la peculiar naturaleza del ámbito militar policial.

14. Por tanto, son inconstitucionales los artículos 21°, 22°, 23°, 24° y 25° de la Ley N.° 29182, así como todas aquellas disposiciones de esta ley que regulen a los denominados órganos fiscales militares policiales.

La independencia judicial y la posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional

15. En el fundamento 37 de la decisión en mayoría se sostiene lo siguiente: "(...) las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra el Perú en materia de justicia militar, no han versado sobre el juzgamiento, en la jurisdicción militar, de militares en actividad por la comisión de delitos de función. Este órgano supranacional tampoco ha denegado la posibilidad de que oficiales en actividad se desempeñen como magistrados de la jurisdicción militar (...)".

16. Sobre el particular, a efectos de aclarar lo sostenido por la decisión en mayoría, conviene presentar expresamente lo argumentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como otros organismos internacionales de derechos humanos:

Extractos de decisiones de organismos internacionales de DDHH citados por la decisión en mayoría del TC	Extractos completos de decisiones de organismos internacionales de DDHH
Corte Interamericana de Derechos Humanos: **- Caso Durand y Ugarte vs. Perú:** 117. [se cita párrafo completo] 118. [se cita párrafo completo]	Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Durand y Ugarte vs. Perú: 117. [párrafo completo] 118. [párrafo completo] 126. (...) los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial. [resaltado agregado]
Comisión Interamericana de Derechos Humanos: - Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.59 rev. 2 junio 2000: 211. (...) (...) Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo (...)	Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.59 rev. 2 junio 2000: 211. El sistema de justicia penal militar tiene ciertas características particulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. Una de ellas es que el fuero militar no puede ser considerado como un verdadero sistema judicial, ya que no forma parte del Poder Judicial sino que depende del Poder Ejecutivo. Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo, lo que los coloca en la posición de juzgar a sus compañeros de armas, tornando ilusorio el requisito de la imparcialidad, ya que los miembros del Ejército con frecuencia se sienten obligados a proteger a quienes combaten junto a ellos en un contexto difícil y peligroso. El Estado peruano en la respuesta al informe señala que de acuerdo a la Constitución peruana el fuero privativo militar es un órgano jurisdiccional que administra justicia, y "por lo tanto se puede afirmar que constituye un sistema judicial". [resaltado agregado]
212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares con pleno respeto de las garantías judiciales (...)	212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares con pleno respeto de las garantías judiciales. Sin embargo, la Comisión considera que el Estado peruano ha interpretado con excesiva amplitud el concepto de delitos cometidos en relación con el servicio militar. [resaltado agregado] 213. Así, por ejemplo, se ha denunciado que el caso del asesinato de la agente de inteligencia del Ejército Mariela Barreto, mencionado supra, e imputado a miembros de las Fuerzas Armadas, no ha sido investigado. También se ha señalado que la pena impuesta por tribunales militares en el caso de las torturas infligidas a Leonor La Rosa, no habría sido proporcional a la gravedad del delito cometido. [resaltado agregado]
214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto (...). - Posición de la Comisión expresada en la sentencia del caso Castillo Petruzzi vs. Perú:	214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto. Las violaciones a los derechos humanos deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas conforme a la ley, por los tribunales penales ordinarios. No debe permitirse la inversión de jurisdicción en esta materia, pues ello desnaturaliza las garantías judiciales, bajo un falso espejismo de eficacia de la justicia militar, con graves consecuencias institucionales, que de hecho cuestionan a los tribunales civiles y a la vigencia del Estado de Derecho. [resaltado agregado] - Posición de la Comisión expresada en la sentencia del caso Castillo Petruzzi vs. Perú:

125. Argumentos de la Comisión: a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que "ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringir[la] en todo lo posible, sino [además de] prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia" (...) e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar.	125. Argumentos de la Comisión: a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que "ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringir[la] en todo lo posible, sino [además de] prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia" (...) d) la coincidencia en las Fuerzas Armadas de las funciones de lucha antiterrorista y desempeño jurisdiccional propio del Poder Judicial, "[pone] en serias dudas la imparcialidad de los tribunales militares, que serían juez y parte en los procesos". La actuación del juez de instrucción militar, mediante la cual detuvo a los imputados, embargó sus bienes y tomó declaración a los testigos y a personas sujetas a investigación, violenta el derecho a un juez imparcial, pues las funciones de instrucción y juzgamiento se asumen y desempeñan por una misma persona, titular o componente de un determinado órgano jurisdiccional; [resaltado agregado] e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar. Si bien la Ley Orgánica de Justicia Militar establece en su título preliminar la autonomía de la función jurisdiccional, otras normas del mismo cuerpo legal establecen su dependencia del Poder Ejecutivo y la ausencia en sus cuadros de profesionales del derecho. La citada ley establece, en su artículo 23, que el Ministro del sector pertinente designa a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar. En la práctica, los jueces militares siguen estando subordinados a sus superiores y deben respetar la jerarquía militar establecida. Por estas razones, dichos tribunales no "ofrece[n] garantías de imparcialidad e independencia para los civiles, toda vez que los jueces militares actúan bajo una lógica militar y de acuerdo a sus principios" (...). [resaltado agregado]
Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Morris vs. Reino Unido: 59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar tribunales proveídos en el todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un "tribunal independiente e imparcial" a los efectos del artículo 6 1 de la Convención (...)	Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Morris vs. Reino Unido: 58. La Corte estima que es preciso recordar que para poder establecer sin un tribunal puede ser considerado "independiente" debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas y la cuestión relativa a la apariencia de independencia que presenta el colegiado. En lo que se refiere a la "imparcialidad", existen dos aspectos que deben tenerse en cuenta con relación a este requisito. En primer lugar, el tribunal debe hallarse subjetivamente libre de cualquier prejuicio o tendencia personal. En segundo lugar, debe ser imparcial también desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima al respecto (ver Findlay, citado líneas arriba). Los conceptos de independencia e imparcialidad objetiva están estrechamente vinculados y, como en Findlay, la Corte los considerará de manera conjunta en relación al presente caso. 59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar tribunales proveídos en todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia, que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un "tribunal independiente e imparcial" a los efectos del artículo 6 1 de la Convención. Por ejemplo, en Engel and Others (citado anteriormente), la Corte se encontró con que el Tribunal Supremo Militar de Holanda compuesto por dos vocales civiles de la Corte Suprema y cuatro oficiales militares constituía un tribunal. Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para garantizar su independencia e imparcialidad".

Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para garantizar su independencia e imparcialidad".	60. En Findlay (citado líneas arriba), el Tribunal consideró que las dudas del Sr. Findlay respecto a la independencia e imparcialidad de la Corte Marcial encargada de juzgar muchos de los cargos que se le habían imputado se encontraban objetivamente justificadas. La preocupación del Tribunal estuvo centrada alrededor de los múltiples roles que son ejercidos en procesos de esta naturaleza por el "oficial de la convocatoria". Este oficial jugó un papel clave en la parte acusadora, pero al mismo tiempo designó a los miembros de la Corte Marcial, los cuales se hallaban subordinados a él por cuestión de rango y se hallaban así bajo su cadena de comando. Él también tenía el poder de disolver la Corte marcial antes o durante el juicio y actuó como "oficial de ratificación" de modo tal que tanto el fallo y la pena que fueran determinados por la Corte Marcial no se reputaban como efectivos hasta que no fueran confirmados por él. El Tribunal estimó que estas fallas fundamentales no podían ser subsanadas con la presencia de garantías, tales como la participación del fiscal militar, quien no era un miembro de la Corte Marcial y cuyas opiniones ante tal corte no eran hechas públicas (...). [resaltado agregado]<

17. De la cita completa de las partes pertinentes de las decisiones de los mencionados organismos internacionales de derechos humanos, no desprende aquello que la decisión en mayoría de este Tribunal ha interpretado, sino antes bien que: a) en el caso de la Corte Interamericana, si ha existido un pronunciamiento expreso, incluso contra el Estado peruano, respecto de la incompatibilidad entre el rol de juez y la condición de oficial en actividad de las fuerzas armadas; b) en el caso de la Comisión Interamericana, de la interpretación en conjunto de las decisiones antes citadas, se desprende que el sistema de justicia militar sometido a control en su respectiva oportunidad, poseía ciertas características particulares que impedían a un tribunal independiente e imparcial y que tal sistema judicial militar no podía ser considerado como un verdadero sistema judicial pues dependía del Poder Ejecutivo, entre otros aspectos; y c) en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no es vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, resulta interesante lo afirmado en el sentido de que "para poder establecer si un tribunal puede ser considerado independiente debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas y la cuestión relativa a la apariencia de independencia que presenta el colegiado", requisitos que como ya lo han reflejado la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no reunían los modelos anteriores de justicia militar peruana y que como vamos viendo tampoco asegura del todo el actual modelo objeto de control.

18. Por tanto, mientras subsistan además determinados niveles de dependencia de la jurisdicción militar respecto del Poder Ejecutivo (que establece el régimen laboral, pensionario y de bonificaciones de los jueces militares, artículo 56º de la Ley N.º 29182), deben declararse inconstitucionales las disposiciones de la Ley N.º 29182 conforme a las cuales se establece que los tribunales militares se encuentran integrados por oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas.

La independencia e imparcialidad judicial y el nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo

19. En el fundamento 54 de la decisión en mayoría, se sostiene que el sistema de nombramiento de los jueces militares no es incompatible con los principios de independencia e imparcialidad judicial. De este modo "(...) el sistema de nombramiento adoptado por la Ley N.º 29182 guarda estricta observancia con lo establecido por los organismos internacionales antes mencionados, así como por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. El tema referido a la elección de dichos magistrados es coherente y lógico. Su aplicación no está, de modo alguno, sujeta a aspectos subjetivos. El orden de méritos exigido, así como la capacidad profesional de dichas personas está presente en todo proceso de elección".

20. En cuanto a este extremo, cabe precisar que si bien determinados mecanismos como la evaluación de la capacidad profesional, el orden de méritos o el concurso público, coadyuvan en la mejor evaluación de los candidatos a jueces militares, no resultan suficientes a fin de garantizar un adecuado sistema de nombramiento de los jueces militares. El único sentido en el que se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es en el caso Castillo Petruzzi, citado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 00023-2003-AI/TC:

(...) de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones a sus inferiores. Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares (párrafo N.° 130). [resaltado agregado]

21. Por tanto, si se verifica que el Presidente de la Republica, puede a la vez: i) en tanto Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (artículo 167º, Const.) y Director del sistema de defensa nacional (artículo 164º, Const.), dar las directivas generales necesarias para la actuación de los efectivos militares, por ejemplo, en el Valle de los ríos Apurímac y Ene (VRAE); y ii) nombrar a

los jueces que vayan a juzgar a tales efectivos militares cuando a éstos se les pudiera acusar de la comisión de determinados delitos en la zona del VRAE; no se aprecia en qué medida los jueces militares puedan ser independientes e imparciales.

22. A lo expuesto debe agregarse que la Constitución no ha establecido en ningún extremo que la competencia para nombrar a los magistrados del Tribunal Supremo Militar Policial se encuentre a cargo del Presidente de la República. Asimismo, con relación al argumento de que no se afecta la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional por el hecho de ser nombrados por el Poder Legislativo, debe mencionarse que tal equiparación carece de sustento pues en el caso del sistema de nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional, una vez que éstos son nombrados por el Parlamento no guardan ningún nivel de dependencia formal respecto de quienes los nombraron. En cambio, en el caso del sistema de nombramiento de los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial, conforme se desprende la Ley N.º 29182, una vez que éstos son nombrados por el Presidente de la República y durante toda la carrera judicial militar continúan dependiendo de cada instituto armado (Ejército, Marina, Aviación), es decir, del Poder Ejecutivo, ya sea para el pago de sus remuneraciones, bonificaciones o pensiones, según su grado y nivel correspondiente (artículo 56º), y en el caso de los jueces militares de inferior jerarquía a aquellos que forman parte del Tribunal Supremo Militar Policial, sigue existiendo la dependencia al Poder Ejecutivo, en la medida que el régimen de ascensos de tales jueces depende de cada instituto armado (Ejército, Marina, Aviación), tal como observa en los artículos 39º y Cuarta Disposición Transitoria.

23. Por tanto, estimo que debe declararse inconstitucional el artículo 10º de la Ley N.º 29182 en el extremo siguiente: "Los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena".

La independencia judicial y la movilidad de los jueces militares

24. En los fundamentos 58 a 60 la decisión en mayoría, sostiene lo siguiente: "58. (...) la inamovilidad en el cargo no descarta que un juez sea cambiado de colocación por razones justificadas. Por ello, el supuesto de cambio de colocación de vocales, jueces y fiscales del FMP [Fuero Militar Policial] no entraña un vicio de inconstitucionalidad, en la medida de que se entienda que dicho cambio se efectúa sólo a solicitud del interesado, salvo las necesidades del servicio lo que debe interpretarse restrictivamente de manera que el "servicio" a que se hace mención corresponde sólo al relativo a la función jurisdiccional y, "las necesidades" solo deben de estar enmarcadas en los regímenes de excepción y en las zonas geográficas involucradas en él. Señalar lo contrario, esto es, hablar de una necesidad de índole militar y/o policial, constituiría un grave error (...) 60. En el tema referido al mal uso que se pudiera hacer del artículo 39º de la Ley N.º 29182, esto no es motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pues –como hemos señalado en anterior jurisprudencia– "el mal uso que se de a una norma jurídica, no convierte a la misma en inconstitucional, sino antes bien, a quienes la tuerzan o envilezcan en reos de abuso de autoridad y lesa Constitución [fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 005-99-AI/TC, emitida el 19 de marzo de 2001]".

25. Sobre el particular, respetando las consideraciones expresadas por mis colegas, estimo que la tesis interpretativa formulada respecto del segundo párrafo del artículo 39º y artículo 13º inciso 1) de la Ley N.º 29182 son inconstitucionales en los extremos que permiten que el Tribunal Supremo Militar Policial decida discrecionalmente la movilidad de los jueces militares, basándose tan sólo en las "necesidades del servicio". Como lo sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 00004-2006-PI/TC, respecto de la garantía de inamovilidad:
(...) Por otra parte, en lo que se refiere al supuesto contemplado en el artículo 137º, inciso 1), de la Constitución, no es ajeno a este Colegiado el hecho de que existen determinadas zonas geográficas del país que han sido declaradas en Estado de Emergencia debido a que sufren graves perturbaciones de la paz y del orden interno, lo cual evidentemente exige la movilidad de las respectivas autoridades judiciales militares. Sin embargo, este hecho no justifica la existencia de disposiciones que permitan que la totalidad de órganos de la jurisdicción militar puedan ser objeto de traslado, reducción o supresión a petición del Poder Ejecutivo. A efectos de tutelar la independencia e imparcialidad de los jueces militares y evitar que puedan ser sometidos a algún tipo de presión o interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, a ellos se les debe garantizar la inamovilidad en sus cargos. Si bien la declaratoria de un Estado de Emergencia puede plantear que, excepcionalmente, una autoridad judicial militar pueda trasladarse a un punto geográfico que se encuentre dentro de su circunscripción respectiva (...) ello no autoriza a que disposiciones como las aquí cuestionadas permitan que "todos" los órganos de la jurisdicción militar puedan trasladarse, reducirse o suprimirse (...).

26. Por tanto, el segundo párrafo del artículo 39º y artículo 13º inciso 1) de la Ley N.º 29182, son inconstitucionales en los extremos que permiten que el Tribunal Supremo Militar Policial decida discrecionalmente la movilidad de los jueces militares por vulnerar la garantía de inamovilidad judicial.

La independencia e imparcialidad judicial y la dependencia de los jueces militares respecto de la administración militar

¿Está asegurada la garantía de permanencia en el cargo de los jueces militares? ¿Existe protección contra separaciones forzosas?

27. En el fundamento 64 de la decisión en mayoría se sostiene lo siguiente: "(...) el artículo 29º de la Ley N.º 29182 sería acorde con estos Principios Básicos [de las

Naciones Unidas, relativos a la Independencia de la Judicatura], por lo que resulta que los jueces del Fuero Militar están protegidos contra posibles separaciones forzosas que puedan interferir con el desempeño de sus funciones jurisdiccionales".

28. Al respecto, cabe mencionar que el aludido artículo 29° de la Ley N.° 29182 establece que "El término de la función jurisdiccional o fiscal, en el Fuero Militar Policial, se produce por las siguientes causas: a) muerte; b) renuncia al cargo; c) cese por límite de edad; d) destitución o separación definitiva del cargo por medida disciplinaria; e) incompatibilidad sobreviviente; f) impedimento físico o mental permanente, acreditado y declarado por la autoridad competente; y g) otras que señale la Ley (...)". [resaltado agregado]

29. De la revisión de la Ley N.° 29182 no se aprecian disposiciones que establezcan un procedimiento disciplinario que mediante ley haya establecido clara y concretamente, cuándo y cómo los jueces militares pueden ser amonestados, suspendidos o destituidos del cargo. Esto lo afirmamos por lo siguiente:

- En el artículo 33° de la Ley N.° 29182 se establece que "El Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial es el encargado de fiscalizar la conducta funcional y la idoneidad de los Vocales, Jueces, Fiscales y auxiliares del Fuero Militar Policial, y de aplicar las sanciones disciplinarias correspondientes conforme a su Reglamento Interno. Este será aprobado por Resolución del Pleno del Tribunal Supremo Militar Policial". [resaltado agregado]

- Dos artículos después, en el artículo 35°, se prevé que "Las faltas en que incurren los funcionarios, en el ejercicio de la función jurisdiccional y fiscal, son tipificadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Son sancionadas disciplinariamente por el Órgano de Control de la Magistratura Policial Militar. Se aplican previa denuncia y debido proceso investigatorio".
- De la revisión de ambas disposiciones se desprende la existencia de inconsistencias y defectos entre ambas disposiciones. En efecto, existen inconsistencias entre los artículos 33° y 35°, además de notorios defectos en la medida que conforme al primero las sanciones disciplinarias deben aplicarse conforme a un reglamento interno (administrativo y de rango infralegal), y conforme al segundo, las faltas sancionables son aquellas tipificadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (hoy Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial). ¿Cuál debe aplicarse?, para amonestar, suspender o destituir a un juez militar ¿se debe esperar a que se expida una norma de rango infralegal que así lo reglamente o debe aplicarse la ley de la carrera judicial? ¿se podrá aplicar la ley de la carrera judicial a los fiscales militares? ¿se podrá sancionar a juez militar por "Desacatar las disposiciones contenidas en reglamentos, acuerdos y resoluciones que dicte la Corte Suprema de Justicia en materia jurisdiccional", conforme lo establece el artículo 47.8 de la ley de la carrera judicial? ¿se podrá sancionar a juez militar por no justificar documentalmente, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, los signos exteriores de riqueza que evidencien, previo requerimiento del órgano de control y teniendo en cuenta que los signos exteriores de riqueza se aprecian con relación a la declaración jurada de bienes y rentas efectuada anualmente" conforme lo establece el artículo 48.6 de la ley de la carrera judicial? ¿mediante qué procedimiento se podrá sancionar a un juez militar que desempeñe otros empleos o cargos públicos remunerados o preste cualquier clase se servicios profesionales remunerados, salvo el tema de docencia?
- Una de las respuestas a esta interrogantes es que la Ley N.° 29182 no ha previsto legalmente un procedimiento para aplicar sanciones, no pudiendo delegarse a un reglamento administrativo tales previsiones. La garantía de contar con una ley que constituya un Estatuto Jurídico Básico del Juez Militar, es que mediante éste se asegurará la unidad funcional del sistema judicial militar, la independencia judicial y el trato igualitario a los jueces que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía, así como se asegurará respecto del juez militar, de modo claro y concreto, los tipos de faltas que éste puede cometer, el régimen de sanciones, la proporcionalidad entre tipos de faltas y sanciones, así como el respectivo procedimiento disciplinario, cuando se produce la suspensión preventiva del cargo, los plazos de caducidad del pedido de queja o de prescripción para iniciar investigación, y finalmente, los respectivos órganos competentes para aplicar las sanciones.
- De la revisión de la Ley N.° 29182 resulta incuestionable que no contiene todos los puntos antes mencionados. La Ley N.° 29182, que debería de constituirse en el Estatuto Jurídico Básico del Juez Militar, ha regulado inconstitucionalmente los artículos 33° y 35°, sobre el órgano de control de la magistratura militar policial, lo que evidentemente vulnera la garantía de permanencia en el cargo y consecuentemente los principios de independencia e imparcialidad, toda vez que los jueces militares pueden ser amonestados, suspendidos o destituidos del cargo sin un procedimiento disciplinario que de modo claro y concreto establezca los tipos de faltas a aplicarse a su específica función, los respectivos plazos, la proporcionalidad entre tipos de faltas y sanciones, entre otros.
- Por tanto, debe declararse inconstitucional el extremo "conforme a su Reglamento Interno" del artículo 33° de la Ley N.° 29182 por afectar la independencia e imparcialidad judicial.

¿Tiene asegurado el juez militar la no dependencia y no subordinación al Poder Ejecutivo?

30. En el fundamento 66 de la decisión en mayoría se sostiene que conforme al artículo VI del Título Preliminar de la Ley N.° 29182, "la relación entre el grado militar y la función jurisdiccional, en ningún caso y bajo ninguna forma, implica dependencia o subordinación alguna para el ejercicio de la función".

31. El aludido artículo VI establece lo siguiente: "La relación entre el grado militar o policial y la función jurisdiccional o fiscal, en el Fuero Militar Policial, para quienes ejercen dicha función, se sujeta a lo establecido en la presente Ley. En ningún caso y bajo ninguna forma implica dependencia o subordinación alguna para el

ejercicio de la función".

32. Al respecto, estimo que tal disposición, una de las más importantes de la Ley N.º 29182, no resulta coherente con otras disposiciones de la misma ley. Así por ejemplo, conviene citar el artículo 56º de la misma ley: "Los oficiales que desempeñan función jurisdiccional y fiscal en el Fuero Militar Policial están sujetos al régimen laboral establecido en su respectiva institución militar o policial de origen, en la que perciben sus remuneraciones, bonificaciones o pensiones, según su grado y nivel correspondiente, de acuerdo a ley".

33. Si los principios de independencia e imparcialidad judicial exigen, entre otros aspectos, que los jueces militares posean garantías contra presiones externas, y en el específico caso de tales juzgadores, garantías contra presiones externas por ejemplo del Poder Ejecutivo, entonces el aludido artículo 56º de la Ley Nº 29182 es inconstitucional, pues hace depender a los jueces militares, para el pago de sus remuneraciones, bonificaciones o pensiones, del Poder Ejecutivo. Tales pagos deberían efectuarse por la propia jurisdicción militar, tal como se desprende del artículo 47º del mismo cuerpo normativo, conforme al cual "El Fuero Militar Policial tiene autonomía económica y administrativa. Constituye un pliego presupuestario, cuyo titular es el Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial".

34. Precisamente, para evitar tales atentados a la independencia e imparcialidad, es indispensable que los jueces militares, deban gozar de un estatuto jurídico único que le otorgue similares derechos y obligaciones (remuneraciones, beneficios sociales y asistenciales, entre otros) a quienes se encuentren en el mismo nivel y jerarquía.

¿De quienes dependen los ascensos de los jueces militares?

35. En el fundamento 67 de la decisión en mayoría se sostiene que conforme al artículo 39º de la Ley N.º 29182, el Fuero Militar Policial tiene potestad y autonomía para establecer criterios particulares que definirán los ascensos en el grado militar de su magistrados. Del mismo modo, se garantiza que el número de vacantes para el ascenso en grado de estos magistrados será determinado por el Tribunal Supremo Militar Policial".

36. El artículo 39º de la Ley N.º 29182, establece lo siguiente: "(...) El ascenso en el grado militar o policial se efectuará de acuerdo con el procedimiento establecido en las normas sobre ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, con las particularidades que serán especificadas en el reglamento que apruebe el Tribunal Supremo Militar Policial. Las vacantes serán determinadas por el Tribunal Supremo Penal Militar Policial en coordinación con las respectivas instituciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú (...)".[resaltado agregado]

37. Los extremos resaltados en el parágrafo precedente son inconstitucionales en la medida que establecen una intromisión ilegítima en el sistema de ascensos de los jueces militares. Resulta evidente que en la mencionada disposición el legislador no distingue entre jurisdicción militar y administración militar. La jurisdicción militar que comprende a los jueces militares de todos los niveles y jerarquías debe encontrarse protegida por garantías especiales (inamovilidad, permanencia, adecuado sistema de nombramiento, resguardos contra presiones externas), dentro de las que destaca nítidamente las garantías frente a presiones externas de poderes como el Ejecutivo. No se garantiza la independencia e imparcialidad de los jueces militares cuando el Poder Ejecutivo interviene de uno y otro modo en el ascenso de aquellos. Las vacantes y ascenso de los jueces militares debe estar determinado por la propia jurisdicción militar, pero de ningún modo, directamente, por el Poder Ejecutivo.

38. Por las mismas razones, es inconstitucional la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 29182, conforme a la cual "En tanto se apruebe el reglamento a que se refiere el artículo 39, se aplican las normas vigentes sobre ascensos de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú". [resaltado agregado] La igualdad en el acceso a los cargos públicos y la exigencia de que "todos" los jueces provengan del Cuerpo Jurídico Militar Policial

39. En el fundamento 136 de la decisión en mayoría se sostiene respecto de los artículos V del Título Preliminar, 9º, 10º, 19º, 22º y 38º de la Ley N.º 29182, que "la previsión de dichos artículos no resulta inconstitucional, puesto que al ser el FMP [Fuero Militar Policial] una jurisdicción excepcional, resulta lógico que la experiencia y capacitación de quienes van a desarrollar labores jurisdiccionales en dicha instancia tengan competencia profesional en relación a los hechos que van a ser materia de juzgamiento. Esta previsión en modo alguno puede considerarse atentatoria al principio-derecho de igualdad, toda vez que existe un trato diferenciado, justificado por las diferentes funciones que realiza el FMP así como la excepcionalidad del mismo, como ha quedado expuesto precedentemente".

40. El artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 29182, establece que "Los operadores del Fuero Militar Policial, Vocales, Jueces o Fiscales de todos los niveles, así como los Relatores, Secretarios de Sala o Juzgado proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial, debiendo contar obligatoriamente con formación jurídica militar o policial. La formación jurídica se acredita con el título profesional de abogado. La formación militar o policial, mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial".

Test de igualdad y los derechos a la libertad de trabajo y a la igualdad en el acceso a los cargos públicos

41. A fin de evaluar si una medida limitativa que establece la exigencia de todos los jueces militares provengan del denominado Cuerpo Jurídico Militar Policial resulta conforme con el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, es necesario someter esta medida a un test de igualdad:

42. Previamente, debe identificase el acto o medida estatal objeto de control: en este caso debe evaluarse el artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 29182, conforme al cual:
Los operadores del Fuero Militar Policial, Vocales, Jueces o Fiscales de todos los niveles, así como los Relatores, Secretarios de Sala o Juzgado proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial, debiendo contar obligatoriamente con formación jurídica militar o policial. La formación jurídica se acredita con el título profesional de abogado. La formación militar o policial, mediante constancia emitida por el órgano competente de la respectiva institución armada o policial (...).

43. En cuanto al primer paso (verificación de la diferenciación legislativa), cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por una norma de exclusión que se desprende del artículo V, según la cual no podrán desempeñarse como jueces militares (consecuencia jurídica) los abogados que teniendo formación jurídico-militar, no sean parte del Cuerpo Jurídico Militar Policial (supuesto de hecho).

44. La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación está constituida por la norma según la cual pueden ser jueces militares (consecuencia jurídica) las personas que formen parte del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar (supuesto de hecho)

45. Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las medidas legislativas cuestionadas superan este primer nivel, toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.
46. Respecto del *segundo paso* (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), cabe destacar que al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de trabajo y el de igualdad en el acceso a los cargos públicos, se verifica que la intervención legislativa tienen una intensidad grave.

47. En cuanto al *tercer paso* (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación), cabe mencionar de una interpretación teleológica de la disposición cuestionada se desprende que esta tiene como finalidad proteger la mayor efectividad de la función jurisdiccional en el ámbito de la justicia militar, fin que no resulta ilegítimo. En consecuencia, la medida legislativa cuestionada supera el tercer paso del test de igualdad.

48. En cuanto al *cuarto paso* (examen de idoneidad), es necesario mencionar que la medida legislativa diferenciadora (sólo los miembros del Cuerpo Jurídico Militar Policial pueden ser jueces militares) resulta adecuada para conseguir el fin que se pretende, como lo es el lograr la mayor efectividad de las decisiones judiciales que se adopten en la jurisdicción militar.

49. En cuanto al *quinto paso* (examen de necesidad), cabe mencionar que en el presente caso, no se verifica la existencia de otra medida estatal que resultando igualmente idónea sea menos restrictiva del derecho fundamental de igualdad en el acceso a los cargos públicos o del derecho a la libertad de trabajo, pues a efectos de resolver satisfactoriamente los casos sometidos a la jurisdicción militar se requiere un nivel de experiencia en el ámbito militar, el mismo que es proporcionado por la pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar Policial, lo que evidentemente no impide que los abogados con cuentan con alta especialización en materia penal militar y pretendan ser jueces militares, puedan ingresar a dicho Cuerpo Jurídico y de allí postular a una vacante de juez militar.

50. En cuanto al *sexto paso* (examen de proporcionalidad en sentido estricto), cabe precisar que conforme a éste se establece una relación según la cual *cuanto mayor es la intensidad de la intervención de la libertad de trabajo y el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional que se pretende con la medida estatal (resolver satisfactoriamente los casos sometidos a la jurisdicción militar)*. Si tal relación se cumple, entonces, la intervención en la libertad de trabajo y derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en tales derechos fundamentales sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional.

51. La intensidad de la intervención en la libertad de trabajo y el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos es *leve* mientras que el grado de optimización o realización del fin constitucional (resolver satisfactoriamente los casos sometidos a la jurisdicción militar) es *elevado*. Es decir, la intervención examinada resulta justificada si se tiene en cuenta el fin que pretende el artículo V del Título Preliminar de la Ley Nº 29182.

52. Por tanto, al haber superado el test de igualdad, el artículo V del Título Preliminar de la Ley Nº 29182, conforme a la cual se exige que para se juez militar debe pertenecerse necesariamente al Cuerpo Jurídico Militar Policial, resulta constitucional. Por igual razón son constitucionales aquellas otras disposiciones que establecen tal exigencia.

53. En ese sentido, salvo el extremo del artículo citado precedentemente en los que se refiere a los "fiscales" y el artículo 22º que también alude a los fiscales militares, que son inconstitucionales por no encontrarse habilitados constitucionalmente, coincido con la decisión en mayoría. Sin embargo, estimo que deben realizarse algunas precisiones interpretativas a efectos compatibilizar mejor tales disposiciones con la Norma Fundamental. En efecto, asumir que las disposiciones que establecen la exigencia de que todos los jueces militares provengan del denominado Cuerpo Jurídico Militar Policial, no implica desconocer el derecho que también tienen aquellos abogados que no formando parte de tal Cuerpo Jurídico tienen una alta especialización en derecho penal militar

maestría o doctorados en el extranjero por ejemplo), pues éstos, conforme al principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, pueden acceder a cargos judiciales en la jurisdicción militar pero para ello, deberán integrar previamente dicho Cuerpo Jurídico Militar, lo que evidentemente implica que dichos cuerpos deban contar con un sistema lo suficientemente objetivo y flexible para albergar a tales profesionales.

En suma, estimo que debe declararse **FUNDADA EN PARTE** la demanda, y en consecuencia, inconstitucionales: i) el extremo "Fiscales" del artículo V del Título Preliminar y los artículos 21º, 22º, 23º, 24º, 25º; ii) el extremo "en actividad" de los artículos III del Título Preliminar y de los artículos 9º, 15º y 19º; iii) el extremo "Los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena" del artículo 10º; iv) los extremos "sólo" y "salvo las necesidades del servicio" del segundo párrafo del artículo 39º y el extremo "adecuación" del artículo 13º.1; v) el primer párrafo del artículo 56º; vi) el extremo "conforme a su Reglamento Interno" del artículo 33º; y vii) los extremos "de acuerdo con el procedimiento establecido en las normas sobre ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú" y "en coordinación con las respectivas instituciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú" del artículo 39º, así como la Cuarta Disposición Transitoria; e **INFUNDADA** en cuanto al cuestionamiento de las siguientes disposiciones: i) artículos V del Título Preliminar (salvo el extremo fiscales), 10º, 19º y 38º; ii) los extremos "previa evaluación, concurso de méritos y mediante ternas, entre los oficiales en actividad del Cuerpo Jurídico Militar Policial" y "Son removidos por falta grave. Excepcionalmente, cuando se requiera completar el número de miembros de dicho Tribunal Supremo o de alguna de sus Salas, podrán ser nombrados oficiales en retiro del Cuerpo Jurídico Militar Policial por el período requerido" del artículo 10º; iii) el artículo VI del Título Preliminar; iv) el extremo "El Tribunal Supremo Militar Policial está conformado por diez (10) Vocales Supremos, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, con grado militar o policial de Oficial General, Almirante, o su equivalente" del artículo 9º; v) el artículo 13º inciso 2; vi) el artículo 30º, 33º (salvo el extremo "conforme a su Reglamento Interno"), y 35º; y en lo demás que contiene.

S.

LANDA ARROYO

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

Exp. N° 0679-2005-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por Santiago Enrique Martin Rivas. El caso de las Leyes de Amnistía N°s 26479 y 26492, y la cosa juzgada constitucional].

Fecha de Resolución: 2 de marzo de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de mayo de 2007

Resumen: El 25 de mayo de 2007, el Tribunal Constitucional publicó la STC 00679-2005-AA, que declara infundada la pretensión del demandante Santiago Martin Rivas, referida a dejar sin efecto las resoluciones expedidas por el Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante las cuales se anuló la resolución de archivo definitivo de la Causa Militar N°. 157-V-93 (La Cantuta) dictada al amparo de las leyes de amnistía Nros. 26479 y 26492. Al realizar el análisis del caso, el Colegiado emitió importantes precisiones en torno a la cosa juzgada constitucional y las resoluciones judiciales dictadas al amparo de leyes de amnistía. En ese sentido, expresó que el derecho a la cosa juzgada también se configura a partir de resoluciones judiciales dictadas en aplicación de una ley de amnistía, según el artículo 139°, inciso 13, de la Constitución. Sin embargo, enfatizó que para ello es preciso que la ley de amnistía no sólo debe ser válida sino también constitucionalmente legítima.

En la referida sentencia, el Tribunal estableció criterios generales de legitimidad constitucional de las leyes de amnistía, a efectos de determinar cuándo una resolución judicial dictada al amparo de aquellas configura *cosa juzgada* constitucional. Bajo esta perspectiva, sostuvo que en la medida en que la expedición de las leyes de amnistía constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, su ejercicio se encuentra sujeto a límites constitucionales. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida al titular de la política de persecución criminal del Estado y cuyo ejercicio, por tanto, debe realizarse dentro del marco de la Constitución Política del Estado.

El Tribunal señala que el artículo 102, inciso 6, de la Constitución no prevé expresamente cuáles son los límites a los que se debe sujetar el dictado de leyes de amnistía. Sin embargo, ello no significa que estos no existan, puesto que la legitimidad del ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales no se justifica de por sí, sino a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

Para el Colegiado, una ley de amnistía se encuentra sujeta tanto a límites formales como materiales. Así, una ley de amnistía sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observar los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103° de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad.

Las leyes de amnistía no pueden comprender en sus alcances a una persona o un grupo de personas en particular, con exclusión de otras que se encuentren en los mismos supuestos que motivan su expedición. No pueden fundarse en un motivo incompatible con la Constitución; tampoco pueden expedirse en oposición a las obligaciones internacionales derivadas de los

tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

El Tribunal Constitucional dejó en claro que si bien el Poder Legislativo tiene la atribución de ejercer el derecho de amnistiar, ello no significa que el Congreso pueda cobijar en las leyes de amnistía a delitos de lesa humanidad –como el secuestro, tortura y ejecución sumaria de personas, por ejemplo–; por cuanto la legitimidad de la Constitución reposa en la defensa de la persona humana y en el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado, según el artículo 1º de la Constitución.

Finamente, consideró que las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 son nulas y carecen, *ab initio*, de efectos jurídicos; en consecuencia, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos cometida por los integrantes del denominado Grupo Colina. Asimismo, afirmó que en su condición de resoluciones judiciales nulas, ellas no dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional garantizada por los artículos 102º, inciso 6, y el artículo 139º, inciso 13, de la Constitución, en la medida en que no existe conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

Temas Claves: Amnistía - Consejo Supremo de Justicia Militar - Corte Interamericana de Derechos Humanos - derecho a la cosa juzgada - derecho al debido proceso - principio de seguridad jurídica.

EXP. N.° 679-2005-PA/TC
LIMA
SANTIAGO ENRIQUE
MARTIN RIVAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de marzo de 2007 (vista la causa: 8-03-2005), reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Enrique Martin Rivas contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 46 del segundo cuaderno, su fecha 6 de octubre de 2004, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, alegando la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la cosa juzgada, a la amnistía y del principio de seguridad jurídica, a fin de que se deje sin efecto: a) la resolución de fecha 17 de octubre de 2001, mediante la cual –en aplicación de la Ley de Amnistía N.° 26479– se anula la resolución que dispuso el archivo definitivo de su proceso, y b) la resolución de fecha 13 de octubre de 2003, que declara improcedente la nulidad deducida contra la resolución de fecha 17 de octubre de 2001. Manifiesta que en el año de 1995 la Sala de Guerra le concedió el derecho de amnistía por los hechos ocurridos en torno al denominado Caso La Cantuta (causa N.° 157-V-93). Dicha medida fue elevada en consulta a la Sala Revisora de la Justicia Militar, la misma que aprobó el archivo definitivo del proceso. No obstante, con fecha 17 de octubre de 2001, la demandada reabrió el caso, anulando la ejecutoria suprema que disponía su archivo definitivo y, posteriormente, desestimó el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente.

Al respecto, alega que las resoluciones emitidas por el Tribunal del Consejo Supremo de Justicia Militar contravienen las leyes de amnistía –Ley N.° 26479 y N.° 26492– así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a conflictos armados de carácter internacional. Asimismo, señala que, siguiendo la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Castillo Petruzzi y otros, debe concluirse que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos no puede suprimir o limitar el derecho de amnistía otorgado por el Estado peruano; más aún si el propio Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de las leyes de amnistía.

2. Resolución de primer grado

Con fecha 2 de febrero de 2004, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara improcedente la demanda por considerar que el Tribunal del Consejo Supremo de Justicia Militar es un órgano ajeno al Poder Judicial, motivo por el cual no es un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones puedan ser cuestionadas a través del proceso de amparo.

3. Resolución de segundo grado

Con fecha 6 de octubre de 2004, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República declara improcedente la demanda por considerar que las resoluciones cuestionadas han sido dictadas en el marco de un proceso regular. A ello se suma que la demanda tiene por objeto que se lleve a cabo un nuevo análisis de los hechos que motivaron la emisión de las resoluciones cuestionadas.

III. FUNDAMENTOS

§1. Precisión del petitorio de la demanda

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto las resoluciones expedidas por el Consejo Supremo de Justicia Militar de 13 de octubre del 2003 y 17 de octubre del 2001, mediante las cuales, en cumplimiento de las Leyes de Amnistía N.º 26479 y N.º 26492, se anuló la resolución que dispuso el archivamiento definitivo de los hechos investigados en la Causa Militar Nº. 157-V-93. Aduce el demandante que se viola sus derechos constitucionales a la cosa juzgada, seguridad jurídica, debido proceso y amnistía (sic).

§2. Cuestiones procesales previas

2. Previamente a la resolución de la cuestión de fondo, el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar que si bien la demanda en el presente proceso constitucional ha sido interpuesta con anterioridad a la vigencia del Código Procesal Constitucional, este Colegiado, en virtud del principio de aplicación inmediata de las leyes procesales –Segunda Disposición Final– y no derivándose de su aplicación vulneración alguna de los derechos procesales del demandante, considera pertinente su aplicación.

3. De otro lado, mediante resolución de fecha 6 de octubre de 2004, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la resolución apelada, a través de la cual se declaró improcedente in límine la demanda. Por lo tanto, en aplicación del artículo II –"[s]on fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales"– y del tercer párrafo del artículo III –"(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales"– del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, nada obsta para que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo.

4. Que en efecto, existiendo los recaudos necesarios para ello, a la vez que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados –quienes han participado a través del Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar, y dada la trascendencia del caso por las cuestiones que él conlleva, particularmente en lo relativo a la comprensión y delimitación del artículo 139, inciso 13, de la Constitución, en relación con las resoluciones judiciales dictadas al amparo de una ley de amnistía, resulta pertinente el pronunciamiento en tal sentido, por lo que este Tribunal es competente para resolver el fondo del asunto.

§3. Análisis constitucional del caso concreto

3.1. Sobre la supuesta afectación del derecho a la cosa juzgada, el "derecho a la amnistía" y del principio de seguridad jurídica

5. Como se ha precisado en el primer fundamento de esta sentencia, el demandante ha alegado que las resoluciones judiciales cuestionadas lesionan el derecho a la cosa juzgada, el principio de seguridad jurídica y los derechos al debido proceso y a la amnistía (sic). Al respecto, el Tribunal aprecia que si bien se ha alegado la afectación de diversos derechos fundamentales –y algunos que no son derechos, como la amnistía–, los agravios expuestos por el recurrente están relacionados esencialmente con la violación del derecho a la cosa juzgada. En efecto, en su demanda, a propósito de la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el recurrente sostuvo que éste último derecho

(...) no sólo comprende la admisión de demandas o denuncias, sino además la protección de la parte durante todo el proceso y el cumplimiento de resoluciones que han alcanzado el carácter de cosa juzgada, por cuanto la tutela jurisdiccional significa la obligación que tiene el Estado de proteger al ciudadano en todo lo que la ley como derecho le otorga, en mi caso el respeto de la Ejecutoria Suprema de Archivo Definitivo por Amnistía.[1]

6. Lo mismo sucede en relación con el supuesto "derecho a la amnistía" o con el respeto del principio de seguridad jurídica. A su juicio, ellos habrían sido lesionados como consecuencia de que no se observara la calidad de cosa juzgada que habrían adquirido las resoluciones que dispusieron la aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492.

A) Alegatos del demandante

7. El demandante sostiene que el órgano emplazado dejó sin efecto la resolución de archivo definitivo de la Causa N.º 157-V-93 (La Cantuta) dictada al amparo de las leyes de amnistía Nos. 26479 y 26492. Recuerda que en base a la Constitución y al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a conflictos armados sin carácter internacional, el Congreso dictó las referidas leyes, (...) concediendo el Derecho de Amnistía a las personas civiles, militares o policías comprendidos o simplemente relacionados en la aludida lucha interna o conflicto armado sin carácter internacional[2].

8. Sostiene que las referidas leyes de amnistía, al amparo de la cual se expidieron las resoluciones judiciales cuyo restablecimiento solicita, fue objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal, cuyo

(...) Pleno (...), al amparo de su Ley Orgánica, considerando la legislación supranacional citada y las atribuciones del Congreso para dictar las leyes de Amnistía, pronunció sentencia el 09 de MAYO-1997, declarando Improcedente la Acción de Inconstitucionalidad de las leyes de amnistía; por lo que ésta produce todos los efectos legales por imperio de la misma Ley Orgánica del Tribunal Constitucional(...)[3].

9. Por otro lado, señala que una vez que se enteró de que se había declarado la nulidad de la resolución judicial dictada al amparo de las leyes de amnistía, solicitó su nulidad, la cual fue desestimada alegándose que dichas leyes habían sido declaradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos en la sentencia sobre el Caso Barrios Altos. En su opinión, dichas leyes de amnistía no son incompatibles con la Convención, pues además de sustentarse en el Derecho Internacional Humanitario, son conformes a lo previsto en el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que
(...) si el Derecho de Amnistía está reconocido por el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a conflictos armados sin carácter internacional (...), resulta falaz el argumento de incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención (no olvidar que el Art. 4º inciso 6 de la Convención sí permite a los Estados conceder el derecho de amnistía, el indulto y otros para los condenados a muerte que son los más graves violadores a los derechos humanos como por ejemplo los terroristas y traidores a la patria, entonces estos derechos están permitidos para todos los demás casos; se cumple el apotegma jurídico: EL QUE PUEDE LO MÁS PUEDE LO MENOS).

10. Recuerda, además, que para desestimar su solicitud de nulidad, el Tribunal militar emplazado recurrió al
(...) argumento falaz [de]que el art. 68 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala la obligatoriedad de cumplir con las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana; (... cuando) el citado artículo e inciso no se refiere a interpretación alguna de la Convención, sino a que: `Los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte´, y como ya se ha dejado dicho el proceso Cantuta no fue para un caso sujeto a competencia contenciosa de la Corte para que ésta ejerza función jurisdiccional sino para que emita su simple OPINIÓN CONSULTIVA (...)[4].

11. Concluye que en la medida en que las leyes de amnistía fueron dictadas conforme al ordenamiento constitucional e internacional, las decisiones cuestionadas violan su derecho a la cosa juzgada así como el principio de seguridad jurídica.

B) Alegatos del Procurador Público de los Asuntos Judiciales de la Justicia Militar

12. El Procurador Público de los Asuntos Judiciales de la Justicia Militar alega que las leyes de amnistía Nos. 26479 y N.º 26492 han sido declaradas incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana mediante la sentencia del 14 de marzo de 2001 (Caso Barrios Altos), la misma que tiene efectos generales, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia de interpretación de fondo, de 3 de setiembre de 2001. En cumplimiento de ella, refiere que la Justicia Militar se inhibió de conocer el caso La Cantuta y dispuso que éste se enviara al fuero común.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

Derecho a la cosa juzgada

13. El artículo 139, inciso 13, de la Ley Fundamental reconoce el derecho a la cosa juzgada. Según éste,
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

14. En la STC 4587-2004-AA/TC este Tribunal destacó que su contenido constitucionalmente protegido
(...) garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. (FJ 38).

15. Igualmente, en la misma STC 4587-2004-AA/TC, este Tribunal precisó que
(...) uno de los efectos que se deriva de haberse alcanzado dicha autoridad de cosa juzgada es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona. Esa eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado 2 veces por el mismo fundamento (ne bis in ídem) (FJ 46).

Cosa juzgada constitucional y resoluciones judiciales dictadas al amparo de leyes de amnistía

16. Es evidente que el derecho a la cosa juzgada también se configura a partir de resoluciones judiciales dictadas en aplicación de una ley de amnistía, según el artículo 139, inciso 13, de la Constitución. Para ello, sin embargo, es preciso que la ley de amnistía no sólo debe ser válida sino también constitucionalmente legítima. Una ley puede ser válida pero no necesariamente legítima desde la perspectiva de la Constitución. Por tanto, la primera cuestión que debe abordarse es la indagación sobre la legitimidad constitucional de una ley de amnistía al amparo de la cual se haya dictado una resolución judicial.

17. Un criterio semejante fue expuesto por el Tribunal en la STC 4587-2004-AA/TC, donde se invocó el carácter de cosa juzgada de una resolución judicial dictada por un tribunal militar que no era competente ratione materiae. En dicho caso, este Tribunal expuso que una resolución judicial emanada de un proceso seguido ante un órgano

jurisdiccional incompetente no formaba parte del ámbito normativo del derecho fundamental a la cosa juzgada y a la prohibición del ne bis in ídem[5].

18. Este mismo criterio ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso La Cantuta vs. Perú. Allí la Corte Interamericana señaló:
Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio non bis in ídem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales[6]. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta[7].

19. Siendo ello así, corresponde al Tribunal precisar los criterios generales de legitimidad constitucional de las leyes de amnistía, a efectos de determinar cuándo una resolución judicial dictada al amparo de aquellas configura cosa juzgada constitucional.

20. Según el artículo 102, inciso 6, de la Constitución, entre las atribuciones del Congreso de la República se encuentra la de dictar leyes de amnistía. Mediante ellas el legislador establece que determinados hechos, considerados originariamente ilícitos, dejaron de serlo. La consecuencia del olvido de la responsabilidad penal es la renuncia del Estado al ejercicio de la acción penal (extinción) así como a la ejecución de la pena. Por tanto, la entrada en vigencia de una ley de amnistía impide la iniciación de un proceso penal; suspende a éste en cualquier estado en el que se encuentre y, si se hubiera dictado sentencia condenatoria, cancela todos sus efectos penales, con excepción de los de orden civil.

21. En la medida en que la expedición de las leyes de amnistía constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, su ejercicio se encuentra sujeto a límites constitucionales. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida al titular de la política de persecución criminal del Estado y cuyo ejercicio, por tanto, debe realizar dentro del marco de la Constitución Política del Estado.

22. El artículo 102, inciso 6, de la Constitución no prevé expresamente cuáles son los límites a los que se debe sujetar el dictado de leyes de amnistía. Sin embargo, ello no significa que estos no existan, puesto que la legitimidad del ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales no se justifica de por sí, sino a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

23. Por ello, este Tribunal ha recordado que ninguna disposición constitucional, incluyendo las que habilitan de competencias a los órganos del Estado, puede ser interpretada aisladamente. En la medida en que forma parte de la Ley Fundamental, la determinación de sus alcances y límites debe realizarse bajo los alcances del principio de unidad. Este principio, conforme hemos recordado,
(...) exige concebir a la Constitución como un todo plenamente armónico e internamente coherente (...); teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) (STC 2730-2006-PA/TC).

24. Una ley de amnistía se encuentra sujeta tanto a límites formales como materiales. Con respecto a la primera cabe señalar que el dictado de una ley de amnistía es que ésta sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Por tanto, además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observar los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad[8].

25. Estos dos primeros límites distinguen a la amnistía del indulto. A diferencia de este último, una ley de amnistía no puede comprender en sus alcances a una persona o un grupo de personas en particular, con exclusión de otras que se encuentren en los mismos supuestos que motivan su expedición. Tampoco la amnistía puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución. La Ley Fundamental es una norma lo suficientemente abierta para que dentro de ella el legislador pueda elegir entre las diferentes opciones de política de persecución criminal.

26. Sin embargo, cualquiera que sea la competencia constitucional de que se trate, su ejercicio debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Este deber no es semejante al deber de respetarlos. Este último comporta la obligación de no afectar dichos derechos y su fundamento se encuentra en el reconocimiento específico de cada uno de ellos.

27. La obligación de garantizar los derechos fundamentales, en cambio, supone el deber
(...) de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la

reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (énfasis añadido)[9].

28. Su fundamento, desde el punto de vista constitucional, se encuentra en el referido artículo 44 de la Constitución. Las leyes de amnistía tampoco pueden expedirse en oposición a las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La capacidad de los tratados sobre derechos humanos para limitar materialmente las leyes de amnistía se funda en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. De conformidad con el primero, una vez que estos son ratificados, forman parte del Derecho nacional y, por tanto, vinculan a los poderes públicos. De conformidad con el segundo, los tratados sirven en el proceso de delimitación del ámbito constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

29. A partir de los tratados, pero también de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos[10], es posible identificar los derechos fundamentales garantizados definitivamente por los derechos que pudieran resultar comprometidos con la expedición de una ley de amnistía (v.g. el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos[11] y el derecho a la verdad[12]). Ello sucede tanto cuando se determina, en positivo, el haz de facultades que confiere el derecho a su titular, como cuando se declara, en negativo, qué tipo de injerencias sobre el derecho se encuentran prohibidas.

30. Las obligaciones asumidas por el Estado peruano con la ratificación de los tratados sobre derechos humanos comprenden el deber de garantizar aquellos derechos que, de conformidad con el Derecho Internacional, son inderogables y respecto de los cuales el Estado se ha obligado internacionalmente a sancionar su afectación. En atención al mandato contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se recurre a los tratados que han cristalizado la proscripción absoluta de aquellos ilícitos que, de conformidad con el Derecho Internacional, no pueden ser amnistiados, en tanto contravienen los estándares mínimos de protección a la dignidad de la persona humana.

31. Entre dichos ilícitos destacan los delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad recogidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que comprenden los siguientes actos: los delitos de ejecución extrajudicial; asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; excarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como contrarios a los principios universales que garantizan el pleno respeto de los derechos humanos con arreglo al derecho internacional; desaparición forzada de personas; crimen de apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de las personas.

32. La prohibición de amnistías para delitos de esa envergadura también ha sido advertida por la jurisprudencia de los órganos y tribunales internacionales sobre derechos humanos. Así, por ejemplo, para el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[13],

Cuando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7).

En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías [véase la Observación general N.º 20[14]] y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica.

33. En el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha destacado que

(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por

contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[15].

34. Por tanto, la amnistía decretada de conformidad con los diversos límites a los que se encuentra sujeta, otorga la calidad de cosa juzgada constitucional a las resoluciones judiciales que se hubieran dictado en aplicación de ella, y confiere a sus beneficiarios la titularidad del derecho fundamental reconocido en el inciso 13) del artículo 139 de la misma Constitución. Corresponde, ahora, verificar si las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 son compatibles con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y con la Constitución.
La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución y las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492

35. La primera cuestión, esto es, la determinación de si estas leyes son compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución, no es un asunto que deba resolverse de manera aislada, sino a partir de su integración. Ello es así por cuanto es necesario entender al Derecho internacional como un Derecho de integración sobre la base de la responsabilidad internacional de los Estados. Así, en función de dicha responsabilidad no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración.

36. No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho Sistema; siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, que establece:
La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

37. En ese sentido, bajo los parámetros de una tesis de la coordinación corresponde a este Colegiado analizar la legitimidad de dichas leyes de amnistía. El recurrente ha sostenido que lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos no era aplicable a los hechos del denominado Caso La Cantuta. Igualmente, ha sostenido que el pronunciamiento de la Corte, mediante el cual se declara que las leyes de amnistía carecen de efectos generales, no es vinculante para el Estado peruano al haber sido expedido absolviendo una opinión consultiva. En sus palabras,
(...) es de precisar que, el Estado peruano sólo pidió una OPINIÓN CONSULTIVA a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la compatibilidad entre las leyes de amnistía Nº. 26479 y 26492 con la Convención Americana de conformidad con el art. 64 inciso 2 de esta Convención[16]
Corresponde, por tanto, que el Tribunal analice tales objeciones.

38. El Tribunal observa que en la Sentencia de 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado peruano en el denominado Caso Barrios Altos, y declaró que
(...) las leyes de amnistía Nos. 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos [ordinal 4 de la parte resolutiva de la Sentencia].

39. Igualmente, sostuvo que,
Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú [énfasis agregado][17].

40. El Tribunal toma nota asimismo de que, mediante Sentencia del 3 de septiembre de 2001, la Corte Interamericana absolvió una solicitud de interpretación de la sentencia de fondo formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al amparo del artículo 67 del Pacto de San José de Costa Rica. Se solicitó a la Corte Interamericana absolviese la siguiente pregunta:
[¿]Tiene la Sentencia en el caso Barrios Altos, con referencia a la incompatibilidad de las leyes Nos. 26479 y 26492 con la Convención Americana, alcance general o se limita solamente al caso indicado?[18],

41. Ante lo cual, la Corte respondió:
La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión [énfasis añadido][19].

42. El mismo criterio se ha expuesto en el Caso La Cantuta c. Perú, recientemente resuelto por la Corte Interamericana, en la que se volvió a recordar que
(...) la Corte ya analizó el contenido y los alcances de las leyes de amnistía Nos. 26479 y 26492 en el Caso Barrios Altos vs. Perú, en cuya Sentencia de fondo (...) declaró que las mismas son `incompatibles con la Convención Americana [...] y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos. La Corte interpretó la Sentencia de fondo

dictada en ese caso en el sentido de que (...) lo resuelto (...) tiene efectos generales.[20]

43. De lo expuesto se colige que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía aludidas carecen de efectos jurídicos y que lo resuelto, por tanto, tiene efectos generales. Siendo así, dicho pronunciamiento no sólo es de aplicación a los hechos que suscitaron el Caso Barrios Altos, sino que comprende a los casos en los que su aplicación impidió que se juzgaran y sancionaran graves violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, como el Caso La Cantuta.

44. Por otro lado, en relación con el argumento de que la sentencia del 3 de septiembre de 2001, expedida por la Corte Interamericana, no es vinculante porque se trata de una opinión consultiva; el Tribunal Constitucional observa que la solicitud de interpretación de la sentencia de fondo del Caso Barrios Altos no fue solicitada por el Estado peruano, como lo ha sugerido el recurrente, sino por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

45. Igualmente observa que dicha solicitud de interpretación no fue realizada al amparo del artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica, referida a la legitimación para solicitar opiniones consultivas [como también lo ha sugerido el recurrente], sino sobre la base del artículo 67 del mismo instrumento internacional, que autoriza que
(...) En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de notificación del fallo.

46. La interpretación de una sentencia de fondo difiere en sus efectos de la que es propia de una Opinión Consultiva. El ejercicio de la competencia consultiva se realiza sin que existan partes
(...) y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es `la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos[21].

47. En cambio,
La interpretación de una sentencia implica no sólo la precisión del texto de los puntos resolutivos del fallo, sino también la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de la resolución, de acuerdo con las consideraciones de la misma (...)[22].

48. En la medida en que la finalidad de la facultad de interpretar el sentido o los alcances del fallo no es otra que la de esclarecer lo decidido por la sentencia de la Corte Interamericana, una vez que esta se expide, ella vincula a las partes en los términos del artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevé:
Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

49. El Tribunal recuerda, además, que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una obligación que
(...) corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida[23].

50. Por tanto, careciendo de efectos jurídicos las leyes de amnistía señaladas, el Tribunal juzga que las resoluciones jurisdiccionales dictadas a su amparo no adquieren la calidad de cosa juzgada constitucional y, por tanto, no se ha afectado el derecho reconocido en el artículo 139, inciso 13, de la Constitución.

51. Lo expuesto sería suficiente para desestimar la pretensión. Sin embargo, el Tribunal observa que, independientemente de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el recurrente ha argumentado que las referidas leyes de amnistía fueron declaradas constitucionalmente válidas por el Tribunal Constitucional mediante la STC 00013-1996-AI/TC, de 28 de abril de 1997. En efecto, mediante dicha sentencia, por mayoría, el Tribunal declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad promovida contra las leyes aludidas. Lo que no significa, en modo alguno, que el Tribunal Constitucional haya confirmado su constitucionalidad, al no haber existido un pronunciamiento sobre el fondo de la demanda.

52. Como ya se señaló, la expedición de leyes de amnistía constituye una competencia jurídico-constitucional del Congreso de la República, de modo que las resoluciones judiciales que se dictan en aplicación de leyes de amnistía constitucionalmente legítimas dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional. El control de las leyes de amnistía, sin embargo, parte de la presunción de que el legislador penal ha querido actuar dentro del marco de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales.

53. No opera, por tanto, dicho sucedáneo cuando se comprueba que mediante el ejercicio de la competencia de dictar leyes de amnistía, el legislador penal pretendió encubrir la comisión de delitos de lesa humanidad. Tampoco cuando el ejercicio de dicha competencia se utilizó para "garantizar" la impunidad por graves violaciones de derechos humanos. Tal fue la situación en la que se desenvolvieron las actividades delictivas del denominado Grupo Colina, al que pertenecía el recurrente. Así lo ha reconocido el Estado peruano, a través de su agente designado para el Caso La Cantuta ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
54. En su escrito de contestación de la demanda, de 21 de julio de 2006, el Estado peruano sostiene que
[...] efectuó un allanamiento y reconocimiento parcial

de responsabilidad internacional por determinadas violaciones alegadas por la Comisión (...). [Entre otras cosas, allí se reconoció que] "Los hechos reconocidos por el Estado comprenden: (...)
f) la vulneración de las garantías judiciales y de la protección judicial. Estos hechos se manifestaron en los actos de investigación iniciales (párrafos 90 a 105 del escrito de la demanda), los actos posteriores de intervención de tribunales militares (párrafos 106, 111 y 112 del escrito de la demanda), del Congreso de la República (párrafo 109 del escrito de la demanda), decisión de la Corte Suprema de Justicia (párrafos 108, 109 y 110 del escrito de la demanda), aprobación de la ley de amnistía N.º 26.479 por el Congreso (párrafo 113 del escrito de la demanda) y de la Ley N.º 26.492 (párrafo 116 del escrito de la demanda) y promulgación de esas leyes de amnistía por parte del Poder Ejecutivo, si bien no se dice en forma expresa en el texto de la demanda´.
g) La existencia del denominado `Grupo Colina´(...)[24].

55. También ha sido considerado como un hecho probado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que, después de considerar probada la existencia del denominado Grupo Colina, señaló:
(...)sus miembros participaron en los hechos del presente caso (...). Éste era un grupo adscrito al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que operaba con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Tenía una estructura jerárquica y su personal recibía, además de sus remuneraciones como oficiales y sub-oficiales del Ejército, dinero para gastos operativos y retribuciones económicas personales en carácter de bonificación. El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes o contrarias al régimen del ex Presidente Alberto Fujimori, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas[25].

56. Sobre esto el Tribunal Constitucional estima pertinente hacer algunas precisiones sobre el valor jurídico para los tribunales nacionales de los hechos probados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, como ya se dijo supra, no se puede asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa, sino una solución integradora y de construcción jurisprudencial en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Del mismo modo, bajo este principio de integración los tribunales nacionales deben reconocer la validez jurídica de aquellos hechos que han sido propuestos, analizados y probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, lo que no exime de la facultad y el deber de los tribunales nacionales de realizar las investigaciones judiciales correspondientes, porque de lo que se trata, finalmente, es de garantizar el respeto pleno de la persona, su dignidad y sus derechos humanos, en el marco del orden jurídico nacional e internacional del que el Perú es parte.

57. De otro lado, ya en la STC 4587-2004-AA/TC este Tribunal había advertido la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad en materia de violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, particularmente, de los cometidos por el Grupo Colina.
(...) Expresión de ese plan sistemático, en efecto, lo constituyen:
82. (i) El deliberado juzgamiento de delitos comunes por órganos militares, como antes se ha dicho.
83. (ii) La expedición en ese lapso de las leyes de amnistía 26479 y 26492. Y si bien éstas no se aplicaron al primer proceso penal que se le seguiera al recurrente, tomando en cuenta el contexto en que se dictaron, y el propósito que las animaba, el Tribunal Constitucional considera que ello demuestra palmariamente que sí hubo ausencia de una voluntad estatal destinada a investigar y sancionar con penas adecuadas a la gravedad de los delitos cometidos a los responsables de los hechos conocidos como "Barrios Altos".
(...)
85. (iii) El retiro (nulo) de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha conocer a dicho órgano supranacional mediante la entrega de la Nota Nº. 5-9-M/49, de 24 de agosto de 2000, y que fuera aprobada por la también nula Resolución Legislativa 3, de fecha 8 de julio de 1999.
Dicho acto tuvo el propósito de asegurar que también en el ámbito internacional el Estado no respondiese por las violaciones de derechos humanos y de esa forma se garantizase que sus autores no fueran sometidos a la acción de la justicia, fomentándose la impunidad.

58. Siendo ello así, cabe señalar que si bien el Poder Legislativo tiene la atribución de ejercer el derecho de amnistiar, es decir olvidar el delito cometido por determinadas personas, lo que produce los efectos de la cosa juzgada, según los artículos 102, inciso 6, y 139, inciso 13, de la Constitución, ello no significa que el Congreso pueda cobijar en las leyes de amnistía a delitos de lesa humanidad –como el secuestro, tortura y ejecución sumaria de personas, por ejemplo–; por cuanto la legitimidad de la Constitución reposa en la defensa de la persona humana y en el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado, según el artículo 1 de la Constitución.

59. Este principio-derecho constituye una norma jurídica que contiene un mandato obligatorio, el que se hace efectivo, tanto en conexión con el ejercicio de los derechos fundamentales de los particulares –derecho a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución) o el derecho a la justicia (artículo 139 de la Constitución)–, como en el cumplimiento de las funciones de las autoridades estatales. Precisamente por esto, la facultad legislativa del Congreso no es ilimitada, ya que el ejercicio del poder constituido no puede vulnerar los principios y valores constitucionales –como la dignidad de la persona humana, la vida, la justicia, la verdad, entre otros– en que se funda la obra del poder constituyente.

60. En mérito de ello, el Tribunal considera que las

leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 son nulas y carecen, ab initio, de efectos jurídicos. Por tanto, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos cometida por los integrantes del denominado Grupo Colina. En su condición de resoluciones judiciales nulas, ellas no dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional garantizada por los artículos 102, inciso 6 y el artículo 139, inciso 13, de la Constitución, en la medida en que no existe conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI

---

[1] Escrito de demanda, folios 40 del cuaderno principal.
[2] Escrito de Demanda, folios 34 del cuaderno principal.
[3] Escrito de Demanda, folios 34-35 del cuaderno principal.
[4] Escrito de Demanda, folios 38.
[5] STC 4587-2004-AA/TC, F. J. Nº. 73 y 74.
[6] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 153, con cita de la sentencia dictada en el Caso Almonacid Arellano y otros, nota 6, párr. 154 y referencia a ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20;Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9.
[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 153, con cita de las sentencias dictadas en el Caso Almonacid Arellano y otros, nota 6, párr. 154; Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 98, y Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.
[8] Cf. últimamente, la STC 00045-2004-PI/TC.
[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párrafos 166-168.
[10] Cf. STC 02730-2006-AA/TC, FJ 9-14.
[11] Cf. STC 1230-2002-HC/TC; STC 05374-2005-HC/TC; STC 8377-2005-HC/TC, etc.
[12] Cf. STC 2488-2002-AA/TC; STC 0959-2004-HD/TC, etc.
[13] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/ Rev.7 at 225 (2004), párrafo 18.
[14] En la "Observación General No. 20" [Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7 - Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992)], el Comité de Derechos Humanos señaló que "Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible" [párrafo 15].
[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Barrios Altos, Serie C, N°. 75. párrafo 41.
[16] Escrito de demanda, folios 37.
[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Barrios Altos, párrafo 44, énfasis añadido.
[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párrafo 14.
[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párrafo 18.
[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de diciembre de 2006, párrafo 167.
[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 15/97, de 14 de noviembre de 1997, Serie A, Nº. 15, párrafo 25.
[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria. Sentencia de 17 de agosto de 1990 (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie C No. 9, párrafo 26; Caso Godínez Cruz, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria. Sentencia de 17 de agosto de 1990 (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie C No. 10, párrafo. 26.
[23] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panama, Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, N°. 104, párrafo 61.
[24] Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 40.
[25] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafos párrafos 80.17 y 80.18.

Exp. N° 9600-2005-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por Rosana Francisca Podestá Torres. Sobre el derecho a las prestaciones de salud y la seguridad social].

Fecha de Resolución: 11 de diciembre de 2006
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de julio de 2007

Resumen: Los requisitos legales para la obtención del derecho a una prestación otorgada en el marco de la seguridad social no solo son aplicables a las prestaciones que ofrece la entidad pública, sino que alcanzan a las prestaciones complementarias brindadas por el empleador en sus establecimientos de salud propios o mediante la participación de una EPS.

Por ello advierte el Tribunal Constitucional que "cuando la ley delega en un empleador (particular o público) la prestación de servicios de salud, la garantía estatal de libre acceso a la seguridad social se pone de manifiesto, debiendo la entidad privada brindar las prestaciones en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud, propios de la seguridad social. Sin embargo, en este supuesto la seguridad social no solo opera como garantía institucional, sino que el empleador se convierte en destinatario del derecho fundamental a la seguridad social..." (F.J. 9)

Temas Claves: Derecho a la salud - derecho a la seguridad social - principio de universalidad - salud pública.

EXP. N.° 09600-2005-PA/TC
MOQUEGUA
ROSANA FRANCISCA
PODESTÁ TORRES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de diciembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosana Podestá Torres contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 133, su fecha 15 de noviembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de febrero de 2005 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Southern Perú Cooper Corporation (Southern Perú) y contra su cónyuge, don Víctor Hugo Manchego Arias, con el objeto que se declare la inaplicabilidad de la carta de fecha 27 de diciembre de 2004, presentada por su cónyuge a su empleadora Southern Perú, mediante la cual requiere el retiro de la atención médica de la accionante por el Hospital de Southern Perú, y que en consecuencia se ordene le brinden la atención clínica que le corresponde de acuerdo a ley.

Sostiene que Southern Perú la retiró del sistema de atención médica a solicitud de su cónyuge, vulnerando sus derechos a la seguridad social, a la integridad física y a la salud.

Southern Perú contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por estimar que la actora no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en la Ley General de Minería y por el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera para recibir atención médica gratuita como dependiente de un trabajador de la empresa. Añade que no existe violación o amenaza al derecho constitucional a la salud, pues la demandante está asegurada en EsSalud.

El codemandado contesta la demanda señalando que la demandante percibe una pensión de alimentos que cubre la atención médica, por lo que su petitorio constituye un abuso del derecho dado que no necesita atención gratuita y que ha actuado dentro de sus facultades como trabajador dependiente al solicitar la suspensión de las prestaciones médicas. Agrega que si bien son casados se encuentra en trámite un proceso de divorcio.

El Primer Juzgado Mixto de Ilo, con fecha 2 de setiembre de 2005, declara infundada la demanda por considerar que la demandante es asegurada activa de EsSalud, por lo que goza de asistencia médica y hospitalaria, de modo que no están desprotegidos sus derechos a la salud ni mucho menos a la seguridad social.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda por considerar que la pretensión debe analizarse en un proceso ordinario, donde se precisen los

aspectos controvertibles que por su naturaleza requieren de probanza para su dilucidación, lo que no es posible en los procesos constitucionales.

FUNDAMENTOS

§ Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable la carta de fecha 24 de diciembre de 2004 por la cual don Víctor Hugo Manchego Arias, cónyuge de la demandante, solicita a su empleadora, Southern Perú, el retiro de la atención médica que se le brinda a ésta a través de su centro hospitalario. Se alega que tal hecho vulnera los derechos a la seguridad social, a la integridad física y a la salud.

§ Seguridad social y prestaciones de salud

2. Este Tribunal ha indicado en la STC 0011-2002-AI que la seguridad social constituye "(...) un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad".[1]

3. Asimismo, a partir de los artículos 10 y 11 de la Constitución, se ha precisado que la seguridad social se instaura como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado Social y Democrático de Derecho.[2] Bajo dicha premisa se ha indicado que "(...) requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida" [3].

4. En igual medida que la seguridad social se convierte, en tanto garantía institucional, en el soporte sobre el cual se cimenta el derecho fundamental a la pensión, las prestaciones de salud, sean éstas preventivas, reparadoras o recuperadoras –en atención a la oportunidad en que se brinden– también encuentran sustento en aquélla. En este caso la salud o más precisamente su alteración, se convierte en la contingencia a ser protegida a través de la seguridad social, buscando con ello el mantenimiento de la calidad de vida.

§ Derecho a la salud y seguridad social

5. En la STC 01711-2004-PA se ha indicado que el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11 de la Constitución constituye una manifestación -no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. Estas prestaciones, que corresponden a un sistema contributivo, se concretizan a través del derecho a la salud, pues –tal como se ha precisado supra– es la variación del estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, la que se busca resguardar. Por ello en el Estado recae el deber de "(...) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes"[4].

6. Este Tribunal, recogiendo lo anotado en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominada "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", ha precisado que los elementos esenciales del derecho a la salud son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.[5] Así, cuando se repare en que dichos componentes se relacionan con las prestaciones en salud que brinda la seguridad social debe, adicionalmente, tenerse en consideración que este derecho, para operar directamente, necesita de configuración legal, por lo que, si bien a través de la seguridad social se busca proteger una mengua en el estado de salud, "la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido normativo". [6] Por tal motivo cuando exista compatibilidad, similitud o relación entre los componentes básicos del derecho a la salud y las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en cualquiera de los elementos que lo conforman, el derecho a la salud asumirá su característica de "condición habilitante para el ejercicio de otros derechos."[7]

§ La configuración de la seguridad social y el libre acceso a las prestaciones de salud

7. El artículo 10 de la Constitución reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social y los objetivos que se busca alcanzar con su consagración constitucional, esto es, brindar protección frente a las contingencias previstas legalmente y la elevación de la calidad de vida. De otro lado, el artículo 11 de la Carta Política precisa la forma en que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a las pensiones en la seguridad social, poniendo en relieve que éste se logra a través de la participación de entidades públicas, privadas y mixtas y rescatando su función supervisora en el caso de que las prestaciones sean brindadas por estas últimas.

8. Por su parte, el artículo 1 de la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece, en concordancia con los preceptos constitucionales, que uno de los fundamentos de la seguridad social en salud es la garantía de libre acceso a prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas y mixtas. Igual tratamiento está previsto en el artículo 1 del Decreto Supremo 009-97-SA, que aprueba el reglamento de la Ley 26790. A partir de tal estipulación se crean las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), que son definidas por el artículo 13 de la ley indicada como aquellas empresas e instituciones públicas o privadas distintas del Instituto Peruano de Seguridad Social -IPSS- (ahora EsSalud), cuyo único fin es el de

prestar servicios de atención para la salud. Así, partiendo de tal posibilidad, en el artículo 15 del texto legal en comentario se establece que las entidades empleadoras que otorgan coberturas de salud a sus trabajadores en actividad, pueden hacerlo a través de los planes de salud que contraten con una EPS o mediante servicios propios. En este último caso,se deberá acreditarse los establecimientos ante el Ministerio de Salud y luego presentar a EsSalud el plan de salud y el certificado de acreditación pertinente, según precisa el artículo 43 del reglamento.

9. En atención a ello cuando la ley delega en un empleador (particular o público) la prestación de servicios de salud, la garantía estatal de libre acceso a la seguridad social se pone de manifiesto, debiendo la entidad privada brindar las prestaciones en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud, propios de la seguridad social. Sin embargo, en este supuesto la seguridad social no solo opera como garantía institucional, sino que el empleador se convierte en destinatario del derecho fundamental a la seguridad social. Esta faz de la seguridad social supone un derecho que "(...) asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos", de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado"[8].

10. En correlato con ello este Tribunal ha precisado[9] que el contenido de la seguridad social está conformado por tres aspectos. En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social; en segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho subjetivo a determinada prestación; y, en tercer lugar, por el principio de solidaridad que subyace a todo sistema de seguridad social.

11. Mediante la seguridad social en salud se otorga cobertura a los asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales.[10] Dicha cobertura está a cargo del Seguro Social en Salud - EsSalud (antes IPSS) y se complementa con los planes de salud brindados por las entidades empleadoras, ya sea en establecimientos propios o con planes contratados con una EPS[11]. Desde dicha perspectiva, este Colegiado considera que los requisitos legales para la obtención del derecho a una prestación otorgada en el marco de la seguridad social no solo son aplicables a las prestaciones que ofrece la entidad pública, sino que alcanzan a las prestaciones complementarias brindadas por el empleador en sus establecimientos de salud propios o mediante la participación de una EPS.

§ Las prestaciones de salud y el principio de universalidad

12. En la STC 00141-2005-PA se ha hecho una breve reseña de la evolución de la seguridad en el Perú. Al respecto, se ha indicado que "En efecto, el último considerando del Decreto Ley 18846, publicado el 21 de abril de 1971, señalaba que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se crea "(...) con criterio eminentemente social ajeno a todo espíritu de lucro y con la única finalidad de defender y cuidar debidamente la salud de los trabajadores (...)". Tal premisa denota la transición de un modelo de responsabilidad empresarial en el que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales eran cubiertos directamente por los empleadores o mediante la contratación de un seguro a favor de tercero, hacia un modelo de seguro social, en el cual, a diferencia del anterior, la previsión social se convierte en un fin del Estado al brindar de manera obligatoria medidas reparadoras a trabajadores que desarrollan actividades de riesgo, recurriendo al esquema del seguro a favor de tercero gestionado únicamente por un ente público".[12]

13. El modelo descrito es tributario del modelo de seguridad social bismarckiano[13] que vincula la protección social con el contrato de trabajo. Éste se manifestó mediante la implantación de seguros sociales obligatorios que conforman un primer peldaño en el proceso histórico de configuración de la seguridad social y constituyen las normas de primera generación. Su finalidad es la generación de un fondo de reserva que sirva para cubrir, en caso de necesidad, los gastos de salud de los trabajadores, y para garantizar un ingreso mínimo cuando la persona no pudiera seguir generando el sustento económico para cubrir sus necesidades. La evolución de tal modelo se orienta a la protección de toda la población, cualquiera sea su concreta situación laboral. Se trata de un sistema universal y uniformizado de prestaciones sociales, financiado por las contribuciones y unificado a través de un servicio público único que se encuentra bajo la autoridad estatal. La universalidad, principio de la seguridad social moderna, busca la inclusión de otros sectores de la colectividad en su marco protector. Por ello, es que el proceso evolutivo del instituto ha llevado a que se brinden medidas protectoras no solo a los trabajadores dependientes sino a sus familiares, a los trabajadores y profesionales independientes[14]. Dicha característica ha sido recogida por el ordenamiento legal en el artículo 2 del reglamento de la Ley 26790, el cual establece que la seguridad social "(...) se orienta hacia el logro de la universalidad en el acceso a los servicios de salud a fin de cubrir toda la población".

14. Al amparo del principio de universalidad el legislador ha previsto diversas prestaciones para los beneficiarios de la seguridad social. Las que corresponden a la salud se clasifican en preventivas,promocionales y de recuperación.[15]Para el reconocimiento de estas prestaciones y de las demás contempladas en el ordenamiento legal se ha previsto el derecho de cobertura.[16] En el caso de los afiliados regulares y sus derechohabientes, comprende las prestaciones de la capa simple y la capa compleja, no pudiendo tener una cobertura menor al Plan Mínimo de Atención.[17] En esta

línea, se ha establecido que los asegurados regulares en actividad tienen derecho a las prestaciones de primera capa a cargo de EsSalud o de la entidad empleadora a través de servicios propios o de planes contratados con una EPS, según sea el caso; así como a las prestaciones de la segunda capa y subsidios económicos a cargo de EsSalud.[18] Por ello, cuando las prestaciones de salud recaigan en un empleador, serán de cargo de EsSalud, exclusivamente, las prestaciones derivadas de la capa compleja, mientras que la capa simple deberá ser cubierta por la entidad particular, recayendo en ésta –como ya se ha indicado– el derecho de acceso a la seguridad social, siempre teniendo en cuenta que los asegurados no pueden tener una cobertura de atención menor al Plan Mínimo. Debe precisarse que la capa simple o primera capa ha sido definida legalmente[19] como el conjunto de intervenciones de salud de mayor frecuencia y menor complejidad, y capa compleja como las intervenciones de salud en menor frecuencia y mayor complejidad que no forman parte de la primera capa. Para lograr separar la cobertura y con ello delimitar la responsabilidad en las entidades gestoras en la prestación de los servicios de salud, las dolencias o enfermedades que conforman la capa simple han sido materia de una clasificación cuyo listado forma parte del ordenamiento pertinente. La idea central en este contexto es que ambas capas forman un conjunto de prestaciones médicas que representan la cobertura que garantiza el Estado en el marco de la seguridad social.

15. Este Tribunal, en la STC 3208-2004-PA, se ha pronunciado sobre la cobertura que brinda en el Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud derivada del desempleo o de la suspensión perfecta de labores. En dicha oportunidad se concluyó que la cobertura por capas brindadas en función al tiempo de aportación "(...) no vulneran el derecho fundamental a la salud y no trasgreden el marco legal en que se facultó su reglamentación, dado que, en tanto se constata que las prestaciones de salud se han incrementado ampliando su cobertura a nuevas contingencias (...)"[20]. Es preciso acotar que en dicho supuesto la cobertura por el periodo de latencia comprende en primer término, cualquiera sea su duración, a la capa simple y a la compleja y, posteriormente, por un periodo similar, la capa compleja y la de maternidad. De ello se concluye que la cobertura en ambos tramos se establece como un conjunto de prestaciones en salud que se encuentra garantizado a través de la seguridad social.

§ Análisis del caso concreto

16. La defensa de Southern Perú ha girado, básicamente, en la alegación de tres hechos. En primer lugar, que la obligación de brindar asistencia médica y hospitalaria se deriva de su calidad de empresa minera. En segundo lugar, que no existe arbitrariedad en su accionar debido a que sólo procedió en atención al pedido del codemandado. Y por último, que la demandante tiene cubiertas las prestaciones médicas y hospitalarias por EsSalud.

17. La calidad de empresa minera de la codemandada no está en discusión, pero sostener que el origen de las prestaciones de salud que brinda se sustenta exclusivamente en dicha calidad no se ajusta a la normatividad vigente y de autos. En efecto, el artículo 206 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (LGM), aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM, dispone que los titulares de la actividad minera deben brindar algunas prestaciones a los trabajadores que laboren en zonas alejadas y a sus familiares, entre las que se encuentra la asistencia médica y hospitalaria en forma gratuita siempre y cuando las prestaciones no sean cubiertas por EsSalud. En el mismo sentido, el artículo 131 del Decreto Supremo 046-2001-EM, Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, precisa que los familiares deben tener residencia permanente en la zona alejada. Las prestaciones gratuitas, sin embargo, solo serán de cargo de la empresa minera cuando no sean brindadas por ella misma como entidad empleadora mediante servicios propios o mediante un plan contratado a la EPS. Es pertinente indicar que la cobertura que brinda Southern Perú, sea en forma gratuita o derivada de la seguridad social, se rige por la Ley 26790 y su reglamento y por las normas del Sector Salud.[21] Esto significa que sólo excepcionalmente operará la asistencia médica y hospitalaria gratuita para los trabajadores de una empresa minera y para sus familiares, mientras que en las prestaciones regulares la obligada es la misma empresa, no por dedicarse a la actividad minera sino por el solo hecho de actuar como entidad empleadora gestora de servicios de salud en el modelo de seguridad social vigente. En ese sentido, debe añadirse que la Constancia expedida por el Coordinador de la Oficina de Seguros de Ilo (f. 65) acredita que el codemandado, don Víctor Hugo Manchego Arias, recibe la cobertura directamente de la entidad empleadora a través del Hospital de Southern Perú Cooper Corporation, conforme lo estipula la Ley 26790. Tal situación queda corroborada por la hoja de Información del asegurado que consigna como EPS a Southern Perú[22].

18. Con relación al pedido de supresión de atención médica formulado por el codemandado, que eximiría de toda responsabilidad a Southern Perú, debe precisarse que, en virtud a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la entidad empleadora se erige como destinataria del derecho a la seguridad social, por lo que no es posible dejar al arbitrio del trabajador el retiro de sus dependientes aduciendo el respeto al contrato de trabajo. En este caso la relación laboral no es un presupuesto que pueda franquear al trabajador disponer del derecho fundamental cuya titularidad, desde la óptica constitucional, también reposa en otra persona; así, "(...) la cobertura que ofrezca la Entidad Empleadora con cargo al crédito, sea a través de servicios propios o de planes contratados con una EPS, deberá contemplar los mismos beneficios para todos los trabajadores cubiertos y sus derechohabientes, independientemente de su nivel remunerativo."[23], de lo que se desprende que debe respetarse el principio de igualdad entre los asegurados sin que el monto de las aportaciones genere un trato inequitativo en el servicio ni en la cobertura.

19. La codemandada, Southern Perú, refiere que la demandante se encuentra afiliada a EsSalud, por lo que

está garantizado su derecho al acceso a las prestaciones de salud. Al respecto, en el fundamento 14, supra, se ha señalado que la protección que se brinda mediante el modelo de seguridad social existente en el Perú comprende a distintos gestores, siendo por excelencia EsSalud como entidad pública la que se encuentra obligada a prestar todas las prestaciones previstas en la ley. Sin embargo, cuando las gestoras sean entidades privadas o mixtas, se ha previsto una división en la cobertura del conjunto de prestaciones, lo que quiere decir que EsSalud brindará prestaciones para determinadas dolencias y la entidad empleadora para otras distintas. En dicho supuesto se encuentra Southern Perú, entidad empleadora a la cual corresponde otorgar las prestaciones de la capa simple, es decir cubrir las intervenciones de salud de mayor frecuencia y menor complejidad, tal como se verifica de la Constancia de EsSalud (f. 65), de la Hoja de Información del asegurado correspondiente a la actora[24] y del Acta de Verificación Notarial (fojas 126 y 127).

20. Siendo así, es válido concluir que Southern Perú es la destinataria del derecho fundamental a la seguridad social por recaer en ella la responsabilidad de brindar las prestaciones de salud previstas en el ordenamiento legal. Desde otro punto de vista, es indudable que tal responsabilidad forma parte de ese engranaje que permite poner en marcha el mecanismo para que el sistema institucionalizado de prestaciones, que conforma la seguridad social, funcione ordenada y eficientemente.

21. La demandante señala que la atención médica le corresponde en su calidad de cónyuge de don Víctor Hugo Manchego Arias y acredita su estado civil con la partida de matrimonio expedida por la Municipalidad de Ilo (f.2). Por su parte, el codemandado indica que se encuentra separado de la demandante y que tienen un proceso de divorcio en trámite. Sobre el particular, este Colegiado advierte que el codemandado no ha presentado prueba alguna que demuestre su afirmación, por lo que no puede tomarse este argumento en cuenta para analizar la presunta lesión del derecho fundamental denunciado. En ese sentido debe tenerse presente que el trabajador activo es afiliado regular de EsSalud y su cónyuge tiene la calidad de derechohabiente[25]; por tanto, la demandante tiene la titularidad del derecho a la seguridad social, correspondiéndole, en consecuencia, recibir las prestaciones de salud previstas dentro del modelo de seguridad social, tanto las contempladas dentro de la capa simple como las que pertenezcan, por defecto, a la capa compleja.

22. Southern Perú, como entidad empleadora que brinda mediante servicios propios las prestaciones de salud bajo los alcances de la Ley 26790, es la responsable, como destinataria del derecho fundamental a la seguridad social, de proporcionar a la demandante las prestaciones de la capa simple previstas en el ordenamiento legal. Es importante precisar que es incompatible, a partir de la posición que ocupa la seguridad social como derecho social, que Southern Perú se haya abstenido de cumplir con las prestaciones a su cargo, actuando como simple mandataria del codemandado al recibir su solicitud, puesto que tales prestaciones no se derivan de una facultad que nace del vínculo laboral, sino de la obligación de asistencia que le impone la colectividad en virtud, principalmente, del principio de solidaridad, inmanente a la seguridad social, y cuyo fundamento proviene directamente de la Constitución.

23. En cuanto al accionar del codemandado, debe indicarse que si bien Southern Perú era la obligada a evaluar los alcances del pedido formulado, en tanto destinataria del derecho fundamental, la conducta del primero también lesiona el derecho fundamental de la actora al disponer del seguro como si se tratase de un derecho que solo se encuentra en la esfera de su titularidad. Debe tenerse en cuenta que la obtención de la calidad de asegurado, al cumplir con los presupuestos para ello, genera el acceso a las prestaciones de seguridad social reconocidas y protegidas constitucionalmente, pero no solamente para el trabajador sino que este derecho se irradia hacia sus derechohabientes que cumplan con los requisitos previstos legalmente.

24. En el fundamento 6, supra, se ha dejado sentada la correlación existente entre el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. Al respecto, se ha indicado que al verificarse la relación entre el derecho a la salud, en cualquiera de sus manifestaciones, y el derecho a la seguridad social, el primero servirá como condición para la habilitación del ejercicio de otros derechos.
En el presente caso está claro que la lesión del derecho a la seguridad social se ha materializado al recortársele arbitrariamente a la demandante el acceso a las prestaciones de salud a las que tiene derecho como cónyuge del codemandado, lo que incide en el contenido del derecho. Sin embargo, este Colegiado advierte que también se ha producido el quebrantamiento del derecho a la salud en conexión con el derecho a la seguridad social. En efecto, del Informe médico expedido por el Superintendente del Hospital SPCC Ilo (f. 73) se advierte que la demandante es "(...) portadora de Hipotoriodismo (sic) por lo que acude al Hospital periódicamente para continuar tratamiento". Asimismo, del certificado médico de fecha 14 de junio de 2005 (f. 21) se advierte que presenta un "lipoma en región subclavicular izquierda, para lo cual requiere de tratamiento quirúrgico". Estas circunstancias afectan el estado de salud de la demandante y en una situación ordinaria debieron ser atendidas por la entidad empleadora, conforme a las obligaciones que recaen sobre ella, lo que, al no haberse producido, por exclusiva responsabilidad de la gestora, conforme fluye de la carta de fecha 10 de enero de 2005 (f. 4), determina que se haya vulnerado el derecho a la salud en el elemento esencial referido a la accesibilidad, que desde la perspectiva de la configuración del derecho a la seguridad social supone, como se ha indicado, el acceso a las prestaciones de salud.

25. En consecuencia, al verificarse la vulneración del derecho a la seguridad social y a la salud de la demandante, este Colegiado estima la demanda.
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia **NULA** la carta de fecha 27 de diciembre de 2004.
2. Ordenar a Southern Perú Cooper Corporation cumplir con brindar a la demandante las prestaciones de salud a las que se encuentra obligada, conforme a los fundamentos de la presente sentencia, y a don Víctor Hugo Manchego Arias abstenerse de realizar actos como el descrito que lesionen el derecho fundamental de su derechohabiente, la cónyuge recurrente.
3. Ordenar a los codemandados cumplan solidariamente con el pago de costas y costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

---

[1] Ver fundamento 14.
[2] STC 0050-2004-PI, 0051-2004-PI, 0004-2005-PI y 0007-2005-PI (acumulados), fundamento 53.
[3] Ibídem, fundamento 54.
[4] STC 01956-2004-AA, fundamento 7.
[5] STC 01711-2004-AA, fundamento 2.
[6] STC 0050-2004-PI, 0051-2004-PI, 0004-2005-PI y 0007-2005-PI (acumulados), fundamento 55.
[7] STC 01711-2004-PA, fundamento 2.
[8] STC 008-1996-AI, fundamento 10.
[9] STC 0050-2004-PI, 0051-2004-PI, 0004-2005-PI y 0007-2005-PI (acumulados), fundamento 55.
[10] Artículo 2 de la Ley 26790.
[11] Artículo 3 del Decreto Supremo 009-97-SA.
[12] STC 00141-2005-PA, fundamento 6.
[13] Fue Otto von Bismarck quien estableció en 1883 en Alemania, por primera vez, un sistema de seguros sociales.
[14] Artículos 3 de la Ley 26790 y 24 del Decreto Supremo 009-97-SA y artículo 14 de la Ley 27056.
[15] Artículos 9 de la Ley 26790 y 10 del Decreto Supremo 009-97-SA.
[16] El artículo 10 de la Ley 26790 establece que los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones del Seguro Social de Salud siempre que cuenten con tres meses de aportación o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inició la contingencia y que la entidad empleadora haya declarado y pagado o se encuentre en fraccionamiento vigente las aportaciones de los doce meses anteriores a los seis meses previos al mes de inicio de atención, según corresponda. En caso de accidentes basta que exista afiliación.
[17] Conforme al artículo 2 inciso h) del Decreto Supremo 009-97-SA, el Plan Mínimo de atención es el conjunto de intervenciones de salud que como mínimo deben estar cubiertas por los planes de salud ofrecidos por el régimen contributivo de la seguridad social en salud.
[18] Artículo 34 del Decreto Supremo 009-97-SA.
[19] Artículo 2, incisos f y g del Decreto Supremo 009-97-SA.
[20] STC 3208-2004-PA, fundamento 15.
[21] Artículos 161 y 163 del Decreto Supremo 046-2001-EM.
[22] www.essalud.gob.pe.
[23] Artículo 41 del Decreto Supremo 009-97-SA.
[24] www.essalud.gob.pe.
[25] Artículo 3 de la Ley 26790 y artículo 30 del Decreto Supremo 009-97-SA (modificado por el artículo 4 del Decreto Supremo 020-2006-TR).

Exp. N° 1004-2006-PHD/TC *[Proceso de Hábeas Data promovido por Miguel Alejandro Guerra León. Sobre libertad religiosa y abandono de confesión religiosa].*

Fecha de Resolución: 17 de abril de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de noviembre de 2007

Resumen: La presente sentencia adquiere relevancia toda vez que en ella se precisó que la anulación de la partida de bautismo y eventualmente cualquier otro documento en que pudiera constar cualquier otro sacramento de una persona, se halla vinculado a la protección de la libertad de conciencia y de religión, reconocidos por el artículo 2°, inciso 3), de la Constitución, por ello, no es el proceso de hábeas data la vía para la protección de aquellos derechos, sino el proceso constitucional de amparo, debiendo agotarse la vía previa, en este caso, ante las propias instancias de la Iglesia Católica. Agotada tal vía, queda habilitado el proceso de amparo para pretensiones de este género.

Por otro lado, respecto al extremo en que el recurrente solicitó se le declare en apostasía y cisma, el Tribunal Constitucional señaló que mediante esta acción de garantía constitucional no se puede exigir a la Iglesia Católica que emita decreto arzobispal mediante el cual se declare tal condición, pues esta pretensión no se halla amparada por el derecho constitucional y no se encuentra comprendida dentro del compendio reconocido como derechos protegidos a través del proceso de hábeas data.

Temas claves: Anulación y rectificación de información contenida en archivos bautismales - declaración de apostasía y cisma - libertad de conciencia - libertad de religión.

EXP. N.° 1004-2006-PHD/TC
LIMA
MIGUEL ALEJANDRO
GUERRA LEÓN

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 17 de abril de 2007

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Alejandro Guerra León contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 78, su fecha 8 desetiembre de 2005, que declara improcedente in límine la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 27 de agosto de 2003 el recurrente interpone demanda de hábeas data contra el Arzobispo de Lima ingeniero Juan Luis Cipriani Thorne con el objeto de que se rectifique, anule y borre información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima y se impida que estadísticamente se le siga considerando como miembro de la Iglesia; asimismo solicita que por Decreto Arzobispal se le considere incurso en apostasía y cisma, tal como se define en el Canon 751 del Codex Iuris Canonici, cuyo tenor a la letra cita en su demanda: "Se llama herejía la negación pertinaz, después de haber recibido el bautismo, de una verdad que ha de creerse con fe divina y católica, o a la duda pertinaz sobre la misma; apostasía es el rechazo total de fe cristiana, cisma, el rechazo a la autoridad del sumo pontífice o de la comunión con los miembros de la iglesia a él sometidos".

2. Que tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, bajo el argumento de que mediante la acción constitucional de hábeas data no se puede exigir se emita algún Decreto Arzobispal mediante el cual se considere a un miembro de la iglesia católica en apostasía y cisma, ya que esta tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales previstos en el artículo 2°, incisos 5 y 6 de la Constitución, y en la demanda lo que se pretende es obligar a una autoridad eclesiástica a que excluya el nombre de un feligrés de un archivo bautismal.

3. Que de la demanda se desprende que el recurrente formula dos pretensiones, las cuales deben ser analizadas por separado:
a) Que se rectifique, anule y borre información contenida en los archivos del arzobispado de Lima y se impida que estadísticamente se le siga considerando como miembro de la Iglesia Católica.
b) Que por Decreto Arzobispal se le considere incurso en apostasía y cisma, tal como se define en el Canon 751 del Codex Iuris Canonici.

4. Que respecto a la primera pretensión contenida en el fundamento 3.a) de la presente demanda, esta puede dividirse en dos partes:
a.1) Que se anule la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima.
a.2) Que se rectifique y borre la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima y se impida que estadísticamente se siga considerando al recurrente como miembro de la Iglesia Católica.

5. Que respecto al extremo a.2) reseñado supra, debe precisarse que, para que se pueda borrar y rectificar la información contenida en los Archivos del Arzobispado, es necesario proceder antes a su anulación, pues no es posible pedir la rectificación y borrado de la información si antes no se ha hecho ello. En tanto subsista tal información no puede rectificarse dado que continúa siendo información exacta y cierta. Por esta razón, siendo el petitorio contenido en a.2), subordinado al petitorio contenido en a.1), corresponde analizar como cuestión central si aquél puede ser o no atendido en el proceso de hábeas data.

6. Que el petitorio de que se anule la partida de bautismo y eventualmente cualquier otro documento en que pudiera constar cualquier otro sacramento del recurrente, se halla vinculado a la protección de la libertad de conciencia y de religión, reconocidos por el artículo 2º, inciso 3), de la Constitución. En efecto, la libertad de conciencia garantiza a la persona la libertad de adoptar una concepción determinada del mundo y, en consecuencia, actuar de conformidad con tales postulados. Por su parte, la libertad de religión garantiza, entre otros atributos, lo que se denomina libertad negativa de religión y, ciertamente, la actuación conforme a esta opción.

7. Que esto no significa en absoluto una valoración sobre el fondo de la controversia sino únicamente la precisión de que la pretensión del recurrente está vinculada a la protección de la libertad de conciencia y de religión y que, en consecuencia, lo procesalmente relevante es que no es el proceso de hábeas data la vía para la protección de aquellos derechos, sino el proceso constitucional de amparo.

8. Que lo anterior conduciría a declarar la nulidad del presente proceso a efectos de que pueda ser sustanciado como proceso de amparo. Sin embargo, un requisito de procedencia para promover este proceso es el agotamiento de la vía previa. El agotamiento de la vía previa en este caso sería ante las propias instancias de la Iglesia Católica; en consecuencia, agotada tal vía, quedará habilitado el proceso de amparo para pretensiones de este género.

9. Que respecto al extremo en que el recurrente solicita se le declare en apostasía y cisma se debe señalar que mediante esta acción de garantía constitucional no se puede exigir a la Iglesia Católica que emita decreto arzobispal mediante el cual se declare tal condición, pues esta pretensión no se halla amparada por el derecho constitucional y no se encuentra comprendida dentro del compendio reconocido como derechos protegidos a través del proceso de hábeas data.
Por estos considerandos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas data.

Publíquese y notifíquese.

SS.
GONZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

Exp. N° 2700-2006-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Víctor Alfredo Polay Campos. Sobre la naturaleza del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao y el derecho a la libertad religiosa].*

Fecha de Resolución: 23 de marzo de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de marzo de 2007

Resumen: En el presente caso el Tribunal Constitucional parte de la premisa de que la persona procesada o sentenciada que se encuentre recluida en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida de ejercer su derecho a la libertad de religión. Y, en esa línea, destaca como contenido de la libertad religiosa, el derecho a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa.

De ahí que en su F.J. 13 señale que "es innegable que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de las personas a profesar una determinada religión, da lugar también al derecho a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa correspondiente sin que se atente contra el orden público o contra la moral pública. Y es que la libertad religiosa no sólo se expresa en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicarla. Así, una vez formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se exterioriza ya sea en la concurrencia a lugares de culto, a la práctica de los ritos de veneración, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, entre otros)".

Y precisa seguidamente en el fundamento 16 de la sentencia que "(...) la persona que se encuentra internada –procesada o sentenciada– en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida, *prima facie*, de ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa; siempre que de ello no deriven afectaciones a los derechos fundamentales de los demás o no impliquen actos de intolerancia que pongan en riesgo otros bienes constitucionales como el orden público, la moral, la seguridad de la población, bienes que, según el artículo 44° de la Constitución le corresponde también proteger al Estado".

Por ello, estima el Tribunal que el Comité Técnico del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (CEREC) debe evaluar y responder la solicitud del demandante, a fin de no vulnerar su derecho a la libertad religiosa.

Temas claves: Derecho a la libertad de conciencia y religión

EXP. N.° 2700-2006-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR ALFREDO
POLAY CAMPOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de marzo de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli y, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Alfredo Polay Campos, contra la sentencia de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 352, su fecha 29 de diciembre de 2005, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 17 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Ministro de Justicia, el Ministro de Defensa, el Presidente del Comité Técnico del Centro de Reclusión Especial de la Base Naval del Callao y el Jefe del Centro de Reclusión de máxima seguridad de la Base Naval del Callao, por la presunta vulneración de sus derechos a la vida, a

la dignidad, a la integridad física y psicológica; y a la resocialización, reeducación y rehabilitación como fines de la pena. En consecuencia, solicita que se disponga su traslado a un penal de máxima seguridad para civiles, que se encuentre a cargo del Instituto Nacional Penitenciario (en adelante INPE).

La demanda se fundamenta en los siguientes argumentos:

- El accionante se encuentra en un centro de reclusión militar pese a haber sido condenado, en un primer momento, por el supuesto delito de terrorismo en el fuero común. Asimismo, señala que, si bien en la actualidad su proceso se encuentra en trámite, su permanencia en la Base Naval vulnera el principio de igualdad de armas en el proceso, puesto que deberá responder en juicio por los enfrentamientos ocurridos entre la Marina de Guerra del Perú y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (en adelante MRTA).
- De otro lado, señala que los internos no se encuentran adecuadamente distribuidos, puesto que no se ha tomado en consideración los antagonismos ideológicos y políticos que existen entre los miembros del MRTA y de Sendero Luminoso.
- Si bien las condiciones de su reclusión se flexibilizaron una vez concluido el gobierno de Alberto Fujimori –en que fue sometido a un régimen de crueldad de acuerdo a lo señalado por la Cruz Roja Internacional–, el reducido número de reclusos del penal le impide entablar relaciones normales con otras personas y revertir, en cierta forma, el daño psicológico ocasionado durante el tiempo en que fue sometido al régimen de silencio e inactividad total.
- Finalmente, señala que lleva trece años recluido, sin condena, siendo privado de sus derechos a la libertad de culto, a ser asistido por un consejero espiritual, a la educación, a la libertad de creación intelectual, a la información, a la libertad de expresión y a los beneficios penitenciarios.

2. Investigación sumaria de hábeas corpus

Realizada la investigación sumaria, se recibe la declaración indagatoria del demandante, quien se ratifica en el contenido de su demanda (fojas 18 a 22). Por su parte, los demandados coinciden en señalar que el tratamiento de los internos del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao está a cargo del INPE y que el demandante ha sido recluido en dicho establecimiento, junto a otro civiles, por ser considerado un reo "de alta peligrosidad". Asimismo, niegan que esté siendo víctima de algún tipo de afectación a su integridad física o psicológica, más aún si el régimen de reclusión impuesto al recurrente se ha ido flexibilizando gradualmente. Finalmente, descartan la necesidad de que sea trasladado a otro establecimiento penitenciario puesto que el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao está adecuadamente preparado para prevenir cualquier tipo de enfrentamiento entre los integrantes del MRTA y Sendero Luminoso (fojas 32 a 40, 193 a 206 y 213 a 214)

Asimismo, con fecha 27 de setiembre de 2005, la Juez del Cuadragésimo Sexto Juzgado Penal de Lima se dirigió a los ambientes del Centro de Reclusión Especial de la Base Naval del Callao, con el objeto de llevar a cabo la diligencia de constatación de la celda en que permanece recluido el demandante (fojas 170).

3. Resolución de primer grado

Con fecha 27 de octubre de 2005, el Cuadragésimo Sexto Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundada la demanda en el extremo en que alega la vulneración de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica, a la socialización y a la rehabilitación. Asimismo, declara fundada la demanda en el extremo relativo al INPE, disponiendo que una vez culminado el proceso judicial se efectúe una clasificación y se traslade al demandante, de ser el caso, a otro establecimiento penitenciario de máxima seguridad. Finalmente, declara improcedente la demanda respecto de aquellos emplazados que, a la fecha, no se encuentran ejerciendo el cargo por el cual fueron demandados.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 29 de diciembre de 2005, la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos de Reos en Cárcel, declaró infundada la demanda por considerar que no se ha acreditado al existencia de una efectiva vulneración a los derechos fundamentales invocados en la demanda, más aún si las actuaciones de los demandados se han ajustado a las normas reglamentarias que regulan la materia.

III. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis integral de lo actuado se desprende que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional ordene su traslado a un penal de máxima seguridad para civiles y que esté a cargo del INPE. Considera que, al estar recluido en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (en adelante, CEREC), se afectan sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica; y a la resocialización, reeducación y rehabilitación como fines de la pena.

Análisis constitucional del caso concreto

2. Previamente a resolver la cuestión de fondo, el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar que el proceso constitucional de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende a otros derechos fundamentales. En efecto, su tutela comprende también la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados.

3. Por ello, es legítimo que ante la afectación de tales derechos fundamentales o de aquellos derechos directamente conexos al de la libertad personal o ante la lesión de derechos diferentes al de la libertad, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual, puedan ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, que la tipología elaborada por

la doctrina ha denominado como hábeas corpus correctivo. Sobre la naturaleza –civil o militar– del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao

4. Ahora bien, una primera cuestión que el demandante considera que atenta contra sus derechos fundamentales invocados está relacionada con el carácter –civil o militar– del establecimiento penitenciario en el cual se encuentra. Según afirma, está recluido en un establecimiento penitenciario militar, siendo que el sistema penitenciario debe estar bajo el control civil y no militar. El Tribunal Constitucional no comparte esta afirmación del demandante.

5. Ello por cuanto que, de conformidad con la Disposición Final Única del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, de fecha 19 de agosto de 2001,
"El Ministerio de Justicia y el Ministerio de Defensa podrán celebrar, con la participación del Instituto Nacional Penitenciario y la Marina de Guerra del Perú, Convenios de Cooperación Interinstitucional relacionados con la administración del CEREC, regulación del régimen de vida y tratamiento y el desarrollo de las acciones de tratamiento de los internos recluidos en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao".

6. Si bien es cierto que la custodia de los procesados y sentenciados que están en el CEREC está a cargo de efectivos de la Marina de Guerra del Perú, ello no convierte, necesariamente, a dicho establecimiento penitenciario en uno de carácter militar, por cuanto que según el artículo 41º del mencionado Decreto Supremo, es el Comité Técnico, presidido por el Presidente del INPE –en representación del Ministerio de Justicia–, un representante de la Defensoría del Pueblo entre otros, el que asume la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del Reglamento del CEREC. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimada.

7. La segunda cuestión que el demandante considera lesivo de sus derechos fundamentales es que, al estar recluido conjuntamente con miembros de Sendero Luminoso no se le permite que se desarrolle como persona, dadas las profundas diferencias políticas e ideológicas que existe con aquellos. Este hecho, según afirma, no le permite realizar una convivencia social adecuada; lo que sí lograría, según dice, si es que se le permitiera relacionarse con otras personas que tengan afinidad, amistad, cultura y estudios semejantes.

8. Este Colegiado no comparte las afirmaciones del demandante. Conforme dispone el artículo 63º del Código de Ejecución Penal:
"El interno es clasificado en grupos homogéneos diferenciados, en el Establecimiento Penitenciario o sección del mismo que le corresponda, determinándose el programa de tratamiento individualizado".
Ello quiere decir que la clasificación de los internos se realiza en función de criterios objetivos y técnicos con la finalidad de que se elabore y determine el programa de tratamiento individualizado de cada interno. Lo que obedece a la necesidad de que se dé cumplimiento al mandato constitucional establecido en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución del Estado. Por ello es que existen "Normas de Clasificación para internos Procesados y/o Sentenciados a nivel nacional" (Directiva N.º 001-97-INPE/DGT).

9. Es más, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal (artículo 11º) y con su Reglamento (artículo 46º del), la orientación ideológica y política no son criterios técnicos de clasificación de los internos tal como lo ha previsto el legislador; por lo que este Tribunal considera que no se afectan los derechos que invoca el actor por el hecho de estar en un establecimiento penitenciario en el cual se encuentran también internos con distinta orientación política e ideológica. Claro está, ello no exime a que la autoridad penitenciaria garantice la seguridad e integridad personal de cada uno de los internos.

10. En el caso específico, el demandante se encuentra comprendido dentro de los alcances de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, según el cual el CEREC alberga a los jefes o dirigentes principales de las organizaciones delictivas que se encuentren procesados o sentenciados por delitos de terrorismo, traición a la patria, contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas o delitos contra la humanidad y por razones fundadas de seguridad nacional; lo que no obsta para que se señale que el régimen penitenciario del CEREC se fundamente en la convivencia pacífica, el trabajo y el desarrollo de actividades culturales y educativas, y la seguridad dentro del respeto a los derechos fundamentales y a la Constitución. En este extremo, por tanto, tampoco este Tribunal encuentra que se hayan afectado los derechos invocados por el demandante.

Sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa

11. La tercera cuestión tiene que ver con la supuesta afectación del derecho a la libertad religiosa. El demandante señala que durante trece años se le ha impedido ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa, pues no obstante haber solicitado en múltiples oportunidades la asistencia de un consejero espiritual, dicha solicitud le ha sido denegada. Por su parte, en su declaración de descargo, de fecha 04 de octubre de 2005 (fojas 193) los emplazados no han desvirtuado lo alegado por el demandante.

12. Al respecto, el artículo 2º inciso 3 de la Constitución, reconoce como derecho fundamental de toda persona "(...) la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público". En sentencia anterior (STC 0256-2003-HC/TC, FJ 15) este Colegiado señaló que

"[l]a libertad religiosa, como toda libertad constitucional, consta de dos aspectos. Uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa".

13. Es innegable que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de las personas a profesar una determinada religión, da lugar también al derecho a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa correspondiente sin que se atente contra el orden público o contra la moral pública. Y es que la libertad religiosa no sólo se expresa en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicarla. Así, una vez formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se exterioriza ya sea en la concurrencia a lugares de culto, a la práctica de los ritos de veneración, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, entre otros.

14. Pero es parte también del contenido, del derecho en mención, recibir la asistencia o consejería religiosa, necesarias para la tranquilidad espiritual de las personas que pudieran encontrarse dentro de un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros. Ello es así en la medida que existe íntima relación de la libertad religiosa con el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), por lo que es un derecho que el Estado debe proteger, si bien dentro de los límites previstos en nuestra Constitución.

15. El derecho fundamental a profesar una religión, en consecuencia, está reconocida en la Constitución pero, al igual que los demás derechos fundamentales, no como un derecho absoluto o sin límites. Por ello, negar la titularidad de dicho derecho sería inconstitucional, mas no regular las condiciones de su ejercicio; más aún si el demandante se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario de alta seguridad. Por ello, atendiendo a que la Constitución establece como derecho fundamental de todas las personas –incluido los reclusos– a la libertad religiosa –la misma que se asienta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana– y que el principio del régimen penitenciario tiene por objeto reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad, recibir asistencia religiosa como un medio penitenciario y como un fin en sí mismo de resocialización a través de la fe, no constituye una violación constitucional a los valores del orden público y a la seguridad ciudadana.

16. Dicho esto, es evidente que la persona que se encuentra internada –procesada o sentenciada– en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida, prima facie, de ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa; siempre que de ello no deriven afectaciones a los derechos fundamentales de los demás o no impliquen actos de intolerancia que pongan en riesgo otros bienes constitucionales como el orden público, la moral, la seguridad de la población, bienes que, según el artículo 44º de la Constitución le corresponde también proteger al Estado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que, no habiéndose desvirtuado las afirmaciones, en este extremo, del demandante, el Comité Técnico del CEREC debe evaluar y responder la solicitud del demandante, a fin de no vulnerar su derecho a la libertad religiosa.

Sobre el derecho fundamental a la libertad de información

17. El recurrente también alega la presunta vulneración de su derecho fundamental a la libertad de información, pues afirma que no se le permite conceder entrevistas y conversaciones sobre su situación personal y jurídica que, muchas veces, los medios de comunicación tergiversan y que, por derecho, requiere de rectificaciones. Sobre esto, es pertinente dejar establecido que las personas internadas en un establecimiento penitenciario no pierden sus derechos fundamentales por el mero hecho de estar recluidos, ya sea como procesados o sentenciados.

18. Sin embargo, es igualmente verdad que los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, pueden ser restringidos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De ahí que el derecho a la libertad de información puede ser restringido, razonablemente, cuando se trate de garantizar la seguridad personal del interno o la seguridad del establecimiento penitenciario. Esto, sin embargo, no se configura en el caso del demandante, pues, como él mismo lo afirma (fojas 33), tiene acceso a libros y periódicos para lectura y a determinados medios de comunicación (radio, televisión). Motivo por el cual, se aprecia que la autoridad penitenciaria está respetando su derecho a la libertad de información.

Sobre el beneficio penitenciario de la visita íntima

19. Finalmente, el actor cuestiona el hecho que no se le haya otorgado el beneficio penitenciario de la visita íntima. Sobre esta cuestión se ha de señalar que el Tribunal Constitucional ha afirmado (STC 0842-2003-HC/TC, FJ 3) que

[e]n estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, a fin de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. (...) En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. (...) Por otro lado, no cabe duda que aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción del acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables.

20. En ese sentido, la visita íntima en nuestro ordenamiento jurídico-penitenciario y tal como dispone el artículo 58º del Código de Ejecución Penal es un beneficio penitenciario que "tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino". Su concesión, como todo beneficio penitenciario, está sujeto no sólo al cumplimiento de determinados requisitos previstos en el artículo 195º in fine del Reglamento del Código de Ejecución Penal, sino también a la valoración positiva que en este caso le corresponde analizar y resolver al Comité Técnico, tal como dispone el artículo 22º del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS y no al Tribunal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo referido al traslado del demandante a otro establecimiento penitenciario.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido al derecho a la libertad religiosa; en consecuencia, ordena que el Comité Técnico del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, resuelva la solicitud del demandante en el extremo referido a la visita de un sacerdote católico.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI

Exp. Nº 3501-2006-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por Ricardo David Chávez Caballero. Sobre la constitución y régimen jurídico de los trabajadores de confianza].

Fecha de Resolución: 15 de marzo de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de noviembre de 2007

Resumen: A juicio del Tribunal Constitucional, los trabajadores que asumen cargos de confianza o de dirección están supeditados a la confianza del empleador. Por ello, el retiro de la misma extingue la relación laboral, siempre y cuando el trabajador desde el principio de sus labores haya ejercido el mencionado cargo. De otro lado, señala también el Tribunal en su sentencia, la observancia que debe tener el empleador de la calificación de dirección o de confianza de los trabajadores.

Así, pues, se advierte que "la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (...), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley" (F.J. 11.f).

Y en el F.J. 16 se señala que "la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él".

Temas claves: Causal de despido por retiro de confianza - derecho al trabajo - trabajador de confianza.

EXP. N.° 03501-2006-PA/TC
LIMA
RICARDO DAVID
CHÁVEZ CABALLERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ricardo David Chávez Caballero contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 236, su fecha 11 de noviembre de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 22 de setiembre de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco Central de Reserva del Perú, solicitando que se disponga su reposición en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, se le reintegren las remuneraciones dejadas de percibir, incluyendo los aumentos o beneficios, así como el pago de costas y costos del proceso y la apertura de la instrucción correspondiente a los responsables de la violación de sus derechos fundamentales. Manifiesta haber sido despedido de manera injustificada, imputándosele hechos falsos, como el ser supuestamente responsable de haber participado en la irregular adquisición de software, cuando él no participó en dicha operación. Asimismo, sostiene que la emplazada invocó como causal de despido el "retiro de confianza", la cual no está prevista como tal en la legislación laboral.

2. Contestación de la demanda
El emplazado contesta la demanda argumentando que la grave irregularidad laboral cometida por el demandante consiste, precisamente, en no haber intervenido en el proceso de adquisición de las licencias del software Lotus Domino, pese a que era su obligación coordinar, registrar y analizar los requerimientos de programas de cómputo e intervenir en la evaluación técnica de dicho proceso, lo que determinó la pérdida de la confianza y, como consecuencia de ello, el término de la relación laboral.

3. Resolución de primer grado
El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 9 de febrero del 2005, declara infundada la demanda en todos sus extremos, por considerar que el demandante era un trabajador de confianza, que no tenía estabilidad laboral y que, por tanto, no hubo despido sino que el vínculo laboral terminó por el retiro de la confianza, no existiendo ninguna afectación a sus derechos constitucionales.

4. Resolución de segundo grado
La recurrida confirma la apelada por similares argumentos.

III. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. La pretensión del demandante es que se deje sin efecto el despido del cual ha sido víctima y que, por consiguiente, se le reponga en el cargo que venía desempeñando; se le paguen las remuneraciones dejadas de percibir y las costas y costos del proceso, y se ordene la apertura de la instrucción correspondiente a los responsables de la vulneración de sus derechos fundamentales

Constitución y régimen jurídico de los trabajadores de confianza

2. El artículo 2° incisos 14 y 15 señala, respectivamente, que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, y que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. De la misma forma, la Constitución (artículo 27°) establece un mandato constitucional de protección frente al despido arbitrario.

3. Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.

4. En referencia a ello, el artículo 40° de nuestra Constitución alude a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los trabajadores de confianza del sector privado, puesto que para ser servidor público se ingresa por concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de "confianza" en una institución; si bien el cargo de confianza debe estar previsto en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Además, el artículo 42° de la Constitución establece que los trabajadores de confianza no pueden sindicalizarse, pues estos ostentan un estatus especial dentro de la institución pública, lo cual los obliga a tener un compromiso mayor que los trabajadores ordinarios.

Definición de trabajador de confianza

5. A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general. Al respecto, Néstor de Buen considera que

El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...).[1]

6. Similar es la noción de empleado de confianza asumida por Celso Mendo Rubio, para quien dicho concepto

Está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores (característico de todo vínculo laboral, pues de lo contrario no se contrataría), ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, goza de su máxima confianza y apenas está sujeto a una limitadísima subordinación (...), tiene la representación del empleador, actúa en su nombre haciendo sus veces, tiene poder de dirección y responde por cada uno de dichos actos (...)[2]

7. A su vez, Santiago Barajas Montes de Oca define al trabajador de confianza como

La persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación.[3]

8. Por su parte Mario de la Cueva, considera que

Debe hablarse de empleados de confianza cuando están en juego la experiencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos o el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores; (...) aun cuando la categoría de trabajador de confianza no está contemplada en la declaración de derechos Sociales, resultó necesaria incluirla en la nueva ley del trabajo, pues no obstante tratarse de una categoría de excepción que solamente se justifica en razón de la naturaleza de las funciones

que realiza el trabajador, existirá la presunción iuris tantum de que la función no sea de confianza, en forma tal que será indispensable probar que, de conformidad con la naturaleza de las funciones se dan los caracteres de la excepción. No es la persona la que determina que una función es de confianza sino la naturaleza misma de la función lo que produce la condición del trabajador.[4]

9. De igual forma Francisco de Ferrari considera a los trabajadores de confianza:
Como aquellos trabajadores que asociados al poder de dirección patronal, se encuentran en capacidad de ejercer las potestades disciplinarias de las que es titular el empleador y tratan en representación de él con los terceros, de modo tal que los empleados comunes o subalternos, en el orden social y profesional, no consideran a las personas que ejercen funciones tan elevadas como formando parte de la clase asalariada, e inclusive piensan que existe entre el empleador y los altos empleados una comunidad de intereses, de tendencia y cultura que los presenta como elementos extraños a la clase trabajadora. (Asesoría Laboral, Abril 2001, p. 22).

10. Por su parte Montoya Melgar define a los "altos cargos" como aquellos de "rectoría superior", que consiste en el desempeño de los poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) y que versen sobre los objetivos generales de la empresa[5]. De otro lado, Santiago Barajas Montes de Oca considera que "el trabajador de confianza se incorpora a la planta de empleados administrativos y se le asignan determinadas funciones, o se le otorga una posición de representación patronal, se le deja autoridad en uno o más sectores de la producción y se le hace responsable de los resultados, se prescinde de sus servicios cuando estos no son altamente redituables y se les liquida sin ninguna razón o explicación de las causas de tal adopción patronal"[6].

11. Es de la misma opinión este Colegiado, que estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como:
a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.
b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.
c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.
d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.
e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42° de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.
f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.
g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza y en caso ser personal de dirección este puede ser extendido hasta por un (1) año, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza.
h) No tienen derecho al pago de horas extras, pues el artículo 5 del Decreto Supremo N.° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, establece que el personal de dirección se encuentra excluido de la jornada máxima legal. De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, conforme al Decreto Supremo N.° 004-2006-TR en su artículo 1 último párrafo.
i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo N.° 012-92-TR, en su artículo 24, establece: "La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N.° 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios".
Tratamiento normativo de los trabajadores de confianza: el personal de dirección y el personal de confianza

12. Nuestra legislación laboral ha regulado la categoría de trabajador de confianza, haciendo una distinción entre personal de dirección y personal de confianza. En ese sentido, la Ley de Productividad Competitividad Laboral (en adelante LPCL) considera que
Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.[7]

13. Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación.

14. De otro lado, es de resaltar cómo se llega a adoptar tal cargo. Se llega de la siguiente manera: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza.

15. Para calificar a un trabajador de dirección o de confianza conforme a la legislación actual, se procederá de la siguiente manera:
a) Se identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
b) Se comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza que sus cargos han sido calificados como tales; y,
c) Se consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

16. De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado.
17. El artículo en referencia debe ser concordado con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. De tal forma que cuando un trabajador es designado como de dirección o de confianza conforme al artículo 59° o 60° de la norma en mención, este tiene habilitada la acción correspondiente, para dejar sin efecto tal calificación.

18. Sobre el particular, en referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo.

19. De forma que si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución.

20. Por lo que, cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del jus variandi que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido.
Análisis del caso concreto

21. El recurrente presenta su demanda con fecha 22 de septiembre de 2004, tras haber sido despedido por el Banco Central de Reserva del Perú, mediante carta de Gerencia General GG-100-2004, de fecha 11 de mayo de 2004. A través de dicha carta se le retira la confianza. El recurrente en su demanda y en sus medios probatorios afirma que: "Nunca intervino en el proceso de adquisición", "no corresponden a las funciones asignadas" y "que al demandante se le imputó el incumplimiento de funciones que no son suyas y se le vinculó a un hecho con la sola declaración de una sola persona".

22. Entre los medios probatorios que ofrece el demandante (folio 13) obra copia del Manual de Funciones Generales, de la que se desprende que la Subgerencia de Desarrollo de Sistemas tiene entre otras funciones:
a. Emitir los estudios de factibilidad técnica y conveniencia de atender los requerimientos de sistematización e informatización de las unidades orgánicas del Banco Central de Reserva del Perú.

b. Participar en la evaluación técnica de las adquisiciones de las herramientas de cómputo para el desarrollo de aplicaciones. Entre otras obligaciones.

23. A fojas 4 de autos, se aprecia la carta de fecha 2 de diciembre de 2003, en la que se adjunta el Informe N.° 277-2003-CG/SE, realizado luego de un Examen Especial de la Contraloría General de la República, que determinó la responsabilidad del recurrente por la omisión de funciones tales como: "Coordinar, registrar y analizar los requerimientos de equipamiento, programas, producto y servicios computacionales a fin de establecer el plan operativo anual de sistemas en lo que concierne a su ámbito" e "Intervenir en la evaluación técnica de los procesos de adquisición de equipos y programas de cómputo".

24. De igual forma de conformidad con el artículo 24, inciso t, de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, el Directorio tiene la facultad de designar y por lo tanto de remover a los trabajadores que tienen la categoría de funcionario principal. Mientras que el artículo 51 del Estatuto del Banco Central de Reserva establece la categoría de funcionarios principales que comprende a los Gerentes Centrales, Gerentes, Subgerentes (...), encontrándose éste dentro del personal catalogado como de Dirección, por lo que la demandada optó por el retiro de la confianza del demandante, por las conclusiones indicadas en el Examen Especial Contraloría de la República, en la que se determina su incumplimiento de las obligaciones de trabajo.

25. Finalmente,de fojas 131 a 154 de autos, obra la consignación efectuada por el Banco Central de Reserva en favor del demandante, donde se advierte que mediante Resolución de fecha 19 de octubre de 2004, el Noveno Juzgado Laboral de Lima declaró improcedente, por extemporánea, la contradicción formulada por el consignatario, quedando en consecuencia consentido dicho proceso judicial. Posición que comparte el Tribunal Constitucional en la STC 0632-2001-AA, donde quedó establecido que el ofrecimiento de pago de los beneficios sociales, sin que ello fuera objeto de contradicción ante el Juez que conoció la causa en dicho proceso no contencioso, es válido quedando, por ende, disuelto el vínculo laboral.

26. Por lo tanto, al determinarse que el recurrente se encontraba en calidad de personal de dirección, de acuerdo a los fundamentos expuestos, el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

---

[1] De Buen, Néstor. Derechos del trabajador de confianza. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 14 y 15

[2] Mendo Rubio, Celso. Citado por Milko Briones Quispe, Algunas particularidades en relación a los trabajadores de confianza; en Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional, SPDTSS, Lima, 2006, pág. 591.

[3] Barajas Montes de Oca, Santiago. Los contratos especiales de trabajo, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 136, p. 142. Formato html, Disponible en Internet: http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=953, ISBN 968-36-2433-2.

[4] Cueva, Mario de la. Citado por Santiago Barajas Montes de Oca. Ibid. p. 143.

[5] Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo. Tecnos, decimonovena edición, Madrid, 1998, p 501

[6] Barajas Montes de Oca, Santiago, El contrato de trabajo, México, 1992, p 141

[7] Artículo 43 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad Competitividad Laboral, aprobado por el decreto supremo N.° 003-97-TR.

Exp. N° 4223-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Máximo Medardo Mass López. Sobre las antenas de telecomunicaciones y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado].*

Fecha de Resolución: 2 de junio de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de setiembre de 2007

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) declaró infundada la demanda de amparo recaída en el Expediente N.° 4223-2006-PA/TC, estableciendo que no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.

El TC manifestó que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares. Un Estado social y democrático de Derecho no solo debe garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano y su dignidad le son reconocidos (artículo 1° de la Constitución), sino también debe protegerla de los ataques al medio ambiente y a su salud en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13° de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano, [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo".

Si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan.

Sobre esto, el Colegiado ha señalado que, a partir de lo dispuesto en los artículos 58°, 59°, 61°, 65° y 84° de la Constitución, existe una íntima vinculación entre la economía, la democracia y los derechos fundamentales de las personas, por cuanto un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales.

El derecho a gozar de un medio ambiente implica que este sea equilibrado y adecuado. Comporta así la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Respecto de ello el Tribunal Constitucional estableció que tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

En cuanto al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la jurisprudencia de este Colegiado ha considerado que éste se materializa en función de los siguiente principios: el principio de desarrollo sostenible o sustentable, el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; el principio de restauración, referido al saneamiento y a la recuperación de los bienes ambientales deteriorados; el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente, y el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

El principio precautorio se encuentra estrechamente ligado al principio de prevención. El primero se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. La falta de certeza científica no es óbice para que se adopten acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas. El segundo exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente.

El principio precautorio se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo– sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia, y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables.

Temas claves: Derecho al medio ambiente equilibrado - espacios electromagnéticos - principios constitucionales ambientales - principio precautorio.

EXP. N.° 4223-2006-PA/TC
CHIMBOTE
MÁXIMO MEDARDO
MASS LÓPEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 del mes de junio de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Máximo Medardo Mass López, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 501, su fecha 20 de octubre de 2006, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A. (en adelante NEXTEL), a fin de que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones y demás equipos instalados por la demandada en el Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos, puesto que considera que su permanencia constituye una grave vulneración al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como el derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización. Manifiesta que, en el mes de diciembre del año 2000, la demandada inició la instalación de los equipos, sobre la base de un contrato de arrendamiento nulo y sin contar con los informes favorables del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de Defensa Civil.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 5 de octubre de 2004, NEXTEL contesta la demanda solicitando que ésta sea desestimada, puesto que el proceso de amparo no constituye una vía idónea para evaluar la validez del contrato de arrendamiento. De otro lado, señala que NEXTEL cuenta con el informe

técnico y el certificado de compatibilidad emitidos por la Municipalidad Provincial de Chimbote y niega que, para la instalación de una antena de telecomunicaciones, sea necesario obtener los informes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de Defensa Civil. Finalmente, rechaza que con la instalación de la antena se estén vulnerando los derechos alegados en la demanda.

3. Resolución de primer grado

Con fecha 15 de febrero de 2005, el Primer Juzgado Civil de Chimbote declara infundada la demanda, argumentando que no se ha acreditado que la antena de telecomunicaciones emita ondas electromagnéticas que pudieran afectar la salud de los pobladores; y, careciendo el proceso de amparo de estación probatoria, no corresponde evaluar en sede constitucional la validez del contrato de arrendamiento celebrado entre NEXTEL y la Cooperativa de Vivienda Los Pinos.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 20 de octubre de 2005, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa declara improcedente la demanda, por considerar que el problema se deriva de la celebración de un contrato de arrendamiento y, dado que el proceso de amparo carece de estación probatoria, tanto la nulidad de dicho contrato como las posibles afectaciones a los derechos invocados en la demanda, deberán ser evaluadas en la vía ordinaria correspondiente.

III. FUNDAMENTOS

§1. Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis integral del expediente de autos se desprende que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional ordene el inmediato desmantelamiento de la antena de NEXTEL y equipos instalados en el Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos, toda vez que, según afirma, se está afectando su derecho a la paz, a la tranquilidad, a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Como paso previo a que este Colegiado resuelva el fondo de la controversia, se considera pertinente realizar algunas consideraciones previas a la resolución de la controversia.

§2. La vinculación de los poderes públicos y privados a los derechos fundamentales

2. Los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce son derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un deber de tutelar dichos derechos.

3. Desde luego que esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos, no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos, en tanto que las personas naturales o jurídicas de derecho privado se encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares.

4. Un Estado social y democrático de Derecho no solo debe garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano y su dignidad le son reconocidos (artículo 1° de la Constitución), sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente y a su salud en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13° de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano, [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo".

5. El derecho al ambiente equilibrado y adecuado comporta un deber negativo y positivo frente al Estado. Su dimensión negativa se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana. En su dimensión positiva le impone deberes y obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Claro está que no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado.

6. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan.

§3. Análisis del caso concreto

7. De autos (fojas 158) queda claramente establecido que la Resolución Viceministerial N.° 374-2001-MTC/15.03, de fecha 11 de junio de 2001, en su artículo 1 resolvió asignar espectro radioeléctrico a favor de NEXTEL DEL PERÚ S.A., de acuerdo con el Anexo 1, Descripción de las Estaciones, Asignación de Frecuencias, Ubicación y Equipamiento. En efecto, la ubicación autorizada por la Resolución Viceministerial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones era el de: "LS-424-VILLA MADRID, AAHH Villa Madrid, adyacente a los reservorios de agua de Sedapal (Av. José Pardo N.° 168), Ancash, Santa, Chimbote".

8. Sin embargo, tal como consta a fojas 2 del expediente, la Municipalidad Provincial del Santa, a

propósito del Exp. Adm. N.º 12632-2000, NEXTEL DEL PERÚ S.A., emite el Informe Técnico N.º 537-2000-DPyCU-DDUyR-MPS, de fecha 7 diciembre de 2000, en la cual se concluye que "procede otorgar Certificado de Compatibilidad de Uso para Estación Base de Telecomunicaciones, sobre el terreno ubicado dentro del área calificada como Otros Fines del Equipamiento Urbano de la Urbanización Los Pinos". Ante lo cual, dicha Municipalidad otorgó el Certificado de Compatibilidad de Uso N.º 163-2000-DPyDDUyR-MPS, de fecha 7 de diciembre de 2000, señalando, en cuanto a la ubicación que "el terreno está ubicado dentro del área calificada como Otros Fines del Equipamiento Urbano de la Urbanización Los Pinos, Ciudad de Chimbote, Provincia del Santa, Departamento de Ancash".

9. Se infiere, por tanto, que la demandante no cumplió con respetar la ubicación originaria autorizada para la instalación de la antena de telefonía celular, por cuanto que mientras la Resolución ViceministerialN.º 374-2001-MTC/15.03, de fecha 11 de junio de 2001, estableció como ubicación de la misma el AAHH Villa Madrid, adyacente a los reservorios de agua de Sedapal (Av. José Pardo N.º 168), Ancash, Santa, Chimbote"; la demandante venía tramitando ante la Municipalidad aludida el certificado compatibilidad pero en la Urbanización Los Pinos.

10. Precisamente, se aprecia a fojas 6 del expediente que el demandante y un grupo de ciudadanos, con fecha 08 de enero de 2001, dirigen una carta al Alcalde de la Municipalidad Provincial del Santa, a fin de "[p]aralizar la instalación de la Antena Celular de NEXTEL en el Centro Comunal de la Urbanización Los Pinos"; lo cual también se aprecia de la carta, de fecha 25 de enero de 2001, dirigida a la Sub Región Pacífico-CTAR-Ancash, en la cual dan cuenta de que "en [el] Centro Comunal se viene ejecutando las obras civiles por parte de (....) NEXTEL".

11. Estas afirmaciones del demandante no han sido desvirtuadas por la demandada, pues tal como ésta misma señala en su escrito de fecha 10 de diciembre de 2004 (fojas 211), es la Resolución DirectoralN.º 917-2004-MTC/17, de fecha 14 de octubre de 2004, la que recién aprueba el "traslado" de la antena a la ubicación "LN424-LOS PINOS, Urb. Los Pinos I-7, Ancash, Santa, Chimbote".

12. Sobre esto, el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar, a partir de lo dispuesto en los artículos 58º, 59º, 61º, 65º y 84º de la Constitución, que existe una íntima vinculación entre la economía, la democracia y los derechos fundamentales de las personas, por cuanto que un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales.

13. Pero también una economía, por más que sea eficiente pero que desconozca los valores y principios constitucionales, y los derechos fundamentales no es compatible con un sistema democrático, toda vez que "confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo, supone desconocer el valor y la esencia de la democracia"[1]. De ahí que sea necesario arribar a un concepto constitucional de mercado. Lo cual se justifica por cuanto éste no puede ser entendido en términos puramente económicos sino también, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como un espacio social y cultural en el que la dignidad de la persona humana y su defensa –en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad (artículo 1º de la Constitución)– no sólo sea declarativamente respetada sino prácticamente realizada a través del mercado y de las libertades económicas.

14. La perspectiva solamente económica del mercado y de la libertad de empresa constituye una negación de la persona humana, porque la única relación que cabe en un Estado social y democrático de Derecho, es el de medio a fin, de aquéllos con respecto a ésta. Ello es así, por cuanto "el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano"[2].

15. De ahí que una perspectiva constitucional del mercado y de las libertades económicas no puede soslayar determinados elementos constitucionales: (1) la persona humana y su dignidad, en la medida que ésta no puede ser un objeto de los poderes públicos o privados, (2) las libertades económicas que la Constitución reconoce, pero ejercidas en armonía con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales, 3) la observancia ineludible de las normas y procedimientos legales, (3) el respeto de los derechos laborales dentro del marco constitucional y legal establecido, lo cual no es sino una manifestación del primer elemento mencionado y (4) el respeto al medio ambiente, que es también una concretización de la responsabilidad social de las empresas.

16. En ese sentido, en el presente caso tal como se ha visto supra la demandante no observó lo dispuesto por la Resolución Viceministerial N.º 374-2001-MTC/15.03, de fecha 11 de junio de 2001, puesto que la instalación de la antena no se realizó en la ubicación autorizada –esto es, en el AAHH Villa Madrid, adyacente a los reservorios de agua de Sedapal (Av. José Pardo N.º 168), Ancash, Santa, Chimbote–, sino más bien en la Urbanización Los Pinos; situación que se regularizó recién en el año 2004, mediante Resolución Directoral N.º 917-2004-MTC/17 (fojas 208).

17. Esto precisamente refleja que la demandada ha ejercido de manera ilegítima su derecho fundamental a la libertad de empresa, al no respetar, desde un inicio, el lugar de ubicación para la instalación de la antena de telefonía celular en cuestión. De otro lado, se aprecia la desidia de los funcionarios públicos responsables de la entidad competente para hacer respetar las disposiciones legales, en este caso, la Resolución Viceministerial N.º 374-2001-MTC/15.03; más aún si la Constitución establece en su artículo 45º que quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

18. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que se debe iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, contra la demandada, por

el incumplimiento de lo establecido en la Resolución Viceministerial aludida supra, en la medida que el artículo 88º inciso 5) del Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, tipifica como infracción grave "[l]os cambios de emplazamiento o de las características técnicas de las estaciones radioeléctricas sin la correspondiente autorización".

19. Ahora bien, ya en cuanto se refiere a la supuesta afectación de los derechos fundamentales invocados por el demandante, cabe considerar que éste afirma que "conforme se aprecia de las fotografías que se adjuntan la antena se encuentra instalada a escasos metros de las viviendas generando un peligro inminente al no respetar la distancia recomendada por los organismos internacionales así como consumar un hecho que resulta perjudicial para la paz, la tranquilidad y a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida(...)".
Asimismo, señala (fojas 28) que "si bien con la propagación de ondas electromagnéticas no esté demostrado completamente que afecte el derecho a la salud, sí existen estudios científicos en países desarrollados los cuales muestran que podría causar cáncer al cerebro sin existir un consenso a nivel científico, pero sí existiendo consenso que el Estado a través del PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN prevea mediante medidas de regulación en la prestación de ese servicio público. Sin embargo lo que sí está demostrado es que dichos equipos causan interferencia en otros aparatos eléctricos, incluidos audífonos y marcapasos".
20. En la sentencia 0048-2004-PI/TC se ha señalado que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana está determinado por los siguientes elementos: (1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y (2) el derecho a que ese medio ambiente, se preserve.
21. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

22. En relación con el segundo elemento del contenido esencial se establece que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

23. En cuanto al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la jurisprudencia de este Colegiado ha considerado que éste se materializa en función de los siguiente principios: (1) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis), (2) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; (3) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; (4) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados, (4) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano, (5) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente, y (6) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (STC 0048-2004-PI/TC).

24. El artículo 67º de la Constitución establece la obligación ineludible del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional –entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente– debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.

25. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2º, inciso 22), de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona "a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida". En concordancia, el artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente prevé que "[t]oda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tiene el deber de conservar dicho ambiente (...). Le corresponde –al Estado– prevenir y controlar la contaminación ambiental".

26. De otro lado, el principio precautorio ha sido recogido primero por el Derecho Internacional del Medio Ambiente, y adoptado posteriormente por nuestro Derecho interno. En efecto, el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) establece que "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

27. Este principio se encuentra enunciado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que ha sido aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26185. Además, forma parte de los lineamientos que conforman la Política Nacional de Salud, como lo establece el artículo 10°, inciso f), del Decreto Supremo 022-2001-PCM, el cual señala que "La aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente".

28. Dicho principio ha sido recogido por diversas normas nacionales relacionadas con cambio climático, diversidad biológica, recursos naturales, y, en general, en todas las áreas relacionadas con el medio ambiente y su protección. El principio precautorio se encuentra estrechamente ligado al principio de prevención. El primero se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. La falta de certeza científica no es óbice para que se adopten acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas. El segundo exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente.

29. Al respecto, en cada ocasión en la que se vean involucrados en una controversia derechos como los que aquí se reclaman, y que evidentemente requieren de una adecuada delimitación respecto de sus alcances o contenidos, es obligación del juzgador constitucional prestar una atención preferente a su dilucidación, la que muchas veces depende, no solo de apreciar lo que las partes puedan alegar en un sentido u otro, sino de lo que se pueda actuar en favor de un mejor esclarecimiento de los hechos.

30. De ahí que en ejercicio de la potestad que le reconoce el artículo 119º del Código Procesal Constitucional solicitó información a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a la Dirección Regional de Defensa Civil de Ancash, en el presente caso, con la finalidad de que lo que va a resolverse responda a un adecuado razonamiento sustentado en suficientes elementos objetivos.

31. Mediante sendas resoluciones, de fecha 08 de noviembre de 2006, se solicitó información a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Dirección Regional de Defensa Civil de Ancash. Con fecha 19 de diciembre de 2006, la primera de ellas remite copia del Informe 4757-2006-MTC/18.01.2, en el cual se concluye que
[l]os niveles de intensidad de campo eléctrico medidos en el entorno de la estación base troncalizado denominado Los Pinos LN424 de la empresa Nextel Perú S.A., donde se encuentran ubicadas 03 entidades educativas, en los puntos de medición el coeficiente de exposición poblacional máximo es menor que 1.5%, asimismo según lo establecido en el Art. 5 de la Resolución Ministerial N.º 120-2005-MTC/03 del 28/02/2005 no contemplan distancias de protección, sino densidades de potencia y/o intensidad de campo de la radiación electromagnética como factores limitantes en la ubicación de las estaciones emisoras de ondas electromagnéticas, por lo que se concluye que la mencionada empresa sí cumple con la Norma Técnica sobre Restricciones Radioeléctricas en Áreas de Uso Público

ENTIDAD	UBICACIÓN	COEFICIENTE DE EXPOSICIÓN POBLACIONAL (%)
Universidad Privada San Pedro	Calle Huiracocha Mz. A Lote s/n	0.3565953
Institución Privada Garabatos	A2-19 Urb. Los Pinos	1.1685296
Colegio A. Einsten	G-17 Urb. Los Pinos	0.6708685

32. Por su parte, la Dirección Regional de Defensa Civil de Ancash, con fecha 16 de abril de 2007, remite el Oficio N.º 157-2007-INDECI/16.2, documento en el cual se da cuenta de lo siguiente:
"a. La frecuencia (f) que irradia la Estación Base, es de 800 MHZ y la Potencia Isotrópica Radiada Equivalente (PIRE) es de 1200 vatios, no existiendo riesgo de exposición radioeléctrica, cumpliendo con el Art. 5º de la Resolución Ministerial 120-2005-MTC/03. b. La distancia de la antena con respecto a los límites de exposición poblacional es de 7.8 ml, de radio y la altura de la antena Nextel materia del informe supera ampliamente dicho límite al registrar una altura de 40 m, en tal forma cumple con el Art. 8 anexo 3 del D.S. 038-2003 MTC, sobre límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones
Las Instituciones Educativas y Centros de Salud guardan una distancia con respecto a la antena en los términos siguientes:
- A la Universidad Particular San Pedro. 250 ml.
- Al I.E.P. San José (Urb. Laderas del Norte). 300 ml.
- Al C.E.I. Don Martín 320 ml.
- Al C.E. N.° 88034 – Pedro Ruiz Gallo. 350 ml.
- Al Centro Educativo Especial N.°01-Zona Norte 400 ml.
- Al Hospital de ESSALUD N.° 3. 800 ml.

Por lo expuesto podemos señalar que las condiciones de la instalación de la antena de la empresa NEXTEL DEL PERÚ cumplen con las normas internas".

33. Ahora bien, ya se ha señalado (STC 0921-2003-AA/TC, FJ 5) que "cuando una dependencia del Estado emite una opinión técnica acerca de un asunto propio de su competencia, no vulnera ni amenazaper se derechos constitucionales, a menos que con la emisión de dicho dictamen se hubiese obrado de una forma absolutamente incompatible con los objetivos propios de la función

que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas preestablecidas que regulan su ejercicio". En el presente caso el Tribunal Constitucional estima que los informes remitidos por las instituciones requeridas se ajustan a los extremos , por lo que deben ser objeto de valoración jurídica.

34. En los fundamentos precedentes, se ha señalado que el principio precautorio se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables.

35. Pero no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada.

36. Lo cual no obsta para que se disponga la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud; de conformidad con el artículo 5.1 del D.S. N.º 038-2003-MTC, el cual establece que "[l]os titulares de concesiones o autorizaciones vigentes adoptarán las medidas necesarias a efectos de garantizar que las radiaciones que emitan sus estaciones radioeléctricas, no excedan los límites máximos permisibles establecidos en el Decreto Supremo N.º 038-2003-MTC. El incumplimiento de esta obligación configurará una infracción muy grave, según lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones".

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Disponer la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud de los demandantes.
3. Remitir los actuados a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de que proceda de conformidad con el fundamento 18 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 04223-2006-PA/TC
CHIMBOTE
MÁXIMO MEDARDO
MASS LÓPEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto del criterio de mis colegas, suscribo este voto singular porque no comparto lo resuelto por la mayoría, ni los fundamentos en que apoyan su decisión, por los siguientes motivos.

1. Los hechos del presente caso son bastante simples: los pobladores de una urbanización reclaman que una antena de telecomunicaciones construida por Nextel exactamente al costado de sus hogares, podría causar daños a su salud, y afecta su derecho a un medio ambiente equilibrado. Está acreditado en el expediente que Nextel construyó la antena en dicho sector, pese a no contar con la autorización municipal requerida. Pese a eso, la mayoría, basándose en unos informes técnicos que demuestran que las ondas emitidas no son dañinas para la salud de los pobladores, concluye que la demanda debe ser desestimada, sin perjuicio de las sanciones administrativas a las que de lugar la falta cometida por Nextel (esto es, construir una antena en un lugar urbano sin autorización para hacerlo).

2. La mayoría llega a esta conclusión luego de hacer unas apreciaciones respecto a lo que allí se denomina "concepto constitucional de mercado" (fundamento jurídico 13). Consideramos que se confunde conceptos en estas especulaciones teóricas que, como luego se verá, han terminado por distraer los propios hechos del caso. En efecto, un "mercado" no es ni puede ser "constitucional", de la misma manera que no lo es el precio de los productos, la información o una piedra. El "mercado" es simplemente un concepto que sirve para describir un escenario donde las decisiones de consumo son tomadas individualmente, a través de la dinámica entre la oferta y la demanda. El mercado, en ese sentido, no puede confundirse con el papel del Estado en la Economía, el mismo que, en atención a determinados valores democráticos, muchas veces puede terminar (como de hecho sucede) regulando determinadas actividades y, de ese modo, sacándolas del ámbito de la libre decisión individual, esto es, del mercado. En suma, es la política económica de un Estado la que puede estar influenciada por determinados valores democráticos, pero esto no convierte al "mercado" en una abstracción susceptible de ser calificada como "constitucional" (o no).

3. Esta confusión no sería tan relevante si no fuera porque, a nuestro entender, en el esfuerzo de rendir culto a la jurisprudencia de conceptos, la sentencia en mayoría se olvida de la resolución del caso. Es decir, la fundamentación se "pierde", en el afán de encontrar el máximo grado de abstracción conceptual, y olvida los reales alcances de los derechos constitucionales alegados y, lo que es quizá peor, los hechos del caso.

4. Así sucede, por ejemplo, con el "principio de precaución" al que acude la sentencia en mayoría para resolver el caso. Su aplicación, sin embargo, se efectúa con un contenido y alcances totalmente distinto al que en anteriores oportunidades le hemos dado en casos sustancialmente iguales. Hemos dicho, en efecto, que:
"(...). Forma parte de ese denominado "principio de precaución", que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación del servicio público o mediante la regulación en materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan las torres para reducir su número. Lo anterior, desde luego, no excluye que se puedan considerar otras medidas y, entre ellas, a título meramente enunciativo, que con fines de prevención, las empresas que operan con tales servicios, tengan como obligación prestar, directa o indirectamente, servicios médicos, estrictamente relacionados con los riesgos propios de los servicios que prestan.
Precisamente, en ese deber de prevención que el derecho a contar con un medio ambiente sano y adecuado impone a los poderes públicos y dentro del cual debe considerarse el principio de precaución, es que el Tribunal estima que tales antenas y equipos, cuando no fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distante de las viviendas. En el presente caso, la recurrente ha acreditado, mediante fotos, que la instalación cuestionada está extremadamente próxima a diversas viviendas y, además, (...) que la demandada no contaba con la autorización municipal para instalarlas" (STC 0964-2002-AA, F.J. 11 y 12).

5. En el presente caso, en la medida que está acreditado que (i) la antena está dentro de un área residencial y relativamente cerca de centros de salud y educativos; ii) la antena está construida de manera muy próxima a viviendas; iii) Nextel ha construido una antena en una zona que no es apropiada de acuerdo a las normas de urbanización; y, iv) la empresa, de acuerdo al punto anterior, no contaba con la debida autorización para la construcción de la antena, la aplicación del principio de precaución debió terminar con la expedición de una sentencia estimatoria, y no como finalmente se ha decidido en mayoría.

Por ello, mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda.

S.

GONZALES OJEDA

---

[1] EHMKE, Horst. "Economía y Constitución". En Revista de Derecho constitucional Europeo, Año 3, N.º 5, enero-junio, 2006. (www.ugr.es/~REDCE5/articulos).

[2] HÄBERLE, Peter. "Siete Tesis para una teoría constitucional del mercado". En Revista de Derecho constitucional Europeo, Año 3, N.º 5, enero-junio, 2006. (www.ugr.es/~REDCE5/articulos).

Exp. N° 5228-2006-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido Samuel Gleiser Katz. Se estableció la razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal].*

Fecha de Resolución: 15 de febrero de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de mayo de 2007

Resumen: En este caso el Tribunal Constitucional (TC) estableció los criterios jurídicos que permiten determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de investigación que realice el Ministerio Público en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución del Estado.

Al respecto, el Colegiado precisó que si bien no le corresponde establecer plazos fijos y perentorios de la investigación prejurisdiccional –tarea propia del Poder Legislativo– sí tiene la potestad jurisdiccional de establecer, en línea de principio, criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garanticen el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a una investigación fiscal en el marco de la facultad de investigación y persecución del delito a cargo del Ministerio Público.

En dicha sentencia se señala que los criterios que el TC considera necesarios para determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de la investigación fiscal, evidentemente, no son criterios jurídicos rígidos aplicables de manera idéntica a todos los casos. Por el contrario, deberán ser aplicados atendiendo a las circunstancias presentes en la investigación fiscal.

A juicio del Tribunal, dichos criterios son de dos tipos: subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidas: a) la actuación del fiscal y b) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

Los criterios subjetivos están referidos a la actuación tanto del investigado como del fiscal a cargo de la investigación pre jurisdiccional. Por lo que se refiere al investigado, se debe tener en cuenta la actitud obstruccionista del investigado, la cual puede manifestarse en 1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que disponga el fiscal a cargo de la investigación; 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación; 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación pre jurisdiccional; y, 4) en general, todas aquellas conductas que observe con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

En cuanto a la actividad del fiscal, el Tribunal manifestó que el primer criterio a considerar es la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Así, para la determinación de si en una investigación pre jurisdiccional hubo o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación precisó que deberá considerarse la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva.

El Colegiado expresó que dentro del criterio objetivo cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar. Sobre el particular, precisó que la complejidad puede venir determinada no sólo por los hechos mismos

objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados, más aún si se trata de organizaciones criminales internacionales, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como los tipos de delitos que se imputan al investigado, como por ejemplo, los delitos de lesa humanidad. Agregó que también debe considerarse el grado de colaboración de las demás entidades estatales cuando así lo requiera el Ministerio Público.

Temas claves: Derecho al plazo razonable - hábeas corpus innovativo - investigación fiscal.

EXP. N.° 5228-2006-PHC/TC
LIMA
SAMUEL GLEISER
KATZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de febrero de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Julio Alfredo Galarreta Angulo, a favor de don Samuel Gleiser Katz, contra la sentencia de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 120, su fecha 10 de abril de 2006, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Fiscal de la Quinta Fiscalía Provincial de Lima, César Rubén de los Ríos Martínez, por la presunta vulneración de su derecho al debido proceso y amenaza a su libertad individual. Manifiesta que, a inicios del año 2003, el demandado inició un procedimiento de investigación fiscal en su contra por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia, sin que hasta la fecha exista un pronunciamiento definitivo al respecto. A juicio del recurrente, dicha investigación se ha convertido en irregular dada su prolongada e injustificada duración; más aún, si se toma en consideración que se viene citando a personas que no tienen ninguna vinculación con los hechos investigados, con el único fin de perturbar al recurrente y conseguir que éste sea incriminado. En consecuencia, solicita que se archive definitivamente la referida investigación fiscal.

2. Investigación sumaria de hábeas corpus

Realizada la investigación sumaria, se recibe la declaración indagatoria de don Samuel Gleiser Katz, quien se ratificó en el contenido de su demanda
y añadió que no se considera responsable del delito por el cual se le investiga. Por su parte, el demandado manifiesta que el procedimiento de investigación fiscal se viene desarrollando de manera regular, de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público, sin que se haya producido ningún tipo de amenaza o vulneración a los derechos alegados por el recurrente. Asimismo, manifiesta que si bien el procedimiento de investigación fiscal ha sido detallado, ello ha tenido como único propósito el de lograr el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Más aún si el demandante se negó a declarar a nivel policial y a nivel fiscal.

3. Resolución de primer grado

Con fecha 16 de enero de 2006, el Trigésimo Segundo Juzgado Penal con Reos en Cárcel de Lima declara infundada la demanda por considerar que no se evidencia ningún tipo de amenaza o vulneración a los derechos alegados por el demandante. Asimismo, señala que si bien la legislación vigente no ha establecido un plazo máximo de duración para el procedimiento de investigación fiscal, se debe entender que éste es el plazo de prescripción que establece el Código Penal para cada delito; con lo cual, en el caso planteado, no ha vencido el plazo para la investigación fiscal.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 10 de abril de 2006, la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma, en mayoría, la apelada y la declara infundada por considerar que el Ministerio Público ha procedido en el ejercicio de sus atribuciones y que, en todo caso, la demora en el trámite de la investigación fiscal no genera ninguna afectación al derecho a la libertad del accionante.

III. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis de lo actuado en autos se desprende que el accionante pretende que el Tribunal Constitucional ordene archivar el procedimiento de investigación fiscal iniciado en su contra, por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia. Argumenta la existencia de una supuesta demora excesiva en la duración de la investigación prejurisdiccional.

La razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal

2. Previamente a la resolución del presente caso, el Tribunal Constitucional, supremo guardián e intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales, advierte un vacío legislativo en cuanto al plazo de investigación prejurisdiccional. En consecuencia, considera necesario establecer, en virtud del artículo VI del Código Procesal

Constitucional, determinados criterios jurídicos que permitan determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de investigación que realice el Ministerio Público en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución del Estado.

3. La Constitución (artículo 159°) ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales, destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159° inciso 5 de la Constitución. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido, y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

4. En realidad, ésta es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares.

5. En esta misma línea de limitación y control del poder público y privado, el artículo 200° inciso 1 de la Constitución establece que el proceso constitucional de hábeas corpus "(...) procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". De conformidad con esta disposición constitucional, se puede señalar que la Constitución no ha excluido la posibilidad de realizar un razonable control constitucional de los actos del Ministerio Público, pues ha previsto la procedencia del hábeas corpus contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera el derecho a la libertad personal o los derechos conexos.

6. Lo señalado precedentemente tiene su fundamento, por otro lado, en la interdicción de la arbitrariedad, la cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la ley ha reconocido al Ministerio Público al no disponer un plazo máximo de investigación prejurisdiccional lo cual afecta el principio-derecho de la seguridad jurídica. De ahí que se haya señalado, en sentencia anterior (Exp. N.° 06167-2005-PHC/TC, FJ 30), que
"el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica".

7. Asimismo, se fundamenta en que la Constitución (artículo 2°-24-e) reconoce el principio-derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que implica que "[c]uando existe el procesamiento y mucho antes, es decir, con la sola imputación por parte de cualquier otro miembro de la sociedad (el fiscal, la policía, el vecino, la prensa) el principio que rige es que la persona no sea señalada como culpable hasta que una sentencia no lo declare como tal"[1].

8. Precisamente el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) que exista una causa probable y 2) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal[2].

9. De igual modo, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional realice el control constitucional de los actos del Ministerio Público tiene su sustento en el derecho fundamental al debido proceso. Este derecho despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en el cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución.

10. Claro está, que las garantías previstas en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que no son sino la concretización de los principios y derechos previstos en el artículo 139° de la Constitución serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, según el cual "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

11. Precisamente, una de las garantías que se deriva del derecho fundamental al debido proceso aplicables a la etapa de investigación fiscal es el que ésta se realice dentro de un plazo razonable. Legislativamente no se ha previsto un plazo máximo para la investigación fiscal, por lo que le corresponde a este supremo intérprete de la Constitución, ponderar y concordar los deberes del Estado social y democrático de Derecho que están reconocidos en el artículo 44° de la Constitución –garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad– con el

artículo 159° que erige al Ministerio Público como titular de la acción penal y representante de la sociedad en los procesos judiciales.

12. Evidentemente, un Estado social y democrático de Derecho no sólo tiene el deber de proteger los derechos fundamentales de las personas sino también el de investigar y sancionar la comisión de los delitos que afectan bienes jurídico constitucionales. Por ello, si bien no corresponde a este Tribunal Constitucional establecer plazos fijos y perentorios de la investigación prejurisdiccional –tarea propia del Poder Legislativo– sí tiene la potestad jurisdiccional de establecer, en línea de principio, criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantice el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a una investigación fiscal en el marco de la facultad de investigación y persecución del delito a cargo del Ministerio Público.

13. Los criterios que el Tribunal Constitucional considera necesarios para determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de la investigación fiscal, evidentemente, no son criterios jurídicos rígidos aplicables de manera idéntica a todos los casos. Por el contrario, deberán ser aplicados atendiendo a las circunstancias presentes en la investigación fiscal. Al respecto, la jurisprudencia comparada, particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que para determinar la existencia, en un caso concreto, de un plazo razonable se debe tener en consideración la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales[3].

14. Criterios que también la jurisprudencia de este Colegiado ha recogido en sendas sentencias, tales como 6167-2006-PHC/TC, 7624-2005-HC/TC, 594-2004-HC/TC. Por ello, a juicio de este colegiado, los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal son de dos tipos: subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

15. Los criterios subjetivos, como ya se adelantó, están referidos a la actuación tanto del investigado como del fiscal a cargo de la investigación prejurisdiccional. En cuanto se refiere al investigado se debe tener en cuenta la actitud obstruccionista del investigado, la cual puede manifestarse en 1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

16. En cuanto a la actividad del fiscal, el primer criterio a considerar es la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. En principio, se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del ministerio público. No obstante, es una presunción iuris tantum, en la medida que ella puede ser desvirtuada. Ahora bien, para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse, de un lado, la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva.

17. En ese sentido, habrá inactividad fiscal aún cuando se lleven a cabo actos de investigación que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de investigación. Más aún, la falta de diligencia fiscal no puede ser soslayado por aseveraciones o infundios acerca de la conducta del investigado o de terceros; por cuanto, de realizarse una conducta ilícita de personas vinculadas al proceso, sólo cabe realizar una denuncia a fin de no incurrir en el posible delito de omisión de denuncia, previsto en el artículo 407° del Código Penal.

18. Dentro del criterio objetivo, a juicio del Tribunal Constitucional, cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar. Al respecto, es del caso señalar que la complejidad puede venir determinada no sólo por los hechos mismos objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados más aún si se trata de organización criminales internacionales, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como los tipos de delitos que se imputan al investigado, como por ejemplo, los delitos de lesa humanidad. También debe considerarse el grado de colaboración de las demás entidades estatales cuando así lo requiera el Ministerio Público.

19. Cabe señalar que es dentro del marco de estos criterios jurídicos que se deberá determinar, en cada caso concreto, si es que la investigación prejurisdiccional se ha desarrollado dentro de un plazo razonable. Ello es así en la medida que los actos de los poderes del Estado y los órganos constitucionales, en general, y del Ministerio Público, en particular, no se legitiman, desde la perspectiva constitucional, en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución.

Análisis del caso concreto

20. El demandante alega (fojas 2), entre otras cosas, que "viene siendo juzgado por la 5ta Fiscalía Provincial Penal de Lima por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia al haber presentado copia fax del parte Nro 1227-DINSE-JESE-DAS-L de fecha 27 de abril de 1999 (...). Dicha investigación se inició a comienzos del año 2003 y a la fecha han transcurrido más de dos años sin que el Fiscal Provincial emita un pronunciamiento sobre la presunta comisión del delito investigado".

21. El artículo 1° del Código Procesal Constitucional establece que

"[s]i luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda".

A fojas 3 del cuaderno del Tribunal Constitucional, el demandado señala que

"(...) con fecha 02 de mayo del año en curso, se resolvió la investigación contra el accionante y otro, promoviendo acción penal en su contra por la presunta comisión del delito de Cohecho pasivo y otros en agravio del Estado Peruano (...)".

22. De acuerdo con la disposición antes aludida, si bien, a juicio del Tribunal Constitucional, la agresión ha cesado al haberse formulado la respectiva denuncia penal, ello no obsta para que, a la luz de los criterios establecidos en los fundamentos anteriores, se evalúe la razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal en el presente caso. En este supuesto, se está frente a un hábeas corpus de tipo innovativo, el cual procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante (STC 2663-2003-HC/TC, FJ 6).

23. Ahora bien, de acuerdo con los criterios establecidos por este Colegiado en los fundamentos precedentes para determinar la razonabilidad del plazo de investigación fiscal se debe tomar en consideración, en primer lugar, los criterios subjetivos. En cuanto se refiere a la actuación del demandante, de autos se deriva (fojas 14, 20, 35, 57) que éste no concurrió en varias oportunidades a prestar su declaración, con lo cual no se aprecia una conducta de colaboración para el esclarecimiento de los hechos investigados, más aún si dichas inasistencias no han sido justificadas. Pero aun descontando los días de exceso del plazo de investigación fiscal atribuibles al actor, no exime al demandado de su infracción al debido proceso en cuanto al plazo razonable.

24. En efecto, en lo que se refiere al fiscal demandado, se debe tener en consideración, como ya se señaló, que para la determinación de si en una investigación fiscal hubo o no diligencia debe considerarse la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva. En el caso concreto, se aprecia que el demandado ha realizado una serie de actos de investigación; sin embargo, dichos actos han sido cuestionados por el demandante en la medida que, según afirma (fojas 2), se ha citado a personas que no tienen relación alguna con los hechos objeto de investigación.

25. En cuanto al criterio objetivo, es del caso señalar que, a juicio de este Colegiado, el asunto de materia de investigación no reviste tal complejidad que justifique una investigación de aproximadamente dos años; más aún si previamente a que el fiscal demandado asuma las investigaciones, la fiscal titular de entonces ya había iniciado las investigaciones un año antes, tal como lo reconoce el propio demandado (fojas 25). En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, aun cuando el demandante no ha concurrido, en algunas oportunidades, a dar su declaración, no es razonable que el fiscal intente justificar un periodo tan laxo de investigación, tanto más si los hechos a investigar no revisten una especial dificultad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Establecer, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como doctrina jurisprudencial lo expresado en los fundamentos 2 a 19 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.° 5228-2006-PHC/TC
LIMA
SAMUEL GLEISER KATZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas, emito el presente voto singular por no compartir el sentido de el fallo, el cual se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. Que, en el presente caso el demandante cuestiona la investigación preliminar que se le sigue ante la Quinta Fiscalía Provincial Penal por la presunta comisión de delito contra la administración de justicia, alegando vulneración de sus derecho al debido proceso, concretamente al derecho a un plazo razonable.

2. Al respecto, es preciso señalar que conforme al artículo 200,1 de la Constitución, el proceso de hábeas corpus está destinado a tutelar la libertad individual y sus derechos conexos. El debido proceso, conforme al artículo 25 in fine del Código Procesal Constitucional, puede ser tutelado mediante el proceso de hábeas corpus en tanto derecho conexo con la libertad individual. Ello implica que la alegada afectación al debido proceso, para ser tutelada mediante el hábeas corpus, exige que la misma redunde en una afectación de la libertad individual.

3. Si bien este Tribunal ha señalado que la actividad del Ministerio Público en el marco de la investigación

preliminar se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido proceso (Cfr. Exp. 6167-2005-PHC/TC, Fernado Cantuarias Salaverry), el Ministerio Público no tiene facultades para coartar la libertad individual, por lo que al no incidir el hecho denunciado en el contenido de los derechos que son materia de protección mediante el proceso de hábeas corpus, la demanda deberá ser declarada improcedente en aplicación de la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.
Por las consideraciones expuestas, mi voto es por que la presente demanda sea declarada IMPROCEDENTE.

S.

GONZALES OJEDA

EXP. N.° 5228-2006-PHC/TC
LIMA
SAMUEL GLEISER
KATZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis honorables colegas, emito el presente voto singular, por no estar de acuerdo con el fallo, el mismo que se fundamenta en las siguientes razones:

1. Conforme lo establece el inciso 1) del artículo 159° de la Constitución Política del Estado, corresponde al Ministerio Público la misión de promover de oficio o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; así mismo, el inciso 5) del referido artículo encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte.

2. En tal sentido, el Fiscal Provincial Penal (representante del Ministerio Público) conduce desde su inicio la investigación del delito (artículo 159° inciso 4) de la Constitución), en consecuencia una vez que un hecho presuntamente delictivo es denunciado, puede, alternativamente abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable, o, formalizarla ante el Juez Penal.

3. El primer supuesto, fluye de lo dispuesto en el artículo 94° del Decreto Legislativo N° 052, Orgánica del Ministerio Público y es el caso precisar que la labor de investigación fiscal no ha sido regulada ni detallada por el ordenamiento jurídico vigente (en lo concerniente por ejemplo al plazo de la investigación) . En tal sentido, el Tribunal Constitucional en su STC N° 6167-2005-PHC/TC, Fernando Cantuarias Salaverry ha establecido en sus fundamentos 30 a 32, los principios y criterios aplicables por el Fiscal en dicha etapa investigatoria. Tales son: el principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de legalidad en la función constitucional y debido proceso y tutela jurisdiccional.

4. En el caso de autos, se advierte que con fecha 5 de mayo de 2003, el Consejo Supremo de Justicia Militar remitió a la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, entonces a cargo de la Fiscal Provincial Marlene Berrú Marreros, la denuncia por delito contra la administración de justicia contra Víctor José Azañedo Alva y Samuel Gleiser Katz, ordenando la Fiscalía con fecha 11 de junio de 2003 que la Policía realice la investigación respectiva. El Fiscal Provincial emplazado, César de los Ríos Martinez, se avocó al conocimiento de la investigación el 18 de mayo de 2004, es decir un año después de presentada la denuncia, ordenando una ampliación para complementar la actividad investigatoria. El 14 de setiembre de 2004, la Policía remitió el Parte 3629-DIRINCRI-DIVPOMJIP-D6, el cual fue considerado incompleto, ya que el recurrente (denunciado) y demás imputados se negaron a concurrir, ampliándose la investigación y ordenando se practiquen diligencias adicionales, tales como la declaración de testigos, inspección fiscal, actas de verificación, pericias, obtención de documentos como cuadernos de registros de efectivos policiales, pericias grafotécnicas, etc..

5. De otro lado, merece principal atención la conducta del accionante en el proceso investigatorio fiscal. Es el caso que se negó a concurrir a la autoridad policial , pese ha haber sido notificado oportunamente. Posteriormente, solicitó comparecer ante el Fiscal Provincial a prestar su declaración indagatoria, y no obstante ello, no concurrió en la fecha en que fue citado, presentándose después, por lo que se evidencia una dilación maliciosa en el trámite de la investigación, la cual no puede ser atribuida al emplazado en este proceso constitucional.

6. En consecuencia, no habiendo norma que regule el plazo de la investigación fiscal, establecer criterios a tener en cuenta durante esta etapa resulta una adecuada facultad del Tribunal Constitucional.

7. Por lo expuesto y teniendo en cuenta que el actor peticiona que se ordene el archivamiento del procedimiento de investigación fiscal iniciado en su contra siendo el caso que ya hubo denuncia y los autos se encuentran pendientes que el superior jerárquico resuelva la apelación formulada por el representante del Ministerio Público a la resolución de no ha lugar a la apertura de instrucción, conforme consta a fojas 373 del cuaderno de copias certificadas del proceso penal que se acompaña al presente proceso constitucional, carece de objeto pronunciarse por haber operado la sustracción de la materia, por lo que mi voto es que la demanda deviene en IMPROCEDENTE.

S.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. N.° 5228-2006-PHC/TC
LIMA
SAMUEL GLEISER
KATZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Con el respeto que me merece la opinión de mis honorables colegas emito el presente voto singular, por no estar de acuerdo con el fallo en base a las siguientes razones:

1. Con fecha 13 de Diciembre de 2005 el recurrente interpone demanda de habeas corpus solicitando que se sancione al Fiscal de la Quinta Sala Provincial Penal de Lima por haber transcurrido mas de dos años desde que se inicio la investigación fiscal en el expediente N.º 0217-2003, existiendo amenaza de vulneración de la libertad individual, vulnerándose también sus derechos al debido proceso y derecho de defensa.

2. Las instancias precedentes declararon infundada la demanda de habeas corpus por considerar que la faculta del fiscal como titular de la acción penal es realizar el proceso de investigación acopiando todos los medios probatorios necesarios, lo que no constituye una irregularidad en ningún aspecto, a parte el mero sometimiento a un proceso investigatorio no puede constituir una amenaza, aunque lleva implícita la posibilidad cierta de una futura sanción, a menos que, durante el desarrollo el procesado no hubiese tenido posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

3. La Constitución Política del Perú en su artículo 159º inciso 1) dispone que corresponde al Ministerio Publico promover de oficio o a petición de parte la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, agregando el inciso 5) del referido artículo que el Ministerio Público ejerce la acción penal de oficio o a petición de parte.

4. En el caso de autos se advierte que con fecha 5 de mayo de 2003 el Consejo Supremo de Justicia Militar remitió a la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, entonces a cargo de la Fiscal Provincial Marlene Berru Marreros, la denuncia por delito contra la Administración de Justicia contra Víctor José Azañedo Alva y Samuel Gleiser Katz a efectos que realice la investigación pertinente. Esta a su vez dispone con fecha 11 de junio de 2003 que la policía realice una investigación preliminar. El Fiscal Provincial emplazado, Cesar de los Ríos Martinez, se avocó al conocimiento de la investigación el 18 de mayo de 2004, es decir un año después de presentada la denuncia, ordenando una ampliación para completar la actividad probatoria. El 14 de setiembre de 2004 la Policía remitió el Parte Nº 3629-DIRINCRI-DIVPOMJIP-D6 que fue considerado incompleto porque el recurrente y demás imputados se negaron a concurrir a declarar, razón por la que el Fiscal ordenó se practique diligencias adicionales, tales como la declaración de testigos, inspección fiscal, actas de verificación, obtención de documentos como cuadernos de registros de efectivos policiales, pericias grafotécnicas, etc.

5. Cabe resaltar que la conducta del accionante en el presente proceso merece especial atención ya que acusa retardo por parte del fiscal en proceso de investigación pero sin embargo en las citaciones realizadas a su persona se negó a concurrir ante la autoridad policial, pese haber sido notificado oportunamente, lo que es paradójico, ya que si se solicita celeridad en un proceso se debe coadyuvar para que las diligencias que se dispongan se lleven sin retardo alguno, teniendo conocimiento el demandante que con su incongruencia retardaría mas aun el proceso. El 19 de noviembre de 2004 solicitó comparecer ante el Fiscal Provincial a prestar su declaración indagatoria y no obstante ello no concurrió en la fecha para la que fue citado (06 de diciembre de 2004), presentándose después (09 de diciembre de 2004) demostrando con ello que la responsabilidad del retardo no solo es por parte de la Fiscalía sino también en gran parte por él. Ciertamente también se evidencia un exceso en el tiempo para la investigación a cargo del Ministerio Publico, lo que es censurable, ya que por el hecho de que la Ley no fije un plazo determinado para un acto procesal, no quiere decir que la investigación se prolongue en el tiempo indefinidamente, lo que significaría vulnerar los derechos de los justiciables, ya que solo se limitarían a litigar eternamente.

6. En consecuencia, no habiendo norma que regule el plazo para la investigación fiscal preliminar para establecer criterios a tener en cuenta durante esta etapa resulta necesario que el Tribunal Constitucional, adecue lo que corresponde en este caso. Posteriormente en estos hechos en concreto si bien es cierto existe prolongación indebida de la investigación preliminar en la Fiscalía, es justo considerar que el principal responsable en esta irregularidad es el propio denunciado penal quien, con su manifiesta actitud obstruccionista, enredó el trámite y coadyuvó a un desarrollo anormal, en el que además es también verdad hubo la intervención de varios fiscales y la consabida carga procesal inmanejable, todo lo que ha venido a conformar un iter procesal no deseado pero superable.

7. Este cuadro así obtenido registra la intencionalidad ventajista del actor quien peticiona que se ordene el archivamiento del procedimiento de investigación fiscal iniciado en su contra siendo el caso que ya hubo denuncia y los autos se encuentran pendientes ante el superior jerárquico por apelación formulada por el representante del Ministerio Publico a la resolución de no ha lugar a la apertura de instrucción, conforme consta de fojas 373 del cuaderno de copias certificadas del proceso penal que se acompaña al presente proceso constitucional, siendo así carece de objeto emitir pronunciamiento por haber operado la sustracción de la materia.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare IMPROCEDENTE la demanda; llamándose severamente la atención al denunciado para que en lo sucesivo tenga en consideración que la investigación a su cargo debe ser realizada dentro de un plazo razonable.

S.

VERGARA GOTELLI

---

[1] QUISPE, Fanny. El derecho a la presunción de inocencia. Lima: Palestra Editores, 2001. p. 61.

[2] CAAMAÑO, Francisco. La garantía constitucional de la inocencia. Valencia: tirant lo blanch, 2003. pp. 193-194; 250.

[3] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Zimmermann and Steiner v. Switzerland. 13 July 1983. Párr. 24.

Exp. N° 7873-2006-PC/TC *[Proceso de Cumplimiento promovido por Juan Félix Tueros Del Risco. Sobre la adecuación del proceso constitucional de cumplimiento a uno de amparo].*

Fecha de Resolución: 23 de octubre de 2006
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 20 de agosto de 2007

Resumen: El Tribunal Constitucional es consciente de la necesidad de realizar una protección particular y diferenciada de las personas que se encuentran dentro de la etapa de vida de la senectud. Esto se deriva tanto de las circunstancias que rodean al distintivo estilo de vida que llevan en esta etapa de su vida como del mandato constitucional expreso de darles un resguardo especialísimo. Tomando tales consideraciones, el Tribunal dispuso convertir en amparo, la presente demanda de cumplimiento y resolver inmediatamente el caso concreto.

Así consideró que, como parte de su autonomía procesal, puede aceptar la posibilidad de esta reconversión, pues ésta es la única forma en que se podrán proteger 'adecuadamente' derechos de las personas. El sustento que legitima esta actuación ha sido muy diverso en la jurisprudencia constitucional. En diversa jurisprudencia (*cfr.* fundamento 4 de la sentencia del Expediente N.° 1052-2006-PHD/TC, fundamentos 3 y ss. de la sentencia del Expediente N.° 4080-2004-AC/TC) se ha señalado que esto se basa en el principio del *iura novit curia*, previsto en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional, pues esta norma no sólo tutela la eficacia de los derechos sustantivos, sino también los adjetivos, lo cual iría de la mano con la suplencia de queja, figura recogida jurisprudencialmente en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 0569-2003-AC/TC.

El Código Procesal Constitucional debe ser entendido, comprendido y analizado de acuerdo a los contenidos existentes en la Norma Fundamental. Tan cierto es eso que los fines del proceso constitucional, que el propio Código reconoce en el artículo II de su Título Preliminar, son la primacía constitucional y la protección de los derechos. El Tribunal, al aplicar el derecho a las cuestiones debatidas, busca no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso.

Entonces, cuando una demanda ha sido mal planteada, pese a que el Colegiado está autorizado a disponer la nulidad de los actuados y el reencausamiento de la demanda, también puede aceptarse la reconversión de un proceso constitucional en otro, si es que las circunstancias así lo ameritan.

Éste se puede dar, bajo ciertas premisas, como pueden ser las siguientes:

- Que los jueces de ambos procesos tengan las mismas competencias funcionales.
- Que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante.
- Que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolverse sobre el fondo del asunto.
- Que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional.
- Que sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse sobre el mismo.
- Que exista predictibilidad en el fallo a pronunciarse.

Sólo cuando concurran copulativamente tales requisitos, el Tribunal se encuentra autorizado para reconducir a una vía procedimental más acorde con la petición del recurrente y dejar de lado el proceso inicial.

Temas claves: Derecho a la pensión - reconducción procesal.

EXP. N.° 07873-2006-PC/TC
LIMA
JUAN FELIX
TUEROS DEL RISCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de octubre de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 181, su fecha 25 de abril de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 26 de septiembre de 2005, el recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a fin de que se ordene esta entidad a revisar la Resolución N.° 11823/77 y nivele su pensión de jubilación correspondiente a treinta y cuatro años y siete meses de servicios y aportaciones, basándose en que la Ley N.° 28407 autoriza dicha revisión, sobre la base de lo contemplado en los artículos 56° y 57° del Decreto Supremo N.° 011-74-TR.

b. Sentencia de primera instancia

Con fecha 28 de septiembre de 2005, el Sexagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara improcedente in limine la demanda de cumplimiento por considerar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 148° de la Constitución y el artículo 218° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N.° 27444, los actos administrativos que causan estado deben ser impugnados mediante proceso contencioso-administrativo, previsto por la Ley N.° 27584.

c. Sentencia de segunda instancia

Con fecha 25 de abril de 2006, la recurrida confirma la apelada, declarándola improcedente por considerar los mismos fundamentos.

III. DATOS GENERALES

- Agravio constitucional invocado

El presente procesos constitucional de cumplimiento fue iniciado por Juan Félix Tueros del Risco contra la Oficina de Normalización Previsional.
El acto lesivo se habría producido por el supuesto incumplimiento de la Ley N.° 28407 respecto a la Resolución N.° 11823-27, en la que se le otorga una pensión de jubilación de 16 506,99 soles oro, correspondientes a catorce años de aportación y servicio.

· Reclamación constitucional

El demandante ha alegado la afectación de sus derechos constitucionales al trabajo (artículo 23°), a la remuneración (artículo 24°), y de los principios laborales de igualdad de oportunidades sin discriminación, irrenunciabilidad de derechos e in dubio pro operario (artículo 26°).
Sobre esta base ha solicitado requiere:
- Ordenar a la Oficina Normalización Previsional que revise la Resolución N.° 11823/77
- Como consecuencia de esta revisión, se le nivele su pensión de jubilación correspondiente a treinticuatro años y siete meses de servicio y aportación

· Materias constitucionalmente relevantes

Por lo tanto, lo que se deberá analizar en la presente sentencia se referirá a los siguientes puntos:
- ¿Es válido el uso del proceso de cumplimiento en el caso de autos? ¿O debe ser adecuado a un proceso de amparo?
- ¿El derecho a la pensión estaría siendo afectando con la emisión de la resolución impugnada?

IV. FUNDAMENTOS

1. En el presente proceso, el recurrente, una persona mayor de noventa años[1], ha realizado un reclamo con relación a la pensión que recibe, arguyendo que el monto que percibe no se condice con los aportes realizados por sus empleadores.
Para ello, solicita equívocamente la ejecución de una resolución administrativa que solo reconoce algo más a catorce años de aportes, y que sobre ella fija su monto pensionario, cuando en realidad lo que pretende es que se revise la Resolución N.° 11823-77, de fecha 15 de setiembre de 1977, a fin de que se le reconozca una pensión de jubilación nivelada, todo ello sobre la base del cumplimiento de la Ley N.° 28407.

§1. Adecuación del proceso constitucional

2. Ante todo, es claro que el petitorio de su demanda no se condice con la vía procedimental que utiliza el accionante. Plantea una demanda de cumplimiento, y cuando también alegue el acatamiento de la Ley N.° 28407, cuando ella no es la vía correcta, según la pretensión objetiva expuesta: Solicito al juzgado se sirva ordenar a la Oficina de Normalización Previsional, para que revise la Resolución

No. 11823/77 (Liquidación No. 12575) y nivele mi pensión de jubilación a la que legalmente me corresponde por 34 años y 7 meses de servicio y aportación[2].

Pero el proceso de cumplimiento reconocido en la Constitución, a través del artículo 200°, inciso 6), tan solo busca que cualquier autoridad o funcionario renuente al acatamiento de una norma legal o de un acto administrativo, deba hacerlo, y no examinar o analizar si la norma o el acto son correctos. El Código Procesal Constitucional, por su parte, desarrolla aún más esta figura a partir de su artículo 66°. En este marco, el Tribunal Constitucional, como parte de su función de ordenación y pacificación del ordenamiento constitucional, emitió la sentencia recaída en el Expediente N.° 0168-2005-PC/TC, la misma que sienta jurisprudencia sobre la procedencia de la demandas en este tipo de procesos. En ella, se expresó, entre otras cosas, dentro del fundamento 12, que

(...) para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70° del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

Y respecto a los requisitos del cumplimiento, se enuncian en el fundamento 14 las cinco condiciones genéricas y las dos adicionales para los actos administrativos. Y si bien existe una ley que a su entender no ha sido cumplida, respecto a ella los requisitos enunciados no pueden llegar a ser completados

3. Como se puede observar en el caso de autos, la demanda debería ser declarada improcedente, tal como lo hicieron los juzgadores de primera y segunda instancia, puesto que, desde el punto de vista formal, la demanda no cumple con los requisitos exigidos jurisprudencialmente. Justamente el magistrado del Sexagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima expresó que

(...) Que, estando a que resulta manifiestamente improcedente los procesos de cumplimiento cuanto se pretende cuestionar la validez o impugnar un acto administrativo, a tenor de lo dispuesto por el inciso 4) del Artículo 70 del Código Procesal Constitucional; por cuyas consideraciones; SE RESUELVE: Declarar IMPROCEDENTE la demanda (...)[3].

De lo que se puede observar, entonces, la resolución materia de la reclamación constitucional (Resolución N.° 11823-77) ha sido estrictamente cumplida por la Administración, motivo por lo cual no habría litis alguna que merezca pronunciamiento del ente juzgador en virtud de la presentación de un cumplimiento, además que la ley cuya observancia se exige tampoco cumple con los requisitos formales expresadas por la jurisprudencia de este Tribunal. Entonces, y como lo señalamos en el fundamento 4 de la sentencia expedida en el Expediente N.° 2763-2003-AC/TC, cuando no existe un 'incumplimiento' de por medio, sino que por el contrario se cuestiona un comportamiento lesivo de derechos constitucionales, entonces la vía no puede ser la del proceso de cumplimiento.

4. De lo expuesto queda claro, por lo tanto, que la pretensión del recurrente no está estrictamente relacionado con la vía procedimental utilizada en la demanda. Pero lo que sí puede y debe determinar es sila Administración está actuando de manera correcta, porque subyace al petitorio, la posible existencia de un incorrecto análisis de los medios probatorios de los aportes que han sido presentados para el cambio de la pensión a ser percibida.

En la normatividad, se exige de la Administración Pública, una actuación adecuada, tal como lo ha reconocido el artículo 39° de la Constitución, dispositivo que al mismo tiempo da sentido a su desempeño, pues se le reclama estar al servicio de la nación. Ello, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 3° y 43° de la Constitución, que definen al país como un Estado social y democrático de derecho, hacen previsible que en vía jurisprudencial deba encontrarse una respuesta a una problemática social como la expuesta por el demandante, toda vez que éste asume una actitud incorrecta por parte de la Oficina de Normalización Previsional.

En la sentencia del Expediente N.° 3149-2004-AC/TC, dentro del fundamento 11, se ha dicho que la concreción del modelo de Estado social y democrático de derecho

(...) requiere de una colaboración permanente entre todos los poderes públicos y, de modo especial, de la Jurisdicción, poder premunido por excelencia de potestades y competencias para hacer realidad los mandatos de la Constitución y la ley en cada caso concreto. En este sentido dada la trascendencia del tema que se resuelve, se hará uso de las técnicas resolutivas y las facultades que la doctrina y el ordenamiento permiten, para dejar un mensaje claro a todos aquellos funcionarios o poderes públicos que no sólo desconocen el sistema legal imperante, sino que desalientan la de un modelo de convivencia civilizada a partir de la Constitución. La edificación de una cultura constitucional es también objetivo y compromiso de este Colegiado con la sociedad peruana, a la que debe su mandato.

Este planteo aplicado al caso concreto, que involucra a una persona que efectivamente trabajó por más de los años reconocidos por la Administración y que hoy cuenta con una edad superior a los noventa años, hace que este Colegiado busque una fórmula especial para suplir la deficiencia de la vía procedimental escogida.

5. Cabe recordar adicionalmente que el artículo 4° de la Norma Fundamental ha expresado con mucha claridad que los ancianos se convierten, dentro de la política estatal de salvaguardia a los más desprotegidos, en uno de los grupos de titulares superreforzados de derechos fundamentales. O, como también puede llamárseles, titulares con una calidad especial. Por lo tanto, en el caso de autos, serán titulares diferenciados del derecho fundamental a la pensión.

La Constitución, aparte de reconocer explícitamente al derecho a la pensión, dentro del artículo 11°, también ha

distinguido a la seguridad social (artículo 10º) como la garantía institucional en la cual la pensión se desarrolla, toda vez que se presenta una obligación del Estado -y también de la comunidad- de suplir la situación de necesidad, a través de una prestación pecuniario y/o asistencial, con el fin de la elevación de la calidad de vida de las personas. Al respecto, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en el fundamento 8 de su Voto Concurrente en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los 'Niños de la Calle', expedido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el 19 de noviembre de 1999, señalaron que

(...) el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana.

Por eso este Colegiado llegó a determinar, dentro del fundamento 139 de la sentencia expedida en el Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros (acumulados) que

(...) La edad ha sido y es uno de los requisitos tradicionalmente utilizados, tanto por nuestro ordenamiento como por ordenamientos comparados, para dotar de márgenes de objetividad a la identificación del supuesto fáctico que activa al sistema previsional para conceder la prestación social orientada a garantizar la consecución del proyecto de vida del jubilado o cesado (...).

En virtud de tales argumentos, el Tribunal Constitucional es consciente de la necesidad de realizar una protección particular y diferenciada de las personas que se encuentran dentro de la etapa de vida de la senectud. Esto se deriva tanto de las circunstancias que rodean al distintivo estilo de vida que llevan en esta etapa de su vida como del mandato constitucional expreso de darles un resguardo especialísimo.

Hay que recordar además que al ser el número de años de edad, inversamente proporcional a los años de expectativa de vida, es importante definir cuándo estamos ante un caso de anciano. Tal fue como recogido en el mismo fundamento 139 de la sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros (acumulados), si bien en un inicio la Organización Mundial de la Salud consideró adultos mayores a aquellas personas que superaban los sesenta años que viven en los países en vías de desarrollo y de sesenticinco años o más en los países desarrollados, también lo es que, en el año 1994, la Organización Panamericana de la Salud – Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, atendiendo a la considerable elevación de la esperanza de vida producida en las últimas tres décadas, fijó en sesenticinco años o más la edad del adulto mayor.

6. Entonces, tomando tales consideraciones, este Colegiado se dispone a convertir en amparo, la presente demanda de cumplimiento y resolver inmediatamente el caso concreto. La urgencia de la protección para el recurrente obliga a resolver el caso inmediatamente.

Este Colegiado considera importante, como parte de su autonomía procesal, aceptar la posibilidad de esta reconversión, pues ésta es la única forma en que se podrán proteger 'adecuadamente' derechos de las personas. El sustento que legitima esta actuación ha sido muy diverso en la jurisprudencia constitucional. En diversa jurisprudencia (cfr. fundamento 4 de la sentencia del Expediente N.º 1052-2006-PHD/TC, fundamentos 3 y ss. de la sentencia del Expediente N.º 4080-2004-AC/TC) se ha señalado que esto se basa en el principio del iura novit curia, previsto en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional, pues esta norma no sólo tutela la eficacia de los derechos sustantivos, sino también los adjetivos, lo cual iría de la mano con la suplencia de queja, figura recogida jurisprudencialmente en la sentencia del Expediente N.º 0569-2003-AC/TC.

Lo que sí no es posible negar es que, como bien se aprecia en los fundamento 5 y 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4080-2004-AC/TC,

La finalidad de los procesos constitucionales no sólo es la defensa de concretos derechos subjetivos, sino también la tutela de los valores objetivos de la Constitución. Como antes lo ha señalado este Colegiado, los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva [esto es, no valen sólo como derechos subjetivos], sino también una dimensión objetiva, puesto que constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta el ordenamiento constitucional (cf. STC N.os 0976-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, 0858-2003-AA/TC entre otras). Esta es quizá la nota más saltante en lo que hace a las diferencias entre Estado Liberal Decimonónico de Derecho y Estado Social y Democrático de Derecho: el valor objetivo de la Constitución, que en determinados supuestos opera incluso como límite o condicionante de las libertades y derechos individuales.

En este contexto, el Juez constitucional constituye una especie de mediador entre estos valores constitucionales y los derechos y libertades que la misma norma garantiza, a efectos de lograr una prudente ponderación entre los mismos y hacer posible la democracia constitucional con plena eficacia y vigencia de los derechos fundamentales.

7. Este Tribunal ha señalado que el Derecho Procesal Constitucional debe ser considerado como un Derecho Constitucional concretizado (entre otros, sentencia del Expediente N.º 4903-2005-PHC/TC), y sus institutos deben ser relativizados, en pos de la protección de los derechos constitucionales y la primacía de la Norma Fundamental. Ello también se encuentra de la mano con la autonomía procesal constitucional (entre otros, sentencias del Expediente N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC y del Expediente N.º 05033-2006-PA/TC).

El alejamiento del Derecho Procesal Constitucional de las categorías clásicas del Derecho Procesal se basa en que las distintas áreas del Derecho tienen un ámbito sustantivo y adjetivo en paridad de condiciones, tal como sucede, por ejemplo, en el Derecho Civil, donde la regulación procesal tiene la misma jerarquía que la existente a la sustantiva, pues tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil tienen el rango de ley. Esto no sucede, por el contrario, en el ámbito constitucional. El Código Procesal Constitucional debe procedimentalizar las cuestiones sustantivas que se encuentran en la Constitución, norma que tiene claramente un nivel jerárquico superior, motivo por el cual, y tomando en cuenta el principio institucional

de la interpretación conforme a la Constitución (recogido, entre muchos, en el fundamento 4 de la sentencia de la sentencia del Expediente N.º 1679-2005-PA/TC o en el fundamento 8 de la sentencia del Expediente N.º 0002-2003-AI/TC), el Código Procesal Constitucional debe ser entendido, comprendido y analizado de acuerdo los contenidos existentes en la Norma Fundamental. Tan cierto es eso que los fines del proceso constitucional, que el propio Código reconoce en el artículo II de su Título Preliminar, son la primacía constitucional y la protección de los derechos.

8. Y si bien una actuación de este tipo podría llegar a considerarse vulneratoria de principios procesales como el dispositivo (las partes son las únicas que determinan los términos en que debe pronunciarse el juez) o el de congruencia (la decisión de un tribunal debe estar directamente vinculada a la pretensión planteada por las partes) o de derechos fundamentales como el de defensa (posibilidad de contradictorio), consideramos, en base a los argumentos antes vertidos, que la búsqueda real de protección de derechos es el fundamento básico del proceso constitucional.
Es, como ha dicho este Tribunal en la sentencia recaída del Expediente N.º 4080-2004-AC/TC en el fundamento 8
Este Colegiado considera que tales principios, que inspiran el proceso civil, no pueden ser comprendidos en los mismos términos en los procesos constitucionales. En todo caso, el límite en la adecuación de las pretensiones al derecho aplicable se sujeta a la necesidad de defensa que debe operar irreductiblemente respecto de las alegaciones o causa petendi que han planteado las partes. Si en la adecuación del petitorio no se afecta el derecho de defensa de la parte emplazada, el Tribunal no habrá sobrepasado sus límites de actuación permitidos por el ordenamiento jurídico.
En tal entendido, la base es que se tendrá que mantener la pretensión de la parte demandante. El fundamento 9 de la sentencia del Expediente N.º 0569-2003-AC/TC, ha sido bastante claro al respecto:
(...) cuando se trate del aforismo iura novit curia, este Tribunal, al aplicar el derecho a las cuestiones debatidas, buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso.

9. Entonces, cuando una demanda ha sido mal planteada, pese a que este Colegiado está autorizado a disponer la nulidad de los actuados y el reencausamiento de la demanda, también puede aceptarse la reconversión de un proceso constitucional en otro, si es que las circunstancias así lo ameritan.
Éste se puede dar, tal como lo ha ido reconociendo nuestra jurisprudencia (cfr. fundamentos 5 de la sentencia resuelta en el Expediente N.º 0249-2005-PC-TC, 4 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1052-2006-PHD/TC, 8 de la sentencia expedida en el Expediente N.º 4080-2004-AC/TC y 5 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 2763-2003-AC/TC), bajo ciertas premisas, como pueden ser las siguientes:
- Que el juez de ambos procesos tengan las mismas competencias funcionales (tanto el amparo como el hábeas data y el cumplimiento son tramitados por jueces especializados en lo civil, tal como se establece para el primero en el artículo 51º del Código Procesal constitucional, y se extiende para los otros dos en los artículos 65º y 74º del mismo cuerpo normativo).
- Que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante (sólo se podrá admitir la conversión si la pretensión planteada en la demanda es respondida por el juzgador a través de la sentencia que va a emitir).
- Que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolverse sobre el fondo del asunto (que, siguiendo el contenido del artículo 9º del Código Procesal, no deban actuarse pruebas adicionales en el proceso, el mismo que debe ser resuelto con las herramientas que el mismo expediente brinda).
- Que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional (si bien se estaría yendo en contra del cauce normal de un proceso, la autonomía procesal y el principio de informalidad que rige este tipo de proceso, además de los principios de dirección judicial del proceso, pro actione y economía procesal, previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal constitucional, autoriza canalizar la búsqueda de justicia, como valor supremo de la Constitución, a través de la judicatura constitucional).
- Que sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse sobre el mismo (es cierto que la búsqueda natural de protección a quienes reclaman el resguardo de un derecho a través de un proceso constitucional, hace que éste se convierta en un proceso de tutela urgente, toda vez que se consideran improcedentes las demandas cuando existan vías procedimentales específicas, tal como lo expresa el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, pero en los casos de reconversión se hace necesario que el caso no sea sólo apremiante, sino además que sea considerablemente perentorio e inminente, elemento que ha quedado claramente establecido en el fundamento 5 de la sentencia del Expediente N.º 2763-2003-AC/TC).
- Que exista predictibilidad en el fallo a pronunciarse (se considera que si el juzgador es consciente del tipo de fallo a emitirse, y pese a que existe un error en la tramitación de la demanda, debe ordenar su conversión, tal como se ha dejado sustentado en la sentencia del Expediente N.º 0249-2005-PC/TC)
Sólo cuando concurran copulativamente tales requisitos, este Colegiado se encontrará autorizado para reconducir a una vía procedimental más acorde con la petición del recurrente y dejar de lado el proceso inicial.
En el caso concreto, tal como se ha ido expresando, se habrá de reconvertir el proceso de cumplimiento a uno de amparo, pues se han cumplido a cabalidad las condiciones antes señaladas, y sabiendo de la necesidad de que el presente proceso sea resuelto de forma oportuna y efectiva.

§2. Análisis de la supuesta afectación del derecho a la pensión

10. Ya habiendo determinado que lo que se va a analizar en el presente caso de amparo es si ha existido

vulneración o no del derecho fundamental del recurrente, conviene analizar si la actuación de la Oficina de Normalización Previsional es acorde a la normatividad constitucional, y al debido respeto del artículo 11° de la Norma Fundamental.

De otro lado, al estar en juego el derecho fundamental a la pensión, es necesario afirmar que este Colegiado va a ingresar a analizar el fondo del asunto. Si bien en la sentencia recaída en el Expediente N.° 1417-2005-PA/TC, se ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento de mérito, lo que estaría en juego en el presente proceso es la dignidad pensionaria, expuesta a través de la búsqueda de alcanzar una pensión mínima.

11. Corresponde ahora examinar si es posible la revisión de la pensión que viene percibiendo el accionante, en virtud de la norma que él mismo había alegado dentro del proceso de cumplimiento pero que ahora va a ser analizada como amparo, pues no podía ser vista en el primer tipo de proceso por no cumplir con los presupuestos establecidos en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0168-2005-PC/TC.

Según el artículo 1° de la Ley N.° 28407,

Declárase expedito el derecho de cualquier aportante a acudir ante la Oficina de Normalización Previsional - ONP a solicitar la revisión de cualquier resolución administrativa que se hubiera expedido en su contra, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 56 y 57 del Decreto Supremo N° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N° 19990.

Justamente, el artículo 56° del mencionado reglamento señala que

Se considerarán como períodos de aportación al Sistema Nacional de Pensiones los de prestación de servicios con anterioridad al 1° de mayo de 1973 que generaron la obligación de pagar aportaciones por riesgos diferidos a la ex-Caja Nacional de Seguro Social y a la ex-Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, aun cuando no se hubiere efectuado el pago de las mismas.

mientras que el 57° dice a la letra

Los períodos de aportación no perderán su validez, excepto los casos de caducidad de las aportaciones, declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas de fecha anterior al 1 de mayo de 1973.

Es decir, sobre la base de esta normatividad, se puede cotejar si el monto pensionario que recibe actualmente el recurrente supone una vulneración o no a su derecho fundamental a la pensión, por no corresponder con la normatividad infraconstitucional sobre la materia.

12. Sobre el particular, debe señalarse que de la Resolución N.° 11823-77 y de la Liquidación N.° 12575[4], se desprende que el Seguro Social del Perú le otorgó al demandante una pensión arreglada al Régimen Especial de Jubilación regulada por los artículos 47.° a 49.° del Decreto Ley N.° 19990.

Es decir, en virtud de tal norma, la Administración considera que únicamente le correspondía el reconocimiento de catorce años y cinco meses de aportaciones al 28 de febrero de 1977, y sobre esa base le correspondía la pensión a percibir.

13. En tal sentido, el demandante para acreditar que ha aportado por más tiempo del expresado en la resolución cuestionado, ha adjuntado dos certificados de trabajo y dos liquidaciones de tiempo de servicios[5], con los cuales se prueba que el demandante trabajó para:

- El Banco Unión desde el 22 de diciembre de 1952 hasta el 28 de diciembre de 1967, esto es, por quince años y seis días.
- El Banco Internacional del Perú desde el 16 de agosto de 1939 hasta el 20 de noviembre de 1940, esto es, por un año, tres meses y cuatro días.
- El Banco de Crédito del Perú desde el 2 de agosto de 1943 hasta el 16 de diciembre de 1952, esto es, por nueve años y cuatro meses.
- Citibank N.A. desde 12 de febrero de 1968 hasta el 15 de marzo de 1977, esto es, por nueve años.

Por lo tanto, tomando en cuenta la documentación mencionada, el demandante acredita treinta y cuatro años completos de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, dentro de los cuales se encuentran incluidos las aportaciones reconocidas por el Seguro Social del Perú.

14. En consecuencia, al demandante se le debió otorgar una pensión arreglada al régimen especial de jubilación calculada sobre la base de los años de aportaciones antes definidas y no sobre la base de catorce años de aportaciones, razón por la cual la demanda debe estimarse.

Adicionalmente, la Oficina de Normalización Previsional deberá efectuar el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio conforme al artículo 81° del Decreto Ley N.° 19990, para lo cual se tendrá en cuenta la fecha de apertura del Expediente N.° 014090-77, en el que consta la solicitud de la pensión denegada, así como el de los intereses legales generados de acuerdo con la tasa especificada en el artículo 1246° del Código Civil, y proceder a su pago en la forma establecida por la Ley N.° 28798.

En la medida en que, en este caso, se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho fundamental a la pensión, de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, dicha entidad debe asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, entendiendo el presente proceso como un proceso de amparo.
2. Ordena que la demandada expida una nueva resolución otorgándole al demandante pensión de

jubilación del régimen especial del Decreto Ley N.º 19990, sobre la base de sus treinta y cuatro años de aportaciones; con el abono de las pensiones devengadas, los intereses legales y los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

---

[1] Fecha de nacimiento: 28 de noviembre de 1916, según Documento Nacional de Identidad (fs. 11 del Expediente).

[2] Demanda de cumplimiento (fj. 12 del Expediente).

[3] Sentencia de primera instancia (fs. del Expediente).

[4] Medios probatorios presentados por el demandante (fs. 4 y 6 del Expediente).

[5] Certificados y liquidaciones, como anexos a la demanda (fs. 5, 7, 8 y 9 del Expediente).

Exp. N° 10422-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Mauro Serrano García. Sobre el despido nulo ejecutado por Minera Yanachocha S.R.L].*

Fecha de Resolución: 16 de enero de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de setiembre de 2007

Resumen: El 28 de setiembre de 2007, el Tribunal Constitucional publicó la STC 10422-2006-PA, que declara fundada la demanda promovida por Mauro Serrano García en contra de la Minera Yanacocha S.R.L. Se ordena que la minera reponga al trabajador en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que desempeñaba, pero de similar categoría o nivel.

En dicha causa, la controversia se centró en determinar si el demandante fue objeto de un despido nulo por razones de discriminación por su condición de incapacidad, o si fue despedido por haber incurrido en la comisión de una causa justa de despido prevista en el Decreto Supremo N.° 003-97-TR. Al analizar el caso, el Colegiado realizó importantes precisiones en torno al despido nulo y sobre la condición de invalidez del trabajador. Con relación al despido nulo, efectuó una remisión a la STC 0976-2001-AA, manifestando que éste aparece como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1), del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución. Así, subrayó que el mencionado despido se produce, entre otros supuestos, cuando el trabajador es despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido.

El Tribunal llegó a la conclusión de que el recurrente fue despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido, debido a que del contenido de las cartas de preaviso y de despido, no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para la realización de las labores que desempeñaba. Además, menciona que en autos no se encontraba acreditada la relación directa y evidente entre la supuesta pérdida de la capacidad y los requerimientos específicos del cargo que desempeñaba el recurrente. Finalmente, el Colegiado fue categórico al afirmar que al haberse producido una modalidad de despido nulo, procedía la reposición del accionante como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos.

Temas claves: Derecho al trabajo - despido nulo - principio derecho de dignidad.

EXP. N.° 10422-2006-PA/TC
CAJAMARCA
MAURO SERRANO GARCÍA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de enero de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mauro Serrano García contra la sentencia de la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas 553, su fecha 6 de setiembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Minera Yanacocha S.R.L., solicitando que se deje sin efecto el despido nulo del que habría sido objeto; y que, en consecuencia, se ordene su reposición en su puesto de trabajo. Refiere que con fecha 12 de julio de 2001 ingresó en la Minera Yanacocha como operador II de procesos, y que debido a la naturaleza de sus labores contrajo una enfermedad profesional de etiología ocupacional,

produciéndole una incapacidad permanente parcial con un menoscabado de 30%, razón por la cual la emplazada se encontraba prohibida de despedirlo, conforme lo establece el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA; sin embargo, mediante carta de fecha 26 de setiembre de 2005, fue despedido imputándosele, como causa justa de despido relacionada con su capacidad, el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviviente, por lo que considera que ha sido objeto de un despido nulo por encontrarse incapacitado.

La emplazada contesta la demanda señalando que la incapacidad que padece el demandante no es consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, debido a que percibe subsidios por el régimen de salud y no por el régimen del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Agrega que el demandante fue despedido, no por su condición de invalidez, sino por su incapacidad física para desempeñar las labores de operador de planta. Finalmente, aduce que según el dictamen de la Comisión Médica de EsSalud de Cajamarca, de fecha 5 de agosto de 2005, el demandante padece de una incapacidad permanente parcial que le impide realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos, razón por la que ya no puede realizar sus labores de operador de planta.

El Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, con fecha 26 de mayo de 2006, declara fundada la demanda, por considerar que el demandante ha sido despedido por su condición de incapacitado.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional invocado, y porque el proceso de amparo, al carecer de estación probatoria, no es la vía idónea para dilucidar la controversia planteada, ya que esta requiere de la actuación de pruebas.

FUNDAMENTOS

1. En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante en virtud de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido nulo.

§. Delimitación del petitorio y la controversia

2. El recurrente pretende que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando. Alega que la emplazada lo ha despedido porque se encuentra incapacitado parcialmente.

3. Por su parte, la emplazada manifiesta que el demandante fue despedido por haber incurrido en una causa justa de despido relacionada con su capacidad, como lo es el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas.

4. En tal sentido, la controversia se centra en determinar si el demandante ha sido objeto de un despido nulo por razones de discriminación por su condición de incapacidad, o si ha sido despedido por haber incurrido en la comisión de una causa justa de despido prevista en el Decreto Supremo N.º 003-97-TR.

§. Análisis del presente caso

5. Con relación al despido nulo, debe señalarse que este Tribunal en la STC 0976-2001-AA/TC ha precisado que éste aparece como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución.

6. En este sentido, debe precisarse que el denominado despido nulo, se produce, entre otros supuestos, cuando el trabajador es despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido. Así, en el artículo 31.2 de la Ley N.º 27050, se ha precisado que:

Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.

En sentido similar, el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA ha señalado que:

En caso que las lesiones sufridas por EL ASEGURADO dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20%; LA ASEGURADORA pagará por una única vez al ASEGURADO inválido, el equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Permanente Total.

En estos casos, la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez.

7. Al respecto, debe señalarse que de los Dictámenes de Comisión Médica, de fecha 5 de agosto y 28 de setiembre de 2005, obrantes a fojas 1 y 36, se desprende que el demandante presenta una incapacidad de naturaleza permanente y de grado parcial que le ha producido un menoscabo del 30%, como consecuencia de una enfermedad profesional, según se señala en el informe médico obrante a fojas 4 . Asimismo, debe precisarse que en los referidos dictámenes se ha señalado que:

El paciente no puede trabajar en áreas que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar [la] enfermedad que padece, pero está en capacidad de realizar cualquier otro trabajo.

8. De la lectura de la carta de preaviso del 24 de agosto de 2005, obrante de fojas 30 a 31, y de la carta de despido del 26 de setiembre de 2005, obrante de fojas 14 a 15, se desprende que la causa justa de despido imputada al demandante no se encuentra relacionada directamente con el detrimento de su capacidad laboral, sino que tiene, como fundamento su condición de incapacitado, ya que en ellas no se señala en que consista el detrimento de la capacidad laboral, sino que este supuesto detrimento

se encontraría probado tan sólo con los dictámenes referidos.

9. En este sentido, este Tribunal llega a la conclusión de que el demandante ha sido despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido, debido a que del contenido de las cartas referidas, no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para el desempeño de las labores que desempeñaba el demandante; además, en autos no se encuentra probada la relación directa y evidente entre la supuesta pérdida de la capacidad y los requerimientos específicos del cargo que desempeñaba el demandante. En tales circunstancias, resulta evidente que, tras producirse una modalidad de despido nulo como la antes descrita, procede la reposición del demandante como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos.

10. Además, debe tenerse presente que según el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el demandante, al padecer de una invalidez parcial permanente inferior al 50%, no podía ser despedido. Por tanto, si la emplazada considera que el demandante no se encuentra capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debe reponerlo en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría que demande un menor esfuerzo físico, ello con la finalidad de poder preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador.

11. En la medida en que, en este caso, se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho al trabajo del demandante, corresponde, de conformidad con el artículo 56.º del Código Procesal Constitucional, ordenar a dicha entidad que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULA** la carta de fecha 28 de febrero de 2003.
2. Ordena que Minera Yanacocha S.R.L. reponga a don Mauro Serrano García en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía desempeñando, pero de similar categoría o nivel, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso en la etapa de ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
MESÍA RAMÍREZ

Exp. Nº 0168-2007-Q/TC *[Queja interpuesta por el Banco Continental. Se establece la procedencia excepcional del recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia].*

Fecha de Resolución: 2 de octubre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de noviembre de 2007

Resumen: Con carácter de jurisprudencia vinculante el Tribunal Constitucional (TC) estableció que el recurso de agravio debía ser estimado siempre que se tratara de un proceso de ejecución de una sentencia favorable del Colegiado constitucional.

El artículo 19º del Código Procesal Constitucional establece que el Tribunal conoce el recurso de queja interpuesto contra resoluciones denegatorias del recurso de agravio constitucional. Hasta el momento, en el marco de los procesos de ejecución, los recursos de queja que llegaban al Tribunal eran declarados improcedentes en virtud de lo dispuesto por el artículo 202º, inciso 2), de la Constitución Política del Perú.

Sobre el mencionado artículo 19º, el Tribunal consideró que una interpretación literal de esta norma puede ocasionar en el actual contexto de desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales que corresponden a la etapa de ejecución de sentencia, y que el propio TC debería poder tutelar en última instancia.

En ese sentido afirmó que el problema de la ejecución es de orden práctico, o sea referido a la eficacia que puede otorgarle el Tribunal a sus propias sentencias. Esta es la razón por la que el proceso de ejecución debe ser analizado con una especialización mayor desde el campo autónomo del Derecho Procesal Constitucional.

Por estas razones, el Colegiado precisó que es posible establecer algunos principios interpretativos aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta resolución de procedencia del recurso de agravio, tratándose de un supuesto de incumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en los procesos de ejecución de sentencias, los mismos que encuentran su fundamento en los principios de economía procesal e informalismo, consagrados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Primero. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional.

Segundo. El Tribunal resolvería así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.

Tercero. El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá a este Colegiado, dentro del mismo proceso constitucional,

valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19° del Código Procesal Constitucional. Finalmente, estos principios desarrollados en la presente resolución constituyen jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Temas claves: Incumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en los procesos de ejecución de sentencias - principio de economía procesal e informalismo - principio de la eficaz ejecución de las sentencias - recurso de agravio constitucional.

EXP. N.° 0168-2007-Q/TC
LIMA
BANCO CONTINENTAL

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 2 de octubre de 2007

VISTO

El recurso de queja presentado por don Miguel Eduardo Bueno Olazábal, apoderado del Banco Continental; y,

ATENDIENDO A

1. Que el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de las acciones de garantía, de conformidad con el artículo 202° inciso 2) de la Constitución Política del Perú.
Cabe señalar, que este Colegiado en STC 2877-2005-PHC, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 20 de julio de 2006, ha establecido que para la procedencia del referido recurso se requiere, además de los requisitos previstos en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional (CPConst.): que esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, que no sea manifiestamente infundado y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el Tribunal Constitucional.
Asimismo, mediante STC 4853-2004-PA, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el día 13 de setiembre de 2007, ha precisado, con carácter vinculante, reglas procesales de carácter excepcional para la procedencia del recurso de agravio constitucional a favor del precedente constitucional.

2. Que, a su vez, las nuevas reglas procesales contenidas en los precedentes antes citados son de aplicación inmediata, inclusive a los procesos en trámite al momento de su publicación en el Diario Oficial, de conformidad con la Segunda Disposición Final del CPConst.

3. Que según lo previsto en el artículo 19° del CPConst., y lo establecido en los artículos 54° a 56° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, este Colegiado también conoce del recurso de queja interpuesto contra resoluciones denegatorias del recurso de agravio constitucional, siendo su objeto examinar que la denegatoria de éste último sea acorde al marco constitucional y legal vigente.

4. Que asimismo, al conocerse el recurso de queja, este Colegiado sólo está facultado para revisar las posibles irregularidades que pudieran conocerse al expedir el auto sobre la procedencia del recurso de agravio constitucional, no siendo prima facie de su competencia, dentro del mismo recurso, examinar las resoluciones emitidas en etapas previas ni posteriores a las antes señalada.
Sin embargo, si bien el artículo 19° del CPConst., establece de manera restrictiva el alcance de este medio impugnatorio, considera este Colegiado que una interpretación literal de dicha disposición puede generar en el actual contexto de desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales que corresponden a la etapa de ejecución de sentencia, y que en última instancia, debe tutelar el Tribunal Constitucional conforme al artículo 201° de la Constitución y al artículo 1° de su propia Ley Orgánica (Ley N.° 28301).

5. Que, tal como ya ha sido establecido en reiterada jurisprudencia de este Colegiado (STC 4119-2005-AA, de fecha 9 de noviembre de 2006), el problema de la ejecución no sólo comporta un debate doctrinal, sino también y sobre todo, un problema práctico; esto es, la capacidad de este Tribunal para poder llevar al terreno de los hechos la decisión expuesta en términos concretos en su fallo. Por ello, el proceso de ejecución –a cargo del juez de la demanda (art. 22° y 59° del CPConst.), y por el Tribunal Constitucional en cuanto al incumplimiento de sus sentencias por las instancias judiciales (artículo 50° del Reglamento Normativo)-, no puede ser comprendido ni analizado exclusivamente desde las perspectivas desarrolladas por la teoría general del proceso, ni desde las teorías que estudian los efectos de las sentencias a partir de la perspectiva civil o penal; más aún, si el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la autonomía y particularidad del Derecho Procesal Constitucional[1].
La sentencia constitucional requiere[2], pues, de una teoría material constitucional que la fundamente, dotándola de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución. Ello en atención a que

la sentencia que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales ocupa una posición de primer orden entre los actos públicos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho; verificada además, la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (cosa juzgada constitucional[3]); por el valor y la fuerza que le otorga el sistema jurídico a sus interpretaciones (IV Disposición Final de la Constitución, artículos 1° de su propia Ley Orgánica, VI y VII del CPConst.); y, por el poder extrapartes (efectos erga omnes).

6. Que por todo ello, el valor de la sentencia constitucional se encuentra no sólo en la ponderación objetiva de su función en el marco del ordenamiento constitucional, sino por los efectos derivado de lavis subjetiva de la decisión judicial estimatoria que deviene en ejecutada en sus propios términos; es decir, como componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139° inciso 3 de la Constitución)[4] y como la principal forma restitutiva de los derechos fundamentales lesionados en la relación jurídica material que es llevada a proceso, permitiendo que las situaciones inconstitucionales se modifiquen o reviertan.

7. Que este Colegiado no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión; frente a estas situaciones debería habilitarse la procedencia del recurso de agravio constitucional. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de una verificación por el Tribunal donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una afirmación de su decisión por parte del Tribunal Constitucional.
Por todo ello, resulta oportuno realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional, y con ello la reevaluación del criterio precedente de este Colegiado aplicable a casos como el presente, de forma que pueda optimizarse la legislación sobre los procesos constitucionales y los fines que la informan.

8. Que, a partir de lo desarrollado supra, es posible precisar algunos principios interpretativos aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta resolución de procedencia del recurso de agravio, tratándose de un supuesto de incumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en los procesos de ejecución de sentencias, los mismos que encuentran su fundamento en los principios de economía procesal e informalismo, consagrados en el artículo III del Título Preliminar del CPConst.
Primero. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional.
Segundo. El Tribunal resolvería así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.
Tercero. El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá a este Colegiado dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19° del CPConst.

9. Que los principios desarrollados en la presente resolución constituyen jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPConst.

10. Que en el presente caso, se aprecia que la Resolución N.° 3 de fecha 5 de octubre de 2006 de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, relativa al inicio del cómputo de los intereses, conlleva un desconocimiento y una modificación de lo dispuesto en la STC 1020-200-AC, de fecha 25 de abril de 2003, pues ésta ha señalado expresamente en su fundamento 3.f que "la obligación económica a la que se refiere el decreto supremo objeto de reclamo [Decreto Supremo N.° 007-99-EF, del 25 de enero de 1999], tampoco nació con dicha norma, sino que se retrotrae al Decreto Supremo N.° 088-92-TC, de fecha 19 de febrero de 1992, y a diversas normas posteriores, que lo único que demuestran es que el Estado, en todo momento, ha venido prorrogando sucesivamente el cumplimiento de dicha obligación, y que la creación del requisito del acuerdo previo constituye, dentro de dicho contexto, una nueva forma de un cumplimiento de una obligación principal y prioritaria". Así, la decisión de la Sala Superior, al ser contraria al propio sentido literal de la sentencia del Tribunal Constitucional impide que la ejecución de la misma se realice conforme a sus propios términos, tal como consagra el artículo 22° del CPConst.
Por todo ello, verificado que el recurso de agravio constitucional reúne los requisitos previstos en el artículo 18° del CPConst. y los establecidos mediante la presente resolución; el presente recurso de queja debe ser estimado.
Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las facultades conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica;

RESUELVE

Declarar **FUNDADO** el recurso de queja; en consecuencia, dispone notificar a las partes y oficiar a la Sala de origen para que proceda conforme a la presente resolución.

SS.

LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

[1] Resolución Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), de fecha 28 de noviembre de 2005, CASO PROFA (fundamento 15).

[2] En tanto resultado del proceso constitucional, a cuya naturaleza y fines de especial relevancia ha hecho referencia este Tribunal a través de su jurisprudencia: STC 0266-2002-AA, de fecha 10 de enero de 2005, CASO CARMEN TAFUR MARÍN DE LAZO Y OTROS (fundamentos 5 al 7); y, Resolución Exp. N.º 0020-2005-PI/TC, de fecha 8 de agosto de 2005, CASO HOJA DE COCA.

[3] STC 0006-2006-PCC, de fecha 22 de marzo de 2007, CASO CASINOS Y TRAGAMONEDAS (fundamento 40) .

[4] El Tribunal Constitucional se ha pronunciado estableciendo que "el proceso de ejecución de sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva, cuestión de esencial importancia para dar efectividad al Estado democrático de derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando sino también ejecutando lo juzgado" [STC 0161-2001-AA, de fecha 10 de diciembre de 2002, CASO JUANA ZAPATA QUEVEDO DE NEGREIROS Y OTROS (fundamento 6)].

Exp. N° 0654-2007-AA/TC *[Proceso de Amparo promovido por el Ministerio de la Producción. Sobre las competencias reservadas a los órganos del Estado y su relación con el derecho constitucional de defensa].*

Fecha de Resolución: 10 de julio del 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de noviembre del 2007

Resumen: El 21 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional publicó la sentencia que declaró fundada la demanda de amparo recaída en el expediente N.° 0654- 2007-AA/TC; por ende, declaró nulo e insubsistente todo lo actuado en el proceso judicial signado con el N° 2004-009, reponiéndose los actos procesales a la etapa de postulación del proceso, debiéndose correr traslado de la demanda al Ministerio de la Producción, conforme a lo establecido en esta sentencia.

Por ello el Tribunal estimó que, ante la solicitud planteada por el demandante, en el que se incluía como pretensión "accesoria" una que involucraba de modo indefectible una competencia reservada legalmente a un órgano de la Administración, como es en este caso el Ministerio de la Producción, resultaba indispensable que la juez emplazara también al referido Ministerio, por lo que al no haberlo realizado así, la resolución judicial resultaba inválida, a tenor del artículo 93° del Código Procesal Civil. Igualmente el Tribunal observó que al haberse resuelto el proceso sin la participación de una de las partes que necesariamente debió emplazarse en el proceso en cuestión, al margen de la consideración de la incompetencia *ab initio* del juez *a quo*, se había desnaturalizado el proceso en la medida en que se habían violado el debido procedimiento y el derecho de defensa de una de las partes, como es el Ministerio de Pesquería, quien no pudo hacer valer ninguna de sus prerrogativas y argumentos al habérsele denegado su intervención.

Una vinculación directa con el derecho de defensa se advierte en que este derecho comporta, en su contenido esencial, la obligación de parte del órgano jurisdiccional de notificar con la demanda y con las resoluciones que se produzcan al interior del proceso en cuestión a todas las personas relacionadas con el petitorio de la demanda.

En el presente caso la instancia judicial, al pronunciarse prescindió y, peor aún, sustituyó con su decisión el procedimiento administrativo preestablecido en el Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, así como su Reglamento y las demás normas aplicables a la extracción de recursos naturales protegidos por el Estado. De este modo incurrió también en violación del principio constitucional y del deber de todo juez de motivar sus decisiones en el derecho vigente. En la medida en que se trata de una decisión jurisdiccional que no tuvo en cuenta parte importante de las normas jurídicas aplicables, el Tribunal señaló que en el presente caso no se había cumplido a cabalidad el principio constitucional de la función jurisdiccional que establece la obligación de que las decisiones de los jueces estén fundadas en Derecho, o lo que es lo mismo, que las resoluciones judiciales estén debidamente motivadas.

Temas claves: derecho a la motivación de resoluciones - derecho al debido procedimiento - derecho de defensa - principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

EXP. 00654-2007-AA/TC
DEL SANTA
MINISTERIO DE LA PRODUCCION

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de julio de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramirez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ministerio de la Producción contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 82, su fecha 12 de diciembre de 2006, que declara improcedente la demanda de amparo en el extremo de formular denuncia penal contra la juez demandada, Teresa Nora Porras Carrión, e infundada en la parte que se requiere declarar nulo e insubsistente todo lo actuado en el proceso judicial signado con el Nro. 2004-009.

ANTECEDENTES

La recurrente con fecha 14 de setiembre de 2004 interpone demanda de amparo contra Teresa Nora Porras Carrión, titular del Juzgado Mixto de Huarmey, a fin de que se declare nulo todo lo actuado en el proceso judicial signado con el Nro. 2004-009 y, consiguientemente, se disponga abrir instrucción por delito de prevaricato contra dicha jueza. Alega que el proceso de su referencia viola su derecho al debido procedimiento porque sin haberlo emplazado ni notificado con la demanda ha dispuesto, sin respetar el procedimiento administrativo establecido para tal efecto, que el Ministerio de la Producción expida una autorización de ampliación de flota y permiso de pesca, lo que convierte en irregular el referido proceso por haberse violado su derecho de defensa.

Según refiere, Raúl Zavala Paredes, sucedido en el curso del proceso por Juan M. Manrique Miranda, demandó contra Pesquera Argos S.A. a efectos de que dicha pesquera le extienda Escritura Pública de Cesión de Derechos de Pesca, celebrado en mayo de 1973, y como pretensión accesoria solicitó que en ejecución de sentencia se oficie al Ministerio de la Producción a fin de que emita el acto administrativo de permiso de pesca, o se expida autorización de incremento de flota correspondiente por capacidad equivalente a la embarcación pesquera P.Q. 17, de matrícula PS-8850, ahora denominada "Plebeyo" con matrícula CE-2023-PM.

Agrega que en rebeldía de la empresa emplazada la jueza emitió sentencia declarando fundada la demanda, por lo que se conminó al Ministerio de la Producción a emitir tanto la autorización de ampliación de flota como el posterior permiso de pesca. Recibida la notificación de la sentencia, el Ministerio de la Producción se apersonó al proceso solicitando su incorporación a efectos de hacer valer sus prerrogativas y competencias; sin embargo, el juzgado no sólo no aceptó dicha oposición, sino que reiteró el mandato bajo apercibimiento de formularse denuncia penal a los funcionarios de dicho Ministerio, lo que considera viola sus derechos al debido proceso y a la defensa.

Con fecha 26 de junio de 2006 la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa declara fundada en parte la demanda, disponiendo la incorporación del Ministerio de la Producción en el referido proceso, e improcedente formular denuncia penal contra la jueza demandada.

La recurrida confirma la apelada en el extremo de declarar improcedente formular denuncia penal y la revoca en el extremo que declara fundada en parte la demanda y, reformándola, la declara infundada, aduciendo que era una obligación a cargo del cedente la formalización del acto jurídico a fin de que el cesionario pueda acudir al Ministerio de la Producción a ejercitar, exigir, tramitar y gestionar la expedición de la Resolución Administrativa. Argumenta también que el proceso cuestionado se llevó a cabo con arreglo a ley, por lo que la acusada omisión de emplazamiento no constituye afectación a los derechos constitucionales que alega el Ministerio.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso judicial signado con el Nº 2004-009 y, reponiendo al estado anterior a la violación de su derecho de defensa, se incorpore al Ministerio de la Producción en el referido proceso judicial. Igualmente se solicita que se declare la nulidad del protocolo notarial elaborado por el Notario Público Amador Tito Villena, su fecha 7 de mayo del 2004, como consecuencia de haberse estimado la demanda de otorgamiento de escritura pública solicitada por Raúl Zavala Paredes, sucedido luego en la relación procesal por Juan M. Manrique Miranda contra Pesquera Argos S.A. Finalmente, se solicita, como pretensión accesoria, se disponga remitir los actuados al Ministerio Público para que denuncie por delito de prevaricato a Teresa Nora Porras Carrión de Ramírez, jueza del Juzgado Mixto de Huarmey, que emitió la resolución judicial materia del referido proceso.

2. El Ministerio de la Producción cuestiona básicamente el hecho de que en un proceso judicial en el que no ha participado, se haya dispuesto bajo apercibimiento de ser denunciados penalmente los pretensos responsables por desacato, la emisión de un acto administrativo que autoriza el incremento de flota y el permiso de pesca, actos administrativos que sólo pueden emitirse en el ámbito de un procedimiento administrativo y previo al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en las leyes y reglamentos de la materia.

3. El Tribunal toma nota de que la demanda de otorgamiento de escritura pública [que fue declarada

fundada por el órgano judicial emplazado y al que se acusa de violación del derecho de defensa] tuvo dos pretensiones concretas: a) el otorgamiento de escritura pública respecto de la transferencia de una embarcación pesquera; y b) la expedición de la resolución administrativa a favor del accionante Raúl Zavala Paredes, sucedido procesalmente por Juan M. Manrique Miranda por parte de la entidad competente para tal propósito, la que en el presente proceso constitucional acusa no haber sido comprendida como demandada en el proceso de marras. Por tanto, el Tribunal observa que respecto de la segunda pretensión, lo que se cuestiona es que se haya dictado un mandato judicial sin intervención, precisamente, de la entidad que por mandato legal le corresponde otorgar, los referidos permisos de pesca y de ampliación de flota, en este caso la entidad recurrente en este proceso de amparo.

4. Así las cosas, las cuestiones sobre las que debe detenerse este Tribunal, son las siguientes:
a) ¿Pudo considerarse como parte al Ministerio de la Producción en el proceso en el que se ha emitido la resolución judicial que se cuestiona?
b) ¿Se ha violado el derecho de defensa del Ministerio de la Producción –que es el Estado– en el caso de autos?
c) ¿Puede afirmarse que una decisión judicial que desconoce el procedimiento administrativo aplicable al caso puede omitir válidamente al ente encargado de otorgar permisos que sólo son posibles luego de un trámite específico ante el Ministerio de la Producción sin lesionar el derecho y garantía a una decisión judicial fundada en Derecho, como parte del derecho-garantía a una decisión judicial debidamente motivada?

2. Análisis de la resolución judicial cuestionada

5. En el proceso judicial que se cuestiona la titular del Juzgado Mixto de Huarmey ha dispuesto, entre otras cosas, a) que la empresa emplazada "Pesquera Argos" cumpla con extender la escritura pública de cesión de derechos respecto de una embarcación pesquera que la propia juez declara no estar en posesión del recurrente y además "que no es materia de litis"; b) que la autoridad administrativa correspondiente "restituya y/o reconozca el permiso de pesca para la extracción de especies hidrobiológicas a favor del adquirente; así como todo derecho administrativo, otorgando las autorizaciones de incremento de flota y permiso de pesca, por capacidad equivalente a la embarcación pesquera P. Q. 17, Matrícula PS-8850, actualmente llamada Plebeyo, con matrícula CE-2023-PM"; c) que haya dispuesto que [en vista que la referida embarcación pesquera "no sólo fue expropiado por el Estado, sino que ha sido transferido a tercera persona y además ha cambiado de nombre por el de "Moquegua 3" con matrícula CE-7744 y luego por "Plebeyo", con matrícula CE-2023-PM", es decir, "ya no es de propiedad de la demandada, sino de tercera persona"] "por seguridad jurídica del tercero, la autoridad administrativa al expedir el acto administrativo, no debe perjudicar ni afectar derechos del tercero", esto es, haber ordenado la expedición de un nuevo permiso de ampliación de flota y posterior permiso de pesca.

6. Con posterioridad la misma juez emitió una serie de resoluciones en etapa de ejecución de su decisión sobre el fondo y que se detallan a continuación: a) Resolución N°. 6, que declara consentida la sentencia y notifica a la empresa demandada para que en el plazo de 3 días cumpla con otorgar la respectiva escritura pública, bajo apercibimiento de ser otorgada por el juzgado; b) Resolución N° 7, que otorga en rebeldía del emplazado la escritura pública de cesión de derechos a favor del demandante, remitiéndose los autos a un Notario Público para el efecto. Advertimos que en la misma resolución se dispone: "OFICIESE a la Dirección Nacional de Extracción y Procesamiento Pesquero del Ministerio de la Producción para que en ejecución de sentencia, vía restitución y/o reconocimiento expida el acto administrativo otorgando al citado demandante el incremento de flota y permiso de pesca, por capacidad equivalente a la embarcación pesquera denominada, P. Q. 17, Matrícula PS-8850, actualmente llamada Plebeyo, con matrícula CE-2023-PM, de 350 toneladas para extracción de productos hidrobiológicos similar a la embarcación mencionada"; c) Oficio N° 239-2004-JMH-CSJSA/PJ-LAR, mediante el cual la Juez del Juzgado Mixto de Huarmey se dirige a la Dirección Nacional de Extracción y Procesamiento Pesquero del Ministerio de la Producción, comunicándole el contenido de la resolución N° 7, conminándolo a su cumplimiento"bajo apercibimiento de ley"; d) Resolución N° 11, de fecha 08 de julio de 2004, mediante la cual se declara improcedente la solicitud de apersonamiento del Ministerio de la Producción, sin objeto el pronunciamiento sobre la oposición interpuesta por dicha entidad, reiterándose el mandato para que cumpla, "bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad y de responsabilidad, civil o administrativa que pueda suceder".

2.1. Oposición del Ministerio de la Producción

7. Al ser notificado de la Resolución N° 7, con fecha 22 de junio de 2004 el Ministerio de la Producción presentó oposición al mandato judicial, sustentándose básicamente en los siguientes argumentos:
a) Que si bien el artículo 107 del derogado Decreto Ley 18810 establecía el carácter indeterminado del permiso de pesca otorgado por el Ministerio de Pesquería, en la actualidad el artículo 44° de la vigente Ley de Pesca, Decreto Ley 25977, establece que: "Las concesiones, autorizaciones y permisos, son derechos específicos que el Ministerio de pesquería otorga a plazo determinado para el desarrollo de actividades pesqueras(...)". Con relación al permiso concedido en su momento a la Pesquera Argos respecto de la embarcación pesquera P.Q. 17 con matrícula N° PS-8850, el Ministerio sostuvo que"caducó en cuanto no cumplió con adecuarse a las nuevas disposiciones establecidas en la nueva Ley de Pesca";
b) La referida embarcación pesquera cuyos derechos de pesca habrían sido objeto de cesión a favor del demandante y cuya escritura pública reclamó judicialmente, tendría actualmente otra titularidad y otra denominación y en consecuencia, toda vez que el permiso no puede

desligarse de quien es titular de la embarcación, conforme a la legislación vigente, el Ministerio concluye que "(...)si el actor no es a la fecha propietario de dicha embarcación pesquera, como textualmente lo reconoce en su demanda, no lo corresponde el permiso respectivo, el mismo que involucraría el incremento de flota que sólo es aplicable ante el cumplimiento de ciertos requisitos expresamente señalados en la referida norma y que se solicitan ante el Ministerio de Pesquería", como debió ser en el caso de autos.

c) La vía judicial sólo podría iniciarse luego de agotarse el trámite administrativo, por lo que al decidirse en forma unilateral y sin emplazar al Ministerio de la Producción, pese a tratarse de una competencia que le corresponde a exclusividad, dicho mandato judicial exige al Ministerio de la Producción a dictar un acto administrativo contrario a dicha legislación.

d) Para la obtención del incremento de flota, tal como se ordena en la resolución judicial, sería necesario acreditar previamente si se está construyendo una embarcación o si se va a adquirir una para reemplazar aquella que se haya deteriorado o siniestrado. De modo que "el incremento de flota sólo se concede cuando se reemplaza una embarcación por otra, previo cumplimiento de los trámites establecidos en las normas específicas".

8. Sobre la base de los mismos argumentos plateados en su escrito de oposición el Ministerio de la Producción sostiene que la resolución judicial que ordena emitir un acto administrativo de ampliación de flota y permiso de pesca, viola sus derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Se ha violado su derecho de defensa "en la medida que las decisiones judiciales deben ser comunicadas para garantizar a los litigantes o a aquellos que deben o puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de modo que tengan la posibilidad de disponer lo conveniente para defenderse en el proceso". En tal sentido sostiene, que la falta de comunicación o emplazamiento de la decisión judicial lo ha "coloca[do] (...) en una situación de indefensión".

3. Consideraciones del Tribunal

9. Sobre la base de las cuestiones planteadas el Tribunal debe pronunciarse en el siguiente orden: a) si en el proceso judicial que se cuestiona puede considerarse parte al Ministerio de la Producción; b) si al no notificársele a éste con las resoluciones judiciales desde el inicio del proceso en cuestión, se ha violado el derecho de defensa; c) si se ha violado el derecho a una resolución fundada en Derecho; d) si existen elementos que ameriten remitir partes al Ministerio Público a efectos de que investigue la actuación de la magistrado en la posibilidad de comisión de hechos dolosos que constituyan delitos.

a) Sobre la condición de "parte" del Ministerio de la Producción en el proceso judicial

10. El órgano judicial emplazado al momento de rechazar la incorporación del Ministerio de la Producción como demandado en el proceso judicial que se cuestiona, ha sostenido básicamente que en el caso éste no tenía la condición de parte demandada ni demandante, conforme al artículo 2° del Decreto Ley N° 17537; por tanto su apersonamiento resultaba improcedente.

11. El Tribunal advierte sin embargo que en el proceso judicial en cuestión el demandante propuso dos pretensiones plenamente identificables y distintas: a) el otorgamiento de escritura pública por parte de la Pesquera "Argos S.A"; y b) "accesoriamente se oficie a la Dirección Nacional de Extracción y Procesamiento Pesquero del Ministerio de la Producción", a efectos de que "en ejecución de sentencia" se oficie a la Dirección respectiva "para que emita el acto administrativo de permiso de pesca para la extracción de especies hidrobiológicas, otorgando o expidiendo la autorización de incremento de flota correspondiente".

12. En ese sentido, de una revisión de las normas legales y reglamentarias que regulan el procedimiento administrativo conducente a la emisión del acto administrativo solicitado como pretensión "accesoria", este Tribunal puede deducir con toda claridad que respecto de la segunda pretensión planteada en el proceso judicial que se cuestiona, el Ministerio de la Producción no sólo tenía la condición de litisconsorte pasivo necesario a tenor del artículo 92° del Código Procesal Civil, aplicable al caso, sino también que la juez Mixto de Huarmey no tenía la competencia para, desconociendo el procedimiento administrativo preestablecido en la legislación especializada de la materia, subrogar a la Dirección correspondiente del Ministerio de Pesquería en el ejercicio de sus competencias.

13. En efecto, respecto del procedimiento administrativo para la concesión de ampliación de flota así como para el posterior otorgamiento del permiso de pesca, el régimen legal vigente no prevé un proceso judicial que sustituya al procedimiento administrativo contemplado tanto en el Decreto Ley N° 25977, Ley de Pesca, como en su Reglamento, D.S. N° 012-2001-PE. A los jueces del Poder Judicial sólo corresponde conocer de estas materias vía proceso contencioso administrativo conforme al artículo 148° de la Constitución y a la ley que regula dicho Proceso, Ley N° 27584.

14. Por ello el Tribunal es de la opinión que ante la solicitud planteada por el demandante en el proceso sobre otorgamiento de escritura pública, en el que se incluía como pretensión "accesoria" una solicitud que involucraba de modo indefectible una competencia reservada legalmente a un órgano de la Administración, como es en este caso el Ministerio de la Producción, resultaba indispensable que la juez demandada emplazara también al referido Ministerio, por lo que al no haberlo realizado así, la resolución judicial resulta inválida, a tenor del artículo 93° del Código Procesal Civil. Igualmente el Tribunal observa que al haberse resuelto el proceso sin participación de una de las partes que necesariamente debió emplazarse en el proceso en cuestión, al margen de la consideración de la incompetencia ab initio del juez a quo, se ha desnaturalizado el proceso en la medida en que se ha violado el debido procedimiento y el derecho de defensa de una de las partes, como es el Ministerio de Pesquería, quien no ha podido hacer valer ninguna de sus prerrogativas y argumentos al habérsele negado su intervención.

b) Sobre la defensa de las competencias reservadas a los órganos del Estado y su relación con el derecho constitucional de defensa

15. A partir de considerar que en el presente caso el Ministerio de la Producción tenía que formar parte de la relación jurídico procesal, con relación a uno de los extremos del petitorio que contenía la demanda, se desprende también una vinculación directa con el derecho de defensa en la medida que este derecho comporta, en su contenido esencial, la obligación de parte del órgano jurisdiccional de notificar con la demanda y con una de las resoluciones que se produzcan al interior del proceso en cuestión a todas las personas relacionadas con el petitorio de la demanda. Precisamente ha establecido este Tribunal que "(...) el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (STC 06648-2006-HC/TC, fundamento 4).

16. La titularidad de dicho derecho corresponde a toda persona, natural o jurídica, con interés en la resolución de una controversia. Incluye, incluso, a los órganos estatales, puesto que el derecho de defensa comporta una garantía para la adecuada defensa de los intereses del Estado, así como de las competencias y prerrogativas que señala a cada ente estatal la Constitución y el sistema jurídico en su conjunto.

17. En este extremo el Tribunal toma nota de que el órgano jurisdiccional emplazado, pese a no tomar en cuenta los argumentos del Ministerio de la Producción, sin embargo conminó a la Direcciónc correspondiente de dicho Ministerio a dictar un permiso de ampliación de flota, utilizando el imperio de la jurisdicción sin que el Estado pudiera hacer prevalecer la defensa del orden jurídico vigente, que establece de manera expresa un procedimiento administrativo específico para este propósito, y que tiene entre otros objetivos la salvaguarda no sólo de la explotación racional de los recurso marinos sino también la defensa del desarrollo sostenible y responsable de nuestro propio ecosistema.

Siendo así, la presencia del Ministerio de Pesquería en el referido proceso judicial resultaba del todo atendible y su ausencia ha permitido que en la actualidad, respecto de una misma embarcación, existan dos derechos administrativos de permiso de pesca, "uno que correspondía naturalmente a la EP Plebeyo, en base a la R. M. N° 252-95-PE y el otro, en función a sentencia del Juzgado Mixto de Huarmey", como se ha expresado en el recurso de agravio constitucional (punto 7).

18. Para este Colegiado este sólo hecho, puesto de manifiesto por el Ministerio de la Producción en todos y cada uno de sus escritos, muestra la irregularidad del proceso judicial en cuestión, que ha permitido que a partir de un curioso proceso judicial sobre otorgamiento de escritura pública respecto de un negocio privado de hace más de 30 años, se articule una estrategia legal con la obvia intención no de recuperar un permiso de pesca que ahora tiene otro titular plenamente identificado por las partes del proceso, sino claramente lograr una ampliación de flota y el permiso para la construcción de una nueva embarcación pesquera de 350 toneladas de capacidad, sin que al respecto la administración pueda exigir los mínimos requisitos que se exigen a todo ciudadano o empresa que quisiera incursionar en tales actividades.

19. Sobre este extremo la juez del Juzgado Mixto de Huarmey no ha expresado argumento alguno que sustente dicha orden judicial, pese a que como ha quedado establecido ha sido emitida en abierta contravención al orden jurídico vigente, limitándose a expresar que "ha expedido sentencia con criterio de conciencia y aplicando la valoración apreciada (sic) de las pruebas que establece el art. 197 del C.P.C. Es decir, he actuado en forma imparcial" (fojas 83).

En la propia resolución que se cuestiona la juez emplazada, conciente de que estaba ordenando la emisión de un permiso de pesca nuevo y distinto al que en su momento correspondía a la embarcación en cuestión, ha establecido que dado que "es de presumir que el actual titular de la embarcación también ha asumido la titularidad del derecho administrativo, en tal sentido, siendo así y por seguridad jurídica del tercero, la autoridad administrativa al expedir el acto administrativo, no debe perjudicar ni afectar los derechos del tercero" (considerando sétimo).

20. Para este Colegiado tal argumento pone en evidencia la arbitrariedad y ausencia de fundamentos de la resolución judicial en cuestión, puesto que con tal razonamiento la propia seguridad jurídica, a la que curiosamente se alude, sería una ilusión en la medida que "el tercero" tendría licencia para despojar de sus derechos a los legítimos titulares, los que antes de reclamar a quien ilegítimamente los haya despojado, acudirían al órgano judicial para pedir "un nuevo derecho" sin afectar al tercero. En un sistema jurídico razonable y coherente no puede admitirse tal tipo de pretensión, no sólo porque es falaz en su formulación sino porque encubre la verdadera esencia de lo que se está disponiendo. En efecto, en el presente caso, tras la supuesta protección de la "seguridad jurídica del tercero", se encubre en realidad la asignación de un derecho que el órgano judicial entrega a alguien que no tiene titularidad sobre ninguna embarcación y sin cumplir los requisitos legales y, finalmente, obviando el procedimiento preestablecido en la ley.

21. Siendo esto así el Tribunal concluye que no sólo se ha lesionado al Ministerio de la Producción un derecho de orden procesal, sino además se le ha impedido arbitrariamente ejercer la defensa de uninterés público indiscutible como es la explotación de los recursos hidribiológicos de nuestro mar territorial y, de manera especial, la conservación de la diversidad biológica cuya conservación y manejo racional supone una obligación constitucional por parte del Estado conforme a los artículos 66° y 68° de la Constitución. La ausencia del Procurador Público del Ministerio de la Producción en el referido proceso ha impedido que se pueda hacer valer argumentos fundamentales sobre la importancia del

procedimiento administrativo de concesión de derechos de pesca, que está directamente vinculado con el manejo adecuado de una política responsable de la explotación de los recursos naturales, que a tenor del artículo 66° de la Constitución constituyen patrimonio de la Nación.

c) Sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

22. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 139.5 de la Constitución es al propio tiempo un derecho de quienes comparecen en el proceso judicial, como también una garantía y principio de la función jurisdiccional. En cuanto derecho subjetivo obliga a los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, a fundamentar sus decisiones en base al derecho vigente y a los hechos expuestos por las partes, dando respuesta afirmativa o negativa a las cuestiones planteadas. En tanto garantía y principio de la función jurisdiccional constituye en cambio un valioso instrumento para el control publico de las decisiones judiciales y, a la vez, un medio que presta legitimidad de ejercicio a los jueces.

23. En este sentido, mediante la motivación de sus resoluciones los jueces ponen de manifiesto ante la opinión pública, y no sólo a las partes del proceso, la imparcialidad e independencia en su actuación jurisdiccional, puesto que, como este Colegiado ha sostenido "(...) son las razones de sus decisiones, su conducta en cada caso y su capacidad profesional expuesta en sus argumentos, lo que permite a todo juez dar cuenta pública de su real independencia" (STC N° 3361-2004-AA). La motivación resulta también una exigencia insuperable para que el tribunal de alzada en su oportunidad pueda conocer el basamento de la decisión a revisar y poder así confirmarla o revocarla según el caso.

Ello supone que el derecho-garantía a la debida motivación de las resoluciones judiciales puede ser enjuiciada por este Colegiado en un proceso de amparo contra resoluciones judiciales, no sólo frente a la invocación específica de una de las partes del proceso judicial, sino también como parte de la evaluación constitucional de la validez material de dichas decisiones. Esto por cuanto la función jurisdiccional está sujeta a límites constitucionales objetivos indefectibles, los que al ser incumplidos revierten la condición de intangibilidad que tiene en principio la función jurisdiccional, a tenor del artículo 139.2 de la Constitución, máxime considerando que la doctrina procesal actual no admite la cosa juzgada en resoluciones que adolecen de vicios de nulidad insalvable.

Como tantas veces se ha afirmado, no hay cosa juzgada allí donde se ha violado la Constitución y los derechos fundamentales. Una decisión judicial que ha sido emitido con afectación de los derechos constitucionales de las partes, o desconociendo alguno de los principios de la función jurisdiccional, como es el caso de la obligación de la motivación de las resoluciones, no puede cobijarse en el principio de cosa juzgada, sobre todo si tal decisión ha sido impugnada válidamente a través de un proceso constitucional y este Colegiado, luego de su análisis, ha estimado la demanda.

24. Dicho esto debe señalarse en seguida que el derecho-garantía previsto en el artículo 139.5 de la Constitución, incluye en su ámbito constitucionalmente protegido, entre otros aspectos, el derecho a una decisión fundada en Derecho. Ello implica que los órganos judiciales deben fundar sus decisiones en el derecho vigente y válido, sin prescindir ni interferir en los procesos o procedimientos establecidos en la ley, en la medida que el ejercicio de la función jurisdiccional no puede basarse en la aplicación de normas incompatibles con la Constitución, como tampoco puede prescindir de la aplicación de leyes y reglamentos que mantienen plena vigencia y son de obligatorio cumplimiento conforme lo establecen los artículos 38° y 109° de la Constitución.

25. En el presente caso la instancia judicial, al pronunciarse en el Expediente N° 2004-09, ha prescindido y, peor aún, ha sustituido con su decisión el procedimiento administrativo preestablecido en el Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 012-2001 y las demás normas aplicables a la extracción de recursos naturales protegidos por el Estado (Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales). De este modo ha incurrido también en violación del principio constitucional y del deber de todo juez de motivar sus decisiones en el derecho vigente. En la medida que se trata de una decisión jurisdiccional que no ha tenido en cuenta parte importante de las normas jurídicas aplicables, no puede decirse que en el presente caso se haya cumplido a cabalidad el principio constitucional de la función jurisdiccional que establece la obligación de que las decisiones de los jueces estén fundadas en Derecho, o lo que es lo mismo, que las resoluciones judiciales estén debidamente motivadas.

c.1. Derecho a la motivación de resoluciones judiciales y corrección formal del razonamiento del Juez

26. La violación al principio-derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales también se pone de manifiesto si se analiza la coherencia interna del razonamiento de la juez del Juzgado Mixto de Huarmey. La coherencia interna o justificación lógico racional constituye un test mínimo en el control de la validez del razonamiento de los jueces y está en directa relación con la debida motivación de las resoluciones judiciales. Mediante el análisis de la justificación interna en el razonamiento, el Juez Constitucional determina si el resultado del razonamiento utilizado por el juez ordinario se desprende efectivamente de la propias premisas establecidas en la resolución. De este modo, si en la motivación de una sentencia se establece que ha ocurrido un daño que debe ser indemnizado conforme a las reglas del Código Civil, y que el causante de dicho daño es "X", sería arbitrario concluir con un fallo que condene a "Y" al pago de una determinada suma por concepto de indemnización.

27. Trasladado dicho esquema argumentativo al utilizado por la juez emplazada, es posible evaluar si también en este extremo se ha incurrido en otra arbitrariedad.

Así se advierte que:

a) En primer lugar, invocando una norma "aplicable" al momento de celebración del contrato, se establece que "(...) el permiso de pesca representa la facultad otorgada al armador para que pueda emplear embarcaciones en la extracción de recursos hidrobiológicos y era otorgado por el Ministerio de Pesquería a plazo indeterminado". La magistrado resalta además en este punto el hecho de que actualmente el Decreto Ley N° 25977 también concede a dicho Ministerio la potestad de la emisión de tales permisos;

b) En segundo lugar, se establece que "(...)no existe prohibición alguna para ceder el derecho administrativo, por lo que existe el principio constitucional de lo no prohibido está permitido". Es importante resaltar en este punto que al tratarse de una demanda sobre otorgamiento de escritura pública sobre un derecho ya cedido, no tendría sentido que se haga referencia aquí a la "cesión" pues ello habría ocurrido, en todo caso, con anterioridad y al momento de celebrarse el contrato de cesión.

c) En tercer lugar (fundamento sexto), la magistrado incorpora un dato relevante. Establece que la cesión del derecho de pesca se habría producido en el marco del artículo 1208 del Código Civil y que estaría además amparado en el artículo 70 de la Constitución. Como se observa, en ambos casos se trata de normas posteriores a la celebración del contrato, pero además inaplicables en razón de la materia. La norma del Código Civil es una norma genérica referida a la cesión de derechos "que sean materia de controversia", y en el caso del artículo constitucional se trata de una garantía del derecho de propiedad, que no era el caso.

d) En cuarto lugar, en el mismo fundamento y sobre la base de tales normas impertinentes al caso en cuestión, se determina que "procede que la autoridad administrativa restituya y/o reconozca el permiso de pesca para la extracción de especies hidrobiológicas a favor del adquirente". Aquí se trata de dos tipos de mandatos. Que se "restituya" o que se "reconozca". Sin embargo tal coma se verá en seguida, la restitución no opera debido a que la magistrado advierte que la embarcación en cuestión tiene otro propietario, el que conforme a la legislación vigente es también titular del respectivo derecho de pesca.

e) En seguida en el fundamento séptimo, luego de poner de manifiesto que la embarcación tiene otra denominación, otros propietarios y también que la titularidad del derecho de pesca es de terceras personas, curiosamente se establece en el mismo fundamento y, para el efecto, citando esta vez el artículo 34° del D.S. N.° 012-2001 (el actual reglamento de la Ley General de Pesca), que "el permiso de pesca es indesligable de la embarcación a la que corresponde y que la transferencia de la propiedad de la embarcación pesquera durante la vigencia del permiso de pesca con lleva la transferencia de dicho permiso".

Incorporada una premisa tal en el razonamiento de la juez a quo, la consecuencia lógica hubiera sido que la magistrada concluya estableciendo que en la medida que en autos no se encuentra acreditada la propiedad sobre la embarcación, el recurrente carecía de derechos administrativos los que como señala la norma "son indesligables" de la embarcación, dejando a salvo en todo caso para hacer ejercicio de su derecho en sede administrativa y conforme al procedimiento previsto.

f) No es tal la conclusión del razonamiento de la juez en este caso. Luego de admitir expresamente que "es de presumir que el actual titular de la embarcación también ha asumido la titularidad del derecho administrativo", concluye que "por seguridad jurídica del tercero" (por cierto un tercero que no ha participado en ningún estadio del proceso), "la autoridad administrativa al expedir el acto administrativo no debe perjudicar ni afectar los derechos del tercero".

De este modo se concluye ordenando ya no sólo la concesión del derecho administrativo, que fue la pretensión que diera origen al proceso judicial en cuestión, sino también la autorización para la construcción de una nueva embarcación, sobre la que ha de recaer el respetivo permiso de pesca.

28. Tal como se observa de la propia argumentación de la juez, las conclusiones que extrae a partir de sus propias premisas son arbitrarias y carecen de todo sustento lógico y jurídico, por lo que este Colegiado, también en este extremo, encuentra que existen suficientes elementos que invalidan la decisión por ser arbitraria y carente de un mínimo de corrección racional.

d) Sobre la pretensión accesoria de la demanda de amparo

29. Si bien en la demanda de amparo se solicita como pretensión accesoria, "que se ordene abrir instrucción por delito de prevaricato contra la Sra. Teresa Nora Porras Carrión de Ramírez", este Tribunal, con base en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional, debe adecuar dicha pretensión de modo de comprenderla en el marco de las atribuciones que le son propias y se encuentran establecidas en el artículo 8° del propio Código Procesal Constitucional, según el cual "cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez, en la sentencia que declara fundada la demanda (...) dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes".

30. Pues bien, a juicio de este Tribunal en autos existen suficientes elementos que comprometen seriamente la actuación de la magistrada en el proceso judicial en cuestión, por lo que procede la remisión de los actuados al Ministerio Público para que proceda conforme a Ley en el marco de sus atribuciones. Asímismo, dada la condición de juez de la emplazada con la presente demanda de amparo, debe también hacer de conocimiento de esta sentencia al Consejo Nacional de la Magistratura para que actúe en el marco de sus atribuciones.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo de autos; en consecuencia, nulo e insubsistente todo lo actuado en el proceso judicial signado con N° 2004-009, sobre otorgamiento de escritura pública y autorización de ampliación de flota y derecho de pesca seguido por Raúl Zavala Paredes, sucedido luego por Juan M. Manrique Miranda, contra Empresa Pesquera Argos S.A., reponiéndose los actos procesales a la etapa de postulación del proceso debiéndose correr traslado de la demanda al Ministerio de la Producción conforme a lo establecido en esta sentencia.
2. Remitir los actuados al Ministerio Público conforme al fundamento 28 de la sentencia.
3. Remitir también copia autenticada de la presente sentencia al Consejo Nacional de la Magistratura para los fines pertinentes, conforme al citado fundamento 28 de la sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
VERGARA GOTELLI

EXP. N.° 00654 -2007-AA/TC
DEL SANTA
MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS BARDELLI LARTIRIGOYEN Y MESÍA RAMÍREZ

No encontrándonos de acuerdo con los fundamentos y fallo suscrito por nuestros honorables colegas, nuestra opinión queda formulada en los términos siguientes:

1. Previamente, consideramos menester señalar que conforme a lo dispuesto por el artículo 5°, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, no procede el proceso constitucional de amparo cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

2. En el caso sub litis, advertimos que existe la vía específica e idónea para declarar la nulidad de actuados judiciales, en este caso la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta establecida en el artículo 178° del Código Procesal Civil, más aún cuando la demandante Procuradora Pública del Ministerio de la Producción lo que pretende a través de este proceso constitucional es que "(...) se le incorpore como litisconsorte necesario en el proceso judicial N° 2004-009 (...)".

3. De otro lado, la presente demanda ha sido interpuesta por la referida Procuradora contra el Procurador Público del Poder Judicial. En consecuencia nos encontramos frente a una demanda de una dependencia administrativa del Estado (Ministerio de la Producción) contra un Poder del Estado (Poder Judicial), por lo que se configura una causal de improcedencia de la demanda a tenor de lo dispuesto por el inciso 9) del artículo 5° del Código acotado.

4. En el expediente acompañado, cuya sentencia es cuestionada a través de este proceso de amparo, seguido por Raúl Zavala Paredes contra la Empresa Pesquera Argos S.A. sobre otorgamiento de escritura pública, la Procuradora Pública del Ministerio de la Producción se apersona a los autos y formula oposición, declarándose por resolución de fojas 116 improcedente su apersonamiento, careciendo de objeto, entonces, pronunciarse sobre su oposición por no ser parte en el proceso. Dicha resolución fue notificada a la referida Procuradora conforme se acredita a fojas 139 y no interpuso ésta recurso de apelación, por lo que la resolución quedó consentida conforme a lo señalado en la resolución de fojas 177, adquiriendo la calidad de cosa juzgada; siendo así, consideramos que debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 4° del Código adjetivo.

5. No está demás precisar que conforme consta de fojas 162 a 167 del expediente acompañado antes referido, el derecho administrativo ha sido cedido a un tercero, Freddy Ponce Ávila, el mismo que no ha sido emplazado en el proceso de amparo, conforme se puede advertir de la Resolución Directoral N.° 051-2005-PRODUCE/DNEPP de fecha 14 de febrero de 2005, obrante de fojas 172 a 174.

Por estas razones, somos de la opinión que la demanda debe ser declarada IMPROCEDENTE.

Sres.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
MESÍA RAMÍREZ

Exp. N° 1078-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por José Miguel Ángel Cortez Vigo. Sobre la naturaleza tributaria del FONAVI].*

Fecha de Resolución: 3 de setiembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 3 de octubre de 2007

Resumen: Declarada fundada la demanda, el Tribunal Constitucional (TC) ordenó al Jurado Nacional de Elecciones (JNE) que se pronuncie respecto al pedido de José Miguel Ángel Cortez Vigo para que se realice el referéndum sobre la aceptación del "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI", y declaró nulas las resoluciones del JNE que declaraban la improcedencia del pedido formulado.

El Tribunal reafirmó con esta sentencia la competencia que tiene para pronunciarse sobre la afectación de derechos fundamentales, suceda esta en cualquier esfera, pública o privada. En el caso, se trataba de los derechos fundamentales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum y al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. En efecto, el JNE emite una primera resolución que declaraba improcedente la demanda bajo el argumento de que el aporte que realizaron los fonavistas durante años tenía naturaleza tributaria, por lo que en virtud del artículo 32° de la Constitución no podía ser sometido a referéndum. Se presentó un recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, y una segunda resolución lo declaró improcedente por los mismos motivos que la primera.

Las resoluciones del JNE para determinar la naturaleza tributaria del aporte al FONAVI se basa en: 1) lo que dice la norma II del Título Preliminar del Código Tributario sobre qué es un tributo; 2) jurisprudencia anterior del TC, y 3) el oficio de la Presidencia del Consejo de Ministros que definió al fondo como tributo.

El Tribunal se encargó de responder a estos argumentos para poder llegar a la conclusión sobre la naturaleza no tributaria del FONAVI. Sobre lo primero indicó que el JNE ha realizado solo un análisis legal de las normas de carácter tributario y eso es incorrecto en la medida en que significa darle una interpretación literal o textual, y lo que debió haber hecho es sustentar su decisión de acuerdo con las normas de orden constitucional que rigen el sistema tributario nacional. Sobre el segundo punto, indicó que los argumentos citados en las sentencias del TC por el JNE carecen de validez en el caso pues las normas y períodos reclamados por los asociados son anteriores a la fecha de la sentencia emitida por este Colegiado. Sobre el último punto, indica el Colegiado que no es fundamentación jurídica que base sus argumentos en un "simple oficio" pues carece de validez desde el punto de vista legal.

En lo que respecta al artículo 32° de la Carta Magna, que prohíbe que se realice referéndum cuando se trata de normas de carácter tributario, el Tribunal Constitucional determinó la verdadera naturaleza del aporte de dinero de los fonavistas pues esto era fundamental para poder concluir si el referéndum podía realizarse o no. El análisis se realizó desde las normas constitucionales referentes al tributo, específicamente el artículo 74° relativo al principio de reserva de ley, del que se infiere que la Constitución ha atribuido exclusivamente al legislador la facultad de crear tributos y que esta debe manifestarse explícitamente.

Temas claves: Derecho a la participación política - fondo nacional de vivienda (FONAVI) - principio de reserva de ley - referéndum.

EXP. N.° 01078-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
JOSÉ MIGUEL ÁNGEL
CORTEZ VIGO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de septiembre de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular adjunto, del magistrado Landa Arroyo, Mesía Ramírez y Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por José Miguel Ángel Cortez Vigo contra la resolución emitida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 272, su fecha 22 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 26 de octubre de 2006, don José Miguel Ángel Cortez Vigo –en calidad de promotor solicitante de la convocatoria a referéndum nacional para la aprobación del "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo"– interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), solicitando se declare la nulidad de: (i) la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.° 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006; y, (ii) la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.° 1278-2006-JNE, emitida con fecha 20 de julio de 2006. Asimismo, solicita se disponga la convocatoria a referéndum.

El recurrente alega que con fecha 29 de marzo de 2001 se inició el procedimiento de iniciativa legislativa a fin de que el referido proyecto de ley sea dictaminado y votado por el Congreso de la República; que este procedimiento, sin embargo, culminó con la promulgación de la Ley 27677 "Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI", la misma que modificaba de manera sustancial la iniciativa legislativa; y que, en consecuencia, y a tenor de lo establecido por los artículos 16° y 41° de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, se solicitó la iniciación del procedimiento de referéndum.

Señala también que en el trámite del procedimiento se cumplió con todos los requisitos exigidos por la Constitución y la leyes vigentes para el ejercicio de iniciativas de participación ciudadana; que, no obstante, el JNE emitió la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.° 1215-2006-JNE, que declaró improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, argumentado que autorizarlo resultaría inconstitucional, pues el artículo 32° de la Constitución Política del Perú señala que las normas de carácter tributario no pueden ser sometidas a este procedimiento, y que el desembolso por concepto de FONAVI tiene naturaleza tributaria, aserto para el cual se basa en el Oficio N.° 095-2006-PCM/DM, suscrito por el Presidente del Consejo de Ministros, el cual señala que "atendiendo a que los recursos financieros del FONAVI eran contribuciones obligatorias de los trabajadores cualquiera sea su régimen o estatuto laboral, estas tenían carácter tributario (...)". Agrega que en vista de ello, presentó un recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, el cual fue declarado improcedente por los mismos argumentos que los considerados vertidos en la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.° 1215-2006-JNE.

Asimismo aduce la vulneración de sus derechos constitucionales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum y al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Respecto al derecho a la participación individual o colectiva en la vida política del país, alega que el JNE se ha arrogado funciones que no le competen en la medida que pretende verificar requisitos exigidos por la Constitución y la Ley, lo cual es atribución de la ONPE; que el JNE pretende interpretar la naturaleza de la norma, cuando ello le compete al Congreso de la República, que ya lo hizo puesto que ya definió la naturaleza del proyecto de ley (cuando se presentó la iniciativa legislativa) y no le atribuyó carácter tributario. Por otro lado, con relación al derecho constitucional al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, señala que la decisión del JNE, al basarse en el Oficio N.° 095-2006-PCM/DM, ha sido notoriamente influenciada por el Poder Ejecutivo, pues, al darle participación al Presidente del Consejo de Ministros, ha convertido en los hechos a este procedimiento en uno trilateral administrativo de carácter contencioso, rompiendo con ello la autonomía de esta entidad y desobedeciendo el artículo 31° de la Constitución, el cual garantiza la neutralidad del Estado en los procesos electorales.

Finalmente, con relación a la supuesta naturaleza tributaria del desembolso por concepto de FONAVI, el recurrente niega que tenga tal naturaleza, argumentando que en realidad constituye un recurso financiero de carácter privado, por cuanto es propiedad absoluta de los trabajadores aportantes; que nació como participación financiera de los trabajadores con la finalidad de ser destinada exclusivamente a la construcción y refacción de viviendas de los aportantes; que, respecto a la modificación de la norma (a través de la Ley 25520), que establecía que los recursos se utilicen para la electrificación de asentamientos humanos, ello se otorgaba en calidad de crédito, lo que evidencia que los fondos del FONAVI no son de libre disposición del Estado, al contrario de lo que sucede con los tributos. Asimismo, reseña las características de las diferentes clases de tributos (impuestos, contribuciones y tasas), las mismas que no corresponden a la realidad fáctica y legal del FONAVI

La entidad demandada no contesta la demanda, puesto que ha sido rechazada liminarmente.

Resolución de primera instancia

El Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, con fecha 3 de noviembre el 2006, rechaza liminarmente la demanda por considerar que no se evidencia legitimidad para obrar ya que, si bien el demandante alega ser el promotor solicitante del referéndum, ello no se acredita con documento público idóneo.

Resolución de segunda instancia

La recurrida declara improcedente la demanda argumentado que el inciso 8 del artículo 5 Código Procesal Constitucional señala que no proceden los recursos constitucionales cuando se cuestionen resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad; y que, por ello, resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

III. CUESTIONES CONSTITUCIONALMENTE CONTROVERTIDAS

Este Colegiado efectuará un análisis de las siguientes materias que considera de relevancia constitucional:

1. Cuestiones de procedencia de la demanda de amparo materia del presente proceso.
2. Carácter tributario de las contribuciones de los trabajadores al FONAVI.
3. Constitucionalidad de las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE y N.º 1278-2006-JNE y las garantías relativas al debido proceso.

IV. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

El recurrente interpone demanda de amparo por considerar que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Solicita, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional:

- Declare la nulidad de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006;
- Declare la nulidad de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1278-2006-JNE, emitida con fecha 20 de julio de 2006; y,
- Disponga la convocatoria a referéndum.

1. Cuestiones de procedencia de la demanda de amparo

Aplicación del artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional.

Facultad del Tribunal Constitucional para resolver el presente caso.

- La resolución materia de recurso de agravio consideró manifiestamente improcedente la demanda y aplicable a ella el numeral 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto por la entonces vigente Ley 28642[1] ("no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad, resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno"). En el caso, en efecto, se trata de dos resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones que deniegan el derecho a referéndum nacional para la aprobación del "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo", que el recurrente reputa como vulneratorias de sus derechos a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum y al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. En ese marco de análisis, este Colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiterada jurisprudencia respecto a la procedencia de las demandas interpuestas contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) si y sólo si estos actos vulneran los derechos fundamentales de la persona. Así, ha enfatizado que ningún poder público que, mediante acto u omisión, se aparta del contenido normativo de los derechos fundamentales, se encuentra exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide —en lo que a la materia constitucional respecta— se encuentra este Colegiado. Desde luego, el JNE no se halla al margen de este imperativo constitucional.
- En ese sentido, debe recordarse lo expuesto en el fundamento 4 de la STC 2366-2003-AA/TC:

(...) aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sinoplenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.

- De tal manera, el Tribunal Constitucional ha continuado el desarrollo de los principales fundamentos que sustentan no sólo la viabilidad, sino la absoluta necesidad de que las resoluciones del JNE sean sometidas a un escrutinio de validez constitucional a través del proceso de amparo. Esto en el sentido de que no existen ámbitos exentos de vinculación con la Constitución.
- En consecuencia, este Colegiado emitirá un pronunciamiento de fondo sobre la demanda de autos.

2. Carácter tributario de las contribuciones de los trabajadores al FONAVI

- Las Resoluciones N.ºs 1215-2006 y 1278-2006 del Jurado Nacional de Elecciones declararon improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum presentada por la Asociación de Fonavistas, argumentando que dicha convocatoria resulta inconstitucional en la medida que el artículo 32 de la Constitución Política del Estado prohíbe someter a referéndum normas de carácter tributario. En consecuencia este Colegiado estima que

corresponde analizar si efectivamente la contribución de los trabajadores al Fondo Nacional de Vivienda, dispuesta por el Decreto Ley 22591, que creó el FONAVI, es un tributo o no. El examen debe realizarse en el marco del artículo 74 de la Constitución del Estado, que dispone que los tributos sólo se crean exclusivamente por ley.

- El Código Tributario, al referirse al ámbito de aplicación, en su artículo II define qué tipo ingresos del Estado se consideran como tributos, término genérico que comprende: a) impuesto, tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa a favor del contribuyente por parte del Estado; b) contribución, tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; y c) tasa, tributo cuya obligación tiene como hecho generador le prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.
- El Decreto Ley 22591 creó en el Banco de la Vivienda del Perú el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), con la finalidad de satisfacer, en forma progresiva, la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos y del grado de desarrollo económico y social del país; y en su inciso a) del artículo 2° dispuso una contribución obligatoria de los trabajadores, recursos que, conforme al artículo 17 de la ley, eran destinados a la construcción de viviendas para ser alquiladas o vendidas a los trabajadores que contribuyan al FONAVI. Estos aportes, para ser considerados como tributo, deben cumplir con el principio de legalidad y reserva de ley que ordena el artículo 74 de la Constitución, así como reunir los elementos esenciales del tributo, es decir que: a) su creación debe ser por ley, b) la obligación pecuniaria debe estar basada en el ius imperium del Estado, y c) deben estar respaldados por su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.
- Al analizar el Decreto Ley 22591, en especial la contribución de los trabajadores, se puede advertir que el fin de la ley fue crear en el Banco de la Vivienda un fondo para que ellos, en forma progresiva, puedan satisfacer su necesidad de vivienda; es decir, no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera tratado de un tributo, tenía que haberse definido expresamente como tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación, antes bien, debe manifestarse explícitamente, lo que no sucede con la norma que se analiza; tampoco puede considerarse como una contribución, pues, como se observa, el FONAVI es administrado por una persona jurídica (el Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales, más bien se trataba de un fondo para viviendas de los trabajadores, actividades y obras de carácter privado; mucho menos puede decirse que se trataba de una tasa, pues, ella supone el pago por una prestación de un servicio directo al contribuyente, actividad o prestación que no se realiza en el marco del Decreto Ley 22591.

Finalmente, la ley en examen no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo. Conforme se sostiene, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998.

3. Constitucionalidad de las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N.° 1215-2006-JNE y N.° 1278-2006-JNE y las garantías relativas del debido proceso

Este Colegiado considera que lo peticionado por los demandantes se circunscribe al ejercicio de la entidad electoral respecto a las garantías relativas al debido proceso en general y a la debida motivación de resoluciones en particular. Aduce el recurrente que la decisión de esta institución fue irregular, ya que se sustentó en el Oficio N.° 095-2006-PCM/DM, emitido por el entonces Presidente del Consejo de Ministros.

En cuanto a la debida motivación de resoluciones como parte de un debido proceso, este Tribunal ha indicado que "(...) el derecho a la motivación de las resoluciones es un derecho implícito. Genera la obligación de que dichas resoluciones deban contar con suficiente motivación tanto de los hechos como de la interpretación y/o razonamiento de las normas invocadas (...) (2192-2004-AA/TC)".

De las propias resoluciones impugnadas puede advertirse que los recurrentes han cumplido los requisitos "formales" para que su iniciativa pueda ser vista mediante referéndum. Así, es de advertirse que la denegatoria para que se haga ejercicio del derecho de referéndum se sustenta básicamente en tres motivos:

a) En la configuración del concepto "FONAVI" dentro de la definición de contribución como especie de tributo de acuerdo a lo estipulado por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del FONAVI, habiéndosele considerado como "ingreso público", "aporte voluntario", "tributo", etc. Y, dentro de la naturaleza tributaria, se le ha venido catalogando como "impuesto" y en otros casos como "contribución". Lo cierto es que, de acuerdo a la norma que crea el FONAVI, Decreto Ley 22591, su establecimiento tuvo la finalidad de satisfacer, en forma progresiva, la necesidad de vivienda de los trabajadores contribuyentes al mismo, utilizando para tal efecto como recursos financieros, aquellos provenientes de la contribución de los trabajadores y empleadores, entre otros. Durante el transcurso de los años de vigencia esta finalidad y características han desnaturalizado la iniciativa de "vivienda" que tenía inicialmente.

El JNE, en las resoluciones cuestionadas, cataloga el concepto bajo análisis como un ingreso de naturaleza tributaria, indicando que la norma II del Título Preliminar del Código Tributario clasifica las principales especies de tributo, entre ellas al impuesto, como principal manifestación del mismo, así como a la contribución y la tasa.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el análisis de algún "fenómeno jurídico" debe realizarse a la luz del régimen constitucional tributario, esto es, el artículo 74 de nuestra Constitución de 1993, ("Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio...No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo"). Pues bien, el JNE, al resolver las resoluciones cuestionadas, no debió atenerse a lo dispuesto por normas infraconstitucionales o de orden legal (Código Tributario) sino más bien ampararse en lo dispuesto por la Constitución de 1993. Precisamente, el artículo 74 señala como uno de los principios rectores del sistema tributario nacional al "respeto de los derechos fundamentales", como vendría a ser el caso de "el derecho a participar en la vida política de la nación", concretamente en un referéndum. El deber de motivar debió obligar al JNE no sólo a realizar un mero análisis legal de las normas de carácter tributario o a darle una interpretación textual o literal, sino a sustentar su decisión de acuerdo a las normas de orden constitucional que rigen el sistema tributario nacional. Además, debió utilizar otros métodos de interpretación que tenga en cuenta los fines de la norma, el contexto histórico, sus características, elementos, etc. Por ello, este Colegiado considera que este extremo de las resoluciones no estuvo debidamente motivado.

b) Referencia a las jurisprudencia emitida por este Tribunal sobre el FONAVI

En principio, de acuerdo al petitorio, debe circunscribirse el ámbito de análisis del FONAVI al período transcurrido desde su creación (30 de junio de 1979) hasta el 28 de agosto de 1998.

Por otro lado, la motivación de una decisión no sólo implica expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada (STC 4289-2004-AA/TC).
El JNE indica en sus resoluciones que el Tribunal Constitucional, mediante STC 001-1999-AI/TC, declaró inconstitucional el artículo 2.1. de la Ley 26969, los artículos 3 y 4 de la Ley 27044, y el artículo 2 de la Ley 27045, en el extremo que permite que el Estado se apropie, por concepto de "contribuciones reembolsables", de ingresos superiores al monto prestado por la UTE del FONAVI y, asimismo, que declaró inconstitucional el inciso 6.2. del artículo 6 de la Ley 26969, que permitía que el Estado haga uso libre del saldo que resulte de la liquidación del FONAVI, dándole carácter tributario a los aportes al Fondo Nacional de Vivienda. Sin embargo, debe precisarse que dicho argumento carece de validez ya que las normas y períodos reclamados por los asociados son anteriores a la fecha de la sentencia emitida por este Colegiado. En consecuencia, tampoco este extremo de las resoluciones fue debidamente motivado.

Evolución del FONAVI en el marco legal nacional

Norma	Principales Características	Recursos Financieros	Destino del Fondo	Administrador	Entrada en Vigencia
Decreto Ley 22591	Crea el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), con la finalidad de satisfacer en forma progresiva la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos.	-Desembolsos obligatorios de empleados y trabajadores -Desembolsos facultativos de trabajadores independientes. -Aporte obligatorio del Estado. -Producto de la venta y arrendamiento de inmuebles -Intereses percibidos por depósitos y créditos otorgados, entre otros.	La construcción de viviendas a alquilarse o venderse a trabajadores que contribuyan al FONAVI, así como otorgar créditos con fines de vivienda a los trabajadores que contribuyan.	Fondo Nacional de Vivienda y Bienestar Social.	30/06/1979
Ley 25388	Ley de Presupuesto.	Sin modificación a este respecto.	Los recursos del FONAVI se otorgan de la siguiente manera: 75% créditos individuales o colectivos destinados a la construcción de viviendas 25% destinado a obras de saneamiento.	Sin modificación a este respecto.	08/01/1992

Norma	Principales Características	Recursos Financieros	Destino del Fondo	Administrador	Entrada en Vigencia
Decreto Ley 25436		Sin modificación a este respecto.	Financia proyectos específicos de habilitación de lotes con servicios básicos, saneamiento, vivienda y desarrollo urbano.	Ministerio de Vivienda y Construcción.	16/04/1992
Decreto Ley 25520		Sin modificación a este respecto.	Financiamiento prioritariamente de obras de infraestructura sanitaria, electrificación, construcción, ampliación y refacción de centros comunales y recreativos, tratamiento de vías locales e interdistritales, entre otros.	Ministerio de la Presidencia.	27/05/1992
Decreto Supremo Ext. 043-PCM-93	Sin modificación a este respecto.	Sin modificación a este respecto.	Mantiene lo señalado en la norma anterior, sólo varía respecto de las vías: ahora es para las nacionales y locales.	Sin modificación a este respecto.	27/03/1997
Ley 26969	Crea el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, el mismo que sustituye la contribución al FONAVI. Así, se ordena su liquidación.	Esta información no se aplica a esta norma.	Esta información no se aplica a esta norma.	SUNAT	28/08/1998
Ley 27677	Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI.	Esta información no se aplica a esta norma.	Los fondos serán intangibles y serán utilizados por el MEF para financiar la construcción de viviendas de interés social, remodelación de viviendas y préstamos para ampliación de casa única. También para financiar la adquisición de terrenos de interés social y materiales de construcción.	Fondo MIVIVIENDA.	02/03/2002

c) Al oficio remitido por la Presidencia del Consejo de Ministros que define como tributo al FONAVI

A fojas 73 de autos obra la Resolución N.° 1215-2006-JNE, que indica: "A mayor abundamiento el Presidente de Consejo de Ministros mediante Oficio Nro. 095-2006-PCM/DM, en el que señala que: atendiendo a que los recursos financieros del FONAVI eran contribuciones obligatorias de los trabajadores cualquiera sea su régimen o estatuto laboral, estas tenían carácter tributario, por lo que de conformidad con el último párrafo del artículo 32 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 40 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, y el artículo 126 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, no pueden someterse a referéndum".

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que tal fundamentación por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta un supuesto de motivación por remisión (4228-2005-HC/TC). Ello porque es imposible que un organismo que administra justicia en materia electoral sustancie su decisión en un "simple oficio" carente de validez desde el punto de vista legal, al no estar de ninguna manera legitimada la Presidencia del Consejo de Ministros para darle naturaleza a una norma de orden jurídico-tributario.

Por ello, en este extremo de sus resoluciones, el JNE tampoco ha respetado el deber de motivación, pues tal implica que en los considerandos de la resolución quede perfectamente claro el razonamiento lógico jurídico por el cual llega a una determinada conclusión. En ella deben constar los fundamentos de hecho y de derecho que de manera suficiente y razonada lleven al fallo (STC 6712-2005-PHC/TC).

En mérito a que el Tribunal Constitucional ha considerado, en su fundamento 2.2.4, que los aportes de los trabajadores al FONAVI dispuesto por el Decreto Ley 22591 no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998; en consecuencia, la solicitud de los demandantes se encuentra amparada por el artículo 32.2 de la Constitución.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Declarar nulas las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE y N.° 1278-2006-JNE, debiendo esta entidad emitir nuevo pronunciamiento en cumplimiento del artículo 32.2 dela Constitución Política del Estado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N.° 1078-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
JOSÉ MIGUEL ÁNGEL
CORTEZ VIGO

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y MESÍA RAMÍREZ

Con el debido respeto a la opinión vertida en el presente proceso constitucional por parte de nuestros colegas magistrados, discrepamos respetuosamente del sentido de la decisión, por los fundamentos que exponemos a continuación:

I. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Vista la demanda interpuesta, en estricto, los demandantes solicitan al Tribunal Constitucional declare la nulidad de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006; de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1278-2006-JNE, emitida con fecha 20 de julio de 2006; y que disponga la convocatoria a referéndum; por supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum, así como al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Sobre el control constitucional de la resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

2. El Tribunal Constitucional ha señalado en procesos constitucionales anteriores, bajo los principios de interpretación constitucional de unidad y de concordancia práctica, la procedencia del proceso de amparo como un instrumento de control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, cuando estos vulneran los derechos fundamentales de las personas; así: caso Lizana Puelles (STC 5854-2005-AA/TC), caso Castillo Chirinos (STC 2730-2006-PA/TC) y en la STC 0007-2007-PI/TC.

3. Ello por cuanto, como se ha señalado en las sentencias citadas anteriormente, pretender la irrevisabilidad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que lesionen los derechos fundamentales, vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, reconocida ésta en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución, en concordancia con su artículo 200º inciso 2. En torno a ello este Tribunal precisó que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

4. Los artículos 142º y 181º de la Constitución tienen por propósito garantizar que ningún otro poder del Estado se arrogue la administración definitiva de justicia en asuntos electorales. Sin embargo, cuando el Jurado Nacional de Elecciones ejerce sus funciones en abierta contravención de los derechos fundamentales, el asunto escapa de los contornos estrictamente electorales, tornándose en una cuestión de relevancia constitucional directa, pues, desde ese instante, en observancia del artículo 200º inciso 2 de la Constitución, se reconoce el derecho al afectado de exigir jurisdiccionalmente la protección del derecho fundamental lesionado, mediante el proceso de amparo.

5. Una interpretación contraria no sólo sería atentatoria del referido artículo 200º inciso 2, sino también de su artículo 201º, que reconoce a este Tribunal como el órgano de control de la Constitución. De ahí que, como en los casos anteriores, el Tribunal Constitucional tiene plena competencia para realizar el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que ahora cuestiona el demandante.

Sobre la procedencia de la convocatoria a referéndum

1. El principal problema constitucional a resolver en el presente caso es determinar si el Jurado Nacional de Elecciones a través de la Resolución N.º 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006, y de la Resolución N.º 1278-2006-JNE, de fecha 1278-2006-JNE, que declaró improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, vulneró el derecho a la participación individual o colectiva en la vida política del país, así como el derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Se debe tener en

consideración que el JNE declaró la improcedencia de la solicitud de convocatoria a referéndum, argumentando que su autorización resultaría inconstitucional en la medida de que el artículo 32° de la Constitución del Estado reconoce que
"[n]o pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor" (subrayado agregado).

2. En ese sentido, es decisivo para la resolución de la presente demanda determinar la naturaleza jurídica de los aportes al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para estimar o desestimar la demanda. En realidad, dicha determinación no es una cuestión que el Tribunal Constitucional acometa por primera vez en el presente proceso constitucional, pues ya en sentencia anterior ha reconocido la naturaleza tributaria del FONAVI, de modo tal que es pertinente remitirnos a lo ya resuelto en un proceso de inconstitucionalidad anterior.

3. En efecto, en la STC 001-1999-AI/TC (FJ 4.1.) se señaló:
"[s]iendo el FONAVI un tributo destinado a fines predeterminados, el Estado no sólo debió disponer que las recuperaciones que se deriven de la aplicación de las normas cuestionadas, así como la recaudación de los montos pendientes de pago del mismo, constituirán recursos del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, sino, además, debió establecer que el fondo del referido tributo, que ya estaba en poder de la UTE-FONAVI al momento de la vigencia de las normas cuestionadas, también pase a formar parte del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, y no disponer en el inciso 6.2) del artículo 6° de la Ley N.° 26969, que, al concluir el proceso de liquidación del FONAVI, el Ministerio de Economía y Finanzas asuma la totalidad de activos y pasivos resultantes de dicha liquidación. La única posibilidad que tiene la disposición 6.2, antes señalada, para ser constitucional, sería que, al compensarse los activos existentes con los pasivos del FONAVI, estos últimos resulten siendo mayores, o que ambos se encuentren equiparados sin que exista un saldo negativo o positivo. De lo contrario, el Estado, al apropiarse del saldo positivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, ya no tendría la obligación de darle a ese saldo el destino predeterminado, fijado en las normas legales, convirtiéndose en confiscatoria tal acción, puesto que se desconocería la consecuencia jurídica en virtud de la cual el Estado consideró válida su actividad recaudadora tomando una parte de las riquezas de los particulares; en otras palabras, se desconocería la finalidad a la que estaba designada la recaudación del FONAVI"(subrayado agregado).

4. En ese sentido y considerando lo decidido en jurisprudencia anterior de este Tribunal, la solicitud de devolución de los aportes al FONAVI, debido a su carácter tributario, no puede ser objeto de referéndum, puesto que, como ya se señaló, el artículo 32° de la Constitución ha excluido a las normas de naturaleza tributaria de la posibilidad de ser sometidas a referéndum. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada al no advertirse una vulneración del derecho a participar, en forma individual o colectiva en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; derecho que está reconocido en el artículo 2° inciso 17 de la Constitución del Estado.
Sobre la pretensión de los demandantes y el deber del Estado

5. Los suscritos, no obstante considerar que se debe desestimar la demanda por las razones ya expuestas, consideramos necesario realizar la siguiente precisión: el hecho de que, en el presente caso y a nuestro parecer, no se aprecie la afectación de los derechos fundamentales invocados por el demandante, no implica necesariamente que se desconozca las legítimas expectativas de las personas a las cuales representa el demandante y que aportaron durante varios años al FONAVI. Debe quedar claro que, sólo por la naturaleza de la petición, ésta no puede ser materia de referéndum. Por tanto, como es evidente, el Estado no puede omitir su deber fundamental de promover el bienestar general de las personas con criterios de justicia tal como dispone el artículo 44° de la Constitución.

6. Ahora bien, en un ordenamiento jurídico que se asienta sobre la base de la democracia como principio que informa la actividad del Estado pero también de los particulares, las controversias jurídicas deben ser resueltas a través de las vías jurídicas pertinentes. En el caso concreto, el referéndum ciertamente no es el mecanismo previsto por la Constitución para tal fin. De ahí que ni los demandantes pueden pretender viabilizar sus legítimas expectativas por cualquier medio –más aún si la propia Constitución prohíbe el sometimiento de materias tributarias a referéndum–, ni el Estado puede hacer caso omiso o ignorar la situación social que motiva la presente demanda, por lo que este último está obligado a realizar todos aquellos actos que correspondan a fin de no vulnerar los derechos fundamentales del demandante y de las personas a las cuales representa.

II. CONCLUSIÓN

Por los fundamentos anteriormente expuestos la demanda debe ser declarada INFUNDADA.

SS.

LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.° 1078-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
JOSÉ MIGUEL ÁNGEL
CORTEZ VIGO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:
1. Con fecha 26 de octubre de 2006 el recurrente –

promotor solicitante de la convocatoria a referéndum nacional para la aprobación del "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo"- interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), solicitando se declare la nulidad de las resoluciones N° 1215-2006-JNE, de fecha 07 de julio de 2006 y 1278-2006-JNE, de fecha 20 de julio de 2006. También solicita se disponga la convocatoria a referéndum.

2. El Noveno Juzgado Civil de Chiclayo declaró improcedente, in limine, la demanda considerando que no se ha acreditado la condición de fonavista o miembro de la asociación aludida por lo que es manifiesta falta de legitimidad e interés para accionar del demandante. La Sala Especializada en Derecho Constitucional del Poder Judicial de Chiclayo confirma la apelada considerando que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares.

3. El proyecto que viene a mi Despacho en el punto 1 – Cuestiones de procedencia de la demanda de amparo- señala que "... En ese marco de análisis, este Colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiterada jurisprudencia respecto a la procedencia de las demandas interpuestas contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) si y sólo si estos actos vulneran los derechos fundamentales de la persona. Así, ha enfatizado que ningún poder público que, mediante acto u omisión, se aparta del contenido normativo de los derechos fundamentales, se encuentra exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide –en lo que a la materia constitucional repecta- se encuentra este Colegiado. Desde luego, el JNE no se halla al margen de este imperativo constitucional.

- En este sentido, debe recordarse lo expuesto en el fundamento 4 de la STC 2366-2003-AA/TC:

(...) aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución

- De tal manera, el Tribunal Constitucional ha continuado el desarrollo de los principales fundamentos que sustentan no sólo la viabilidad, sino la absoluta necesidad de que las resoluciones del JNE sean sometidas a un escrutinio de validez constitucional a través del proceso de amparo. Esto en el sentido de que no existen ámbitos exentos de vinculación con la Constitución.(...)"

Con lo considerado precedentemente debo decir que no concuerdo con la ponencia en cuanto se manifiesta que todas las resoluciones emitidas por el JNE son revisables y sometidas a una evaluación de validez por ir en contra de mi voto singular en el caso Castillo Chirinos STC N° 2730-2006-AA/TC en el que me decidí por la improcedencia de demandas contra resoluciones jurisdiccionales emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en temática de su exclusividad: "(...)Es menester precisar que el tema que nos convoca trata de una decisión del Jurado Nacional de Elecciones de carácter jurisdiccional y no administrativo, para lo que la Constitución Política del Estado –Art. 142° y 181°- y la Ley N.° 28642 le han reconocido competencia exclusiva y excluyente convirtiendo a este organismo constitucional autónomo en tribunal jurisdiccional especializado para la solución de los conflictos suscitados en concernencia a la temática electoral de su incumbencia.(...)".

Respecto a ello debo aclarar que el Jurado Nacional de Elecciones es un organismo autónomo e independiente que tiene como objetivo garantizar el respeto y cumplimiento de la voluntad popular manifestada en los procesos electorales contribuyendo así a la consolidación del sistema democrático. Dentro de dicho objetivo, ciertamente al JNE le corresponde por mandato legal funciones varias, siendo una de ellas, acaso la principal, la jurisdiccional en materia electoral, para la que se sirve del denominado proceso electoral. Siendo varias pues las funciones del JNE considero que sólo cuando realiza la función jurisdiccional, es decir, cuando emite resoluciones de carácter jurisdiccional, son irrevisables sus fallos ya que su competencia en dicho ámbito es exclusiva y excluyente. No sucede lo mismo cuando realiza funciones de carácter administrativo, es decir cuando actúa como Administrador Electoral, ya que dichas resoluciones están referidas a las actividades y procederes necesarios para lograr que el cumplimiento de las normas electorales se lleven a cabo eficazmente, lo que quiere decir que se trata de cuestiones de gestión y procedimientos de rutina en los que sí es posible verificar si las resoluciones dictadas respetan el debido proceso administrativo.

4. En el presente caso el recurrente solicita en su demanda la nulidad de las resoluciones por las que el Jurado Nacional de Elecciones ha declarado improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, considerando que con dichas resoluciones de carácter administrativo se le están vulneran sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y a la participación individual o colectiva en la vida política del país. Las instancias precedentes han rechazado liminarmente dicha demanda por considerar que su contenido constituye materia no justiciable, la de primera instancia por falta de legitimidad para obrar activa y de la segunda instancia por constituir las decisiones del JNE temática no recurrible a tenor de lo que estatuye la Constitución Política del Estado en su articulo 181°. El recurrente en su recurso (extraordinario) de agravio constitucional cuestiona el referido auto de rechazo in limine de su demanda para lo que se expresa "que contra las resoluciones del JNE que violan derechos fundamentales proceden las demandas de amparo", lo que significa que estamos frente a un auto que sin abrir proceso califica la demanda de improcedente. Consecuentemente corresponde a este Tribunal absolver

el grado confirmando o revocando el auto cuestionado en este caso sin proceso y sin la participación –obviamente- del demandado.

5. En mi citado voto hice distingo en relación a las funciones diferenciadas del JNE manifestando que cuando éste realiza meramente administrativa si le corresponde al Tribunal Constitucional analizar sus resoluciones administrativas y verificar si con ellas se vulnera derechos constitucionales. Se observa aquí que las resoluciones que declaran improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum se basa en el oficio remitido por la Presidencia del Consejo de Ministros al Jurado Nacional de Elecciones, definiendo el aporte al FONAVI como tributo, sin más argumento que ese. Por tanto no se puede considerar como una resolución debidamente motivada en sede administrativa la que provoca la demanda constitucional, ya que carece de razonamiento lógico-jurídico por no presentar una argumentación con base suficiente que sustente la conclusión a la que llega dicho organismo estatal. Con respecto a la vulneración del debido proceso, específicamente la motivación de las resoluciones este Colegiado ha expresado en la STC Nº 0294-2005-AA/TC que "(...)Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.(...)", por lo que en el presente caso la falta de argumentación suficiente para justificar el pronunciamiento del demandado es lo que constituye, conforme se ha expresado en reiterada jurisprudencia, la vulneración del derecho al debido proceso administrativo.

En consecuencia, mi voto es porque se REVOQUE el auto cuestionado de rechazo liminar y se ordene al juez de la primera instancia admitir a trámite la demanda.

SR.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

[1] Numeral declarado inconstitucional por el Resolutivo 1 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Expediente N° 00007-2007-PI-TC, publicado el 22 junio 2007, recuperando su texto original (No proceden los procesos constitucionales cuando: ...Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva").

Exp. Nº 6546-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido César Augusto Zuñiga López. Sobre el derecho fundamental al agua potable].*

Fecha de Resolución:7 de noviembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de diciembre de 2007

Resumen: En el caso bajo comentario el Tribunal Constitucional (TC) reconoció como derecho fundamental no enumerado al derecho al agua potable, desarrollando además su contenido y los roles que cumple, a saber personales y extra personales. Manifestó que, desde la perspectiva personal, este derecho supone, por un lado, un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya condición de recurso natural lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tales como la salud, el trabajo y el medio ambiente; y, desde la perspectiva extra personal, que este derecho incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores, tales como la agricultura, minería, transporte.

Por otro lado el órgano colegiado estableció los supuestos mínimos del derecho al acceso, la calidad y la suficiencia del agua. Sobre este mismo derecho el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en la Sentencia recaída en el Expediente Nº 6534-2006-PA/TC, señalando que el impedimento del goce de agua potable representa una afectación grave del derecho a la salud y del derecho a la dignidad de la persona. Consideró que, ni siquiera la sanción establecida en el contrato por incumplimiento del usuario, suscrito por la empresa SEDAPAL y éste, justifica la suspensión del servicio de agua potable.

Temas claves: Contenido esencial del derecho al agua potable - derecho al agua potable - recurso natural esencial.

EXP N.º 6546-2006-PA/TC
LAMBAYEQUE
CÉSAR AUGUSTO
ZUÑIGA LÓPEZ

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 7 de noviembre de 2007

La resolución recaída en el Expediente N.° 06546-2006-AA es aquella conformada por los votos de los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, que declara Que carece de objetoemitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. El voto del magistrado Gonzales Ojeda aparece firmado en hoja membretada aparte, y no junto con las firmas de los demás magistrados debido alcese en funciones de dicho magistrado.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de agosto de 2006, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Augusto Zuñiga López contra la sentencia de la Sala Especializada de Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 89, su fecha 12 de junio de 2006, que, declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de septiembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque (EPSEL S.A.) solicitando la restitución de sus derechos constitucionales a la salud y a la propiedad, afectados indebidamente al habérsele privado del servicio de agua potable.

Especifica el recurrente que es propietario del inmueble en el que se encuentra su negocio comercial (Estación de Servicios Fórmula Uno SAC) ubicado en calle Francisco Cúneo N° 110, urbanización Patazca, ciudad de Chiclayo, destinado al expendio de combustibles; que desde que

asumió la propiedad y gerencia de dicho negocio, ha recurrido a EPSEL S.A. reclamando por la instalación del servicio de agua, lo que la demandada se niega a realizar argumentando la existencia de una deuda proveniente del anterior propietario (Jesús Manuel Zúñiga Díaz), tal y como se aprecia de la Carta N° 188-2005-EPSEL SA GG/GC/SGC y CC de fecha 24 de mayo de 2005, y pese a lo dispuesto en la Resolución de Superintendencia N° 160-2000-SUNASS, cuyo texto establece que "La obligación de pago de adeudos pendientes por concepto de servicio de saneamiento generada antes de la adquisición del predio no puede ser imputada al nuevo propietario"; y que, posteriormente y a raíz del proceder administrativo descrito, reclamó ante la misma entidad, habiéndose emitido la Resolución de Sub Gerencia Comercial y Catastro de Clientes N° 1760-2005-EPSEL SA/GC-SGCYCC del 12 de agosto de 2005, mediante la cual se resolvió declarar infundada su reconsideración, motivo por el cual ha planteado una apelación ante el superior jerárquico, sin que hasta la fecha haya sido resuelta.

Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de prescripción. Por otra parte y en cuanto al fondo de la controversia, alega que el tema de la transferencia de propiedad del recurrente sobre el inmueble que ocupa no se encuentra adecuadamente acreditado, motivo por el cual no se le puede alegar la no imputación de adeudos.

El Primer Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 23 de diciembre de 2005, declara fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa e improcedente la demanda interpuesta.

La recurrida confirma la apelada fundamentalmente por considerar que el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento, mediante Resolución N° 10020-2005-SUNAS/TRAS del 5 de octubre de 2005, ha declarado la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento iniciado por la demandante, ordenando a la demandada emita el informe solicitado y atienda el reclamo referente a la deuda reclamada.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque (EPSEL S.A.) proceda a la restitución de los derechos constitucionales a la salud y a la propiedad del demandante presuntamente afectados por habérsele privado del servicio de agua potable. Precisa que aunque reclamó administrativamente ante la entidad prestadora del citado servicio, no se ha resuelto su petición, lo que redunda en la existencia del perjuicio ocasionado.

2. Del texto de la demanda interpuesta se aprecia que, aunque se invoca la protección de los derechos constitucionales a la salud y a la propiedad, el demandante considera que la tutela de dichos atributos pasa inevitablemente por exigir la previa restitución del servicio de agua potable, a la cual considera un elemento vital para el goce y disfrute de sus derechos. Al no haberse atendido oportunamente su reclamo en la sede administrativa, es que promueve el presente proceso constitucional.

¿Existe un derecho constitucional al agua potable?

3. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, conviene precisar que aunque lo que reclama el demandante tiene que ver con una supuesta afectación de derechos como la salud y la propiedad, subyace en tal pretensión un tema mucho más relevante, a saber, si la decisión de cortar el servicio de agua potable afecta un derecho fundamental autónomo, consistente en el goce y disposición misma del líquido elemento. Se trata, en otros términos, de verificar si a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional al agua potable y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.

4. De primera intención y a efectos de responder en primera instancia a la reflexión planteada, conviene recordar que aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentre elidida o diferida. En efecto, como ha sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea,strictu sensu, los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización pueden operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú sino también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho mas amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional.

El agua potable como derecho constitucional no enumerado.

5) En el caso específico del derecho al agua potable, considero que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone, sin embargo, perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos y en la medida en que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y

que a nivel internacional aun se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir, para tal efecto, principalmente a la opción valorativa o principialista y la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización antes descrita posibilitaría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho.

Contenido del derecho fundamental al agua potable. Roles personales y extrapersonales.

6) El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría, primariamente, un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento, el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

7) El agua, en cuanto recurso natural, no sólo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención, sino que desde una perspectiva extrapersonal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede afirmarse, por consiguiente, que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo.

8) Dentro de tal contexto y aun cuando no forma parte de la materia controvertida, queda claro que la consideración del rol esencial del agua en pro del individuo y de la sociedad en su conjunto, permite considerar su estatus no sólo al nivel de un derecho fundamental, sino de un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar.

Supuestos mínimos del derecho al agua potable. El acceso, la calidad, la suficiencia

9) En cuanto a la posición del individuo como beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: El acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario.

10) El acceso, desde tal perspectiva, debe suponer que desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionarios), condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario. Para tal efecto, varios pueden ser los referentes: a) debe existir agua, servicios e instalaciones físicamente cercanos al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.; b) el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación; c) acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción, cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento; desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población; d) debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural.

11) La calidad, por su parte, ha de significar la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que el mismo ha de ser suministrado. Inaceptable, por tanto, resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o, incluso, mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural. Similar criterio ha de invocarse para los servicios o instalaciones cuyo deterioro natural no debe servir de pretexto para la generación de perjuicios sobre el líquido elemento. Cumplido su periodo natural de existencia, dichos servicios o instalaciones deben ser sustituidas por otras que ofrezcan iguales o mejores estándares de calidad.

12) La suficiencia, finalmente, ha de suponer la necesidad de que el recurso natural pueda ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como las vinculadas a los usos personales y domésticos o incluso aquellas referidas a la salud, pues de éstas depende la existencia de cada individuo. El agua, en otras palabras, siendo un bien cuya existencia debe garantizarse, tampoco puede ni debe ser dispensada en condiciones a todas luces incompatibles con las exigencias básicas de cada persona.

13) En resumidas cuentas, corresponde al Estado, dentro de su inobjetable rol social y en la lógica de protección al ser humano y su dignidad, fomentar que el agua potable se constituya no sólo en un derecho de permanente goce y disfrute, sino a la par, en un elemento al servicio de una

interminable repertorio de derechos, todos ellos igual de trascendentes para la realización plena del individuo.

Dilucidación de la controversia

14) Al margen de que en el presente caso este Colegiado considere perfectamente legítimo invocar la existencia de un derecho fundamental al agua potable, de los actuados se aprecia, que en las actuales circunstancias carece de objeto, emitir pronunciamiento favorable sobre el fondo de lo reclamado en atención a que el demandante plantea su demanda constitucional aduciendo que a pesar de haber reclamado en reiteradas oportunidades la restitución en el servicio de agua respecto de su inmueble ubicado en la calle N° 110 de la Urbanización Patazca (Chiclayo), se le ha respondido que no se puede acceder a su pedido debido a que existe una deuda del anterior propietario, todo ello pese a lo dispuesto en la Resolución de Superintendencia N° 160-2000-SUNASS de acuerdo con la cual: "...la obligación de pago de adeudos pendientes por concepto de servicios de saneamiento generada antes de la adquisición del predio no puede ser imputada al nuevo propietario...".
Sin embargo a fojas 6 de los autos aparece la Resolución de la Sub Gerencia de Comercialización Catastro de Clientes de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque N°1760-2005-EPSEL/GC-SGCYCC de fecha 12 de agosto de 2005 que declara infundado el reclamo presentado por el actor sobre responsabilidad de pagos de la deuda registrada sobre el inmueble de su anterior propietario, bajo el argumento de que éste tan sólo resulta copropietario del 12% de acciones y derechos. Empero a fojas 40 obra Resolución N° 10020-2005-SUNASS/TRASS emitida en vía de apelación por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento de fecha 5 de octubre de 2005, que resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado, subsistiendo sólo las pruebas actuadas, disponiéndose asimismo que la empresa prestadora se pronuncie sobre el reclamo que tiene presentado el recurrente.

15) Por consiguiente habiéndose producido la revisión en tal sentido, el reclamo administrativo formalizado por el demandante queda aun pendiente de una nueva evaluación, por lo que carece de objeto pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos reclamados, siendo de aplicación a contrario sensu, la previsión contenida en el segundo párrafo del Artículo 1 ° del Código Procesal Constitucional.
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demada al haber operado la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese

SS.

GONZALES OJEDA

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

EXP N.º 6546-2006-PA/TC
LAMBAYEQUE
CÉSAR AUGUSTO
ZUÑIGA LÓPEZ

VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con fecha 8 de septiembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque (EPSEL S.A.) solicitando la restitución de sus derechos constitucionales a la salud y a la propiedad, afectados indebidamente al habérsele privado del servicio de agua potable.

Especifica el recurrente que es propietario del inmueble en el que se encuentra su negocio comercial (Estación de Servicios Fórmula Uno SAC) ubicado en calle Francisco Cúneo N° 110, urbanizaciónPatazca, ciudad de Chiclayo, destinado al expendio de combustibles; que desde que asumió la propiedad y gerencia de dicho negocio, ha recurrido a EPSEL S.A. reclamando por la instalación del servicio de agua, lo que la demandada se niega a realizar argumentando la existencia de una deuda proveniente del anterior propietario (Jesús Manuel Zúñiga Díaz), tal y como se aprecia de la Carta N° 188-2005-EPSEL SA GG/GC/SGC y CC de fecha 24 de mayo de 2005, y pese a lo dispuesto en la Resolución de Superintendencia N° 160-2000-SUNASS, cuyo texto establece que "La obligación de pago de adeudos pendientes por concepto de servicio de saneamiento generada antes de la adquisición del predio no puede ser imputada al nuevo propietario"; y que, posteriormente y a raíz del proceder administrativo descrito, reclamó ante la misma entidad, habiéndose emitido la Resolución de Sub Gerencia Comercial y Catastro de Clientes N° 1760-2005-EPSEL SA/GC-SGCYCC del 12 de agosto de 2005, mediante la cual se resolvió declarar infundada su reconsideración, motivo por el cual ha planteado una apelación ante el superior jerárquico, sin que hasta la fecha haya sido resuelta.

Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de prescripción. Por otra parte y en cuanto al fondo de la controversia, alega que el tema de la transferencia de propiedad del recurrente sobre el inmueble que ocupa no se encuentra adecuadamente acreditado, motivo por el cual no se le puede alegar la no imputación de adeudos.

El Primer Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 23 de diciembre de 2005, declara fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa e improcedente la demanda interpuesta.

La recurrida confirma la apelada fundamentalmente por considerar que el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento, mediante Resolución N° 10020-2005-SUNAS/TRAS del 5 de octubre de 2005, ha declarado la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento iniciado por la demandante,

ordenando a la demandada emita el informe solicitado y atienda el reclamo referente a la deuda reclamada.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque (EPSEL S.A.) proceda a la restitución de los derechos constitucionales a la salud y a la propiedad del demandante presuntamente afectados por habérsele privado del servicio de agua potable. Precisa que aunque reclamó administrativamente ante la entidad prestadora del citado servicio, no se ha resuelto su petición, lo que redunda en la existencia del perjuicio ocasionado.

2. Del texto de la demanda interpuesta se aprecia que, aunque se invoca la protección de los derechos constitucionales a la salud y a la propiedad, el demandante considera que la tutela de dichos atributos pasa inevitablemente por exigir la previa restitución del servicio de agua potable, a la cual considera un elemento vital para el goce y disfrute de sus derechos. Al no haberse atendido oportunamente su reclamo en la sede administrativa, es que promueve el presente proceso constitucional.

¿Existe un derecho constitucional al agua potable?

3. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, conviene precisar que aunque lo que reclama el demandante tiene que ver con una supuesta afectación de derechos como la salud y la propiedad, subyace en tal pretensión un tema mucho más relevante, a saber, si la decisión de cortar el servicio de agua potable afecta un derecho fundamental autónomo, consistente en el goce y disposición misma del líquido elemento. Se trata, en otros términos, de verificar si a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional al agua potable y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.

4. De primera intención y a efectos de responder en primera instancia a la reflexión planteada, conviene recordar que aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentre elidida o diferida. En efecto, como ha sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea,strictu sensu, los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización pueden operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú sino también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho mas amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional.

El agua potable como derecho constitucional no enumerado.

5. En el caso específico del derecho al agua potable, considero que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone, sin embargo, perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos y en la medida en que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aun se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir, para tal efecto, principalmente a la opción valorativa o principialista y la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización antes descrita posibilitaría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho.

Contenido del derecho fundamental al agua potable. Roles personales y extrapersonales.

6. El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría, primariamente, un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento, el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

7. El agua, en cuanto recurso natural, no sólo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención, sino que desde una perspectiva extrapersonal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede afirmarse, por consiguiente, que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo.

8. Dentro de tal contexto y aun cuando no forma parte de la materia controvertida, queda claro que la consideración del rol esencial del agua en pro del individuo y de la sociedad en su conjunto, permite considerar su estatus no sólo al nivel de un derecho fundamental, sino de un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar.

Supuestos mínimos del derecho al agua potable. El acceso, la calidad, la suficiencia

9. En cuanto a la posición del individuo como beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: El acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario.

10. El acceso, desde tal perspectiva, debe suponer que desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionarios), condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario. Para tal efecto, varios pueden ser los referentes: a) debe existir agua, servicios e instalaciones físicamente cercanos al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.; b) el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación; c) acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción, cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento; desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población; d) debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural.

11. La calidad, por su parte, ha de significar la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que el mismo ha de ser suministrado. Inaceptable, por tanto, resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o, incluso, mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural. Similar criterio ha de invocarse para los servicios o instalaciones cuyo deterioro natural no debe servir de pretexto para la generación de perjuicios sobre el líquido elemento. Cumplido su periodo natural de existencia, dichos servicios o instalaciones deben ser sustituidas por otras que ofrezcan iguales o mejores estándares de calidad.

12. La suficiencia, finalmente, ha de suponer la necesidad de que el recurso natural pueda ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como las vinculadas a los usos personales y domésticos o incluso aquellas referidas a la salud, pues de éstas depende la existencia de cada individuo. El agua, en otras palabras, siendo un bien cuya existencia debe garantizarse, tampoco puede ni debe ser dispensada en condiciones a todas luces incompatibles con las exigencias básicas de cada persona.

13. En resumidas cuentas, corresponde al Estado, dentro de su inobjetable rol social y en la lógica de protección al ser humano y su dignidad, fomentar que el agua potable se constituya no sólo en un derecho de permanente goce y disfrute, sino a la par, en un elemento al servicio de una interminable repertorio de derechos, todos ellos igual de trascendentes para la realización plena del individuo.

Dilucidación de la controversia

14. Al margen de que en el presente caso, este Colegiado considere perfectamente legítimo invocar la existencia de un derecho fundamental al agua potable, de los actuados se aprecia que en las actuales circunstancias carece de objeto emitir pronunciamiento favorable sobre el fondo de lo reclamado, luego de constatar diversos hechos.

15. En efecto, el demandante plantea su demanda constitucional, aduciendo que a pesar de haber reclamado en reiteradas oportunidades la restitución en el servicio de agua en su inmueble ubicado en la calle Nº 110 de la Urbanización Patazca (Chiclayo), se le ha respondido que no se puede acceder a su pedido debido a que existe una deuda del anterior propietario, todo ello pese a lo dispuesto en la Resolución de Superintendencia Nº 160-2000-SUNASS de acuerdo con la cual: "(...) la obligación de pago de adeudos pendientes por concepto de servicios de saneamiento generada antes de la adquisición del predio no puede ser imputada al nuevo propietario (...)".

16. Aunque a fojas 6 de los autos aparece la Resolución de la Sub Gerencia de Comercialización Catastro de Clientes de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Nº 1760-2005-EPSEL/GC-SGCYCC, de fecha 12 de agosto de 2005, que declara infundado el reclamo presentado por el actor sobre responsabilidad de pagos de la deuda registrada sobre el inmueble de su anterior propietario, bajo el argumento de que éste tan sólo resulta copropietario del 12% de acciones y derechos; no es menos cierto que a fojas 40 obra la Resolución Nº 10020-2005-SUNASS/TRASS, emitida en vía de apelación por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento, de fecha 5 de octubre de 2005. En esta última se resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado, subsistiendo sólo las pruebas actuadas, disponiéndose, asimismo, que la empresa prestadora atienda el reclamo efectuado por el recurrente.

17. Por consiguiente, habiéndose atendido favorablemente el reclamo administrativo realizado por el demandante y que se ha ordenado una nueva evaluación de su solicitud, carece de objeto pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos reclamados, siendo de aplicación a contrario sensu, la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

Doctrina constitucional vinculante

18. Independientemente del resultado de la presente controversia, este Colegiado declara que, de cara a futuros casos con pretensiones similares, en los que sí exista la necesidad de emitir pronunciamiento sobre la materia discutida, debe considerarse como doctrina constitucional vinculante lo señalado en los fundamentos 3 a 13 de la presente sentencia, de conformidad con la previsión contenida en el tercer párrafo del Artículo VI perteneciente al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por estos razones, mi voto es porque se declare que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia por haber operado la sustracción de la materia, y porque se establezca comodoctrina constitucional vinculante lo expresado en los fundamentos 3 a 13 de la presente sentencia.

Sr.

GONZALES OJEDA

Exp. N° 3169-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Pablo Cayo Mendoza. Sobre los principios de legalidad y proporcionalidad en el despido laboral].*

Fecha de Resolución: 10 de octubre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de diciembre de 2008

Resumen: Las medidas disciplinarias por inconductas laborales se encuentran debidamente señaladas en los reglamentos de trabajo. En ese sentido, el despido laboral sólo es resultado de una falta excepcionalmente grave o la reiteración continua de la inconducta. Por ello, en el presente caso, tal como señala el Tribunal Constitucional, la sanción impuesta al recurrente es desproporcionada e irrazonable, pues el concurrir al centro laboral en estado de embriaguez no se corresponde con las causales señaladas para decidirse por la sanción máxima.

Así, advierte el Tribunal, que "de la Carta N.° 034-UPER-MDCH se desprende que la falta grave imputada al demandante consistiría en que (...) habría asistido a su centro de trabajo a laborar con evidentes síntomas de ebriedad, lo cual a criterio de la municipalidad quedó corroborado con la negativa del trabajador a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos (...) este Tribunal considera que la sanción impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en fundamento que precede al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada" (FF. JJ. 11 y 15)

Temas claves: Derecho a la sindicalización - derecho al debido proceso - derecho al trabajo - despido fraudulento - despido nulo - inconducta laboral - principio de legalidad - principio de razonabilidad y proporcionalidad - principio de tipicidad - regulación del consumo de bebidas alcohólicas.

EXP. N.° 03169-2006-PA/TC
LIMA
PABLO CAYO
MENDOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de octubre de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Álvarez Miranda, que se adjunta

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pablo Cayo Mendoza contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 327, su fecha 25 de julio de 2005, que declaró infundada la demanda de autos; y

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de junio de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Alcalde, el Jefe de Personal y el Director de Servicios Comunales de la Municipalidad Distrital de Chorrillos solicitando que se declare inaplicable la Carta N.° 034-UPER-MDCH, de fecha 17 de mayo de 2004, mediante la cual se le comunicó la imputación de la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR y se le concedió el plazo de 6 días para que efectúe su descargo. Alega que con la carta cuestionada se ha afectado el principio de legalidad porque no ha cometido la falta grave imputada, pues el día 9 de mayo de 2004 no concurrió a laborar en estado de ebriedad, y sus derechos al debido proceso y a la libertad sindical debido a que el informe en que se sustenta la carta cuestionada no le ha sido puesto en su conocimiento para que pudiera ejercer su derecho de defensa y también porque la carta cuestionada es una represalia por su afiliación al Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos.

Los emplazados separadamente contestan la demanda y en forma coincidente manifiestan que el demandante fue despedido el día 4 de junio de 2004 por haber incurrido en la comisión de la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, toda vez que el día 9 de mayo de 2004 concurrió a laborar con síntomas de encontrarse en estado de ebriedad, lo cual quedo corroborado ante su negativa de que se le efectúe el dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos de la Policía Nacional del Perú. Asimismo señalan que el despido del demandante no ha sido una represalia por su condición de afiliado al Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos.

El Quincuagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 30 de junio de 2004, declara infundada la demanda por considerar que la pretensión del demandante debe ser dilucidada en la vía ordinaria y no a través del proceso de amparo, pues se requiere la actuación de medios probatorios para determinar si el demandante cometió o no la falta grave que se le imputa.

La recurrida confirma la apelada por estimar que el demandante al haberse negado a pasar el dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos no pudo demostrar que no haya concurrido a trabajar en estado de embriaguez, por lo que su conducta se encuentra comprendida en la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR; y porque en autos no se encuentra probado que su despido haya sido como consecuencia de su afiliación al Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos.

FUNDAMENTOS

§ Procedencia de la demanda

1. En el presente caso, aún cuando el recurrente haya solicitado que se declare inaplicable la Carta N.° 034-UPER-MDCH del 17 de mayo de 2004, mediante la cual se le comunicó la imputación de la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, lo cierto es que mediante la Carta N.° 039-UPER-MDCH del 2 de junio del citado año, se le comunicó su despido por haber incurrido en la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, por lo que es esta última carta la que debe considerarse como el acto reclamado como lesivo a los derechos constitucionales del demandante.

2. Por ello y en atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.° 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente, este Tribunal considera que en el presente caso corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido fraudulento o de un despido nulo, conforme alega en su demanda.

§ Delimitación de la controversia

3. El demandante en su recurso de apelación obrante de fojas 277 a 285 alega que las cartas cuestionadas han vulnerado: a) el principio de legalidad porque considera que no ha incurrido en la infracción de los deberes esenciales del contrato, de tal manera que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral, b) su derecho al debido proceso porque no se puso en su conocimiento los Informes N.°s270-DSC-MDCH-2004 y 019-04.DLP-DSCC-MDCH, y c) su derecho a la libertad sindical porque considera que su despido se ha efectuado como represalia a su afiliación al Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos y por participar en las actividades sindicales de dicho organismo gremial.

4. Delimitado así el objeto de la demanda de amparo, nuestro enjuiciamiento debe centrarse en determinar si el demandante al haber sido despedido ha sido objeto de una conducta contraria al principio de legalidad y que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad sindical.

5. Para ello es preciso recordar que este Tribunal en la STC 0976-2001-AA/TC ha establecido que el despido nulo se produce cuando se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales; y el despido fraudulento se produce cuando se le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o se le atribuye una falta no prevista legalmente. Ello debido a que si se prueban los hechos alegados por el demandante, la conducta de la municipalidad emplazada pueden encuadrarse dentro de cualquiera de las dos modalidades de despidos antes descritos.

§ La afectación del principio de legalidad y el derecho al debido proceso

6. A tal efecto es preciso tener presente, como ha puesto de manifiesto este Tribunal a partir de la STC 0010-2002-AI/TC, que el principio de legalidad exige que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.
Ahora bien, en el ámbito disciplinario laboral, el principio de legalidad se manifiesta o concretiza mediante el subprincipio de tipicidad o taxatividad, que impone que las conductas prohibidas (entiéndase faltas laborales) que conllevan sanciones de índole laboral estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier trabajador de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de imponerse alguna sanción disciplinaria prevista por la ley.

7. Al respecto debe señalarse que de la lectura de las Cartas N.° 034-UPER-MDCH y 039-UPER-MDCH se desprende que la conducta imputada al demandante como falta grave se encontraría tipificada en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR y en el artículo 87° del Reglamento Interno de Trabajo del Personal Obrero de la Municipalidad de Chorrillos.
En ese sentido, para determinar si la sanción impuesta ha vulnerado el principio de legalidad y en particular el subprincipio de taxatividad, corresponde a este Tribunal analizar si las antes citadas disposiciones normativas resultan genéricas, indeterminadas e imprecisas.

8. Para ello es preciso señalar que el inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR considera como falta grave "La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo". Por su parte el artículo 87º del Reglamento Interno de Trabajo del Personal Obrero de la Municipalidad de Chorrillos, obrante de fojas 92 a 109, establece que constituyen faltas laborales, entre otras, el "presentarse a sus labores en estado de embriaguez o bajo efectos de narcóticos".

9. Analizadas la citadas normas se debe concluir que en el presente caso no se ha vulnerado el principio de legalidad, pues la falta imputada al demandante se encuentra previamente determinada en la ley (lex scripta), la cual es anterior al hecho sancionado (lex praevia), y describe un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa). Asimismo este Tribunal considera que las dos disposiciones citadas definen de manera precisa y cierta la conducta que se considera como falta laboral, razón por la que tampoco se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad.

10. Por otro lado, de la lectura del inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR se desprende que esta norma, respecto al estado de embriaguez o toxicomanía en que puede incurrir el trabajador, refiere que se comete falta grave, en primer lugar, cuando el trabajador asiste a su centro de trabajo a realizar sus labores reiteradamente en estado de embriaguez o bajo el influjo de drogas o sustancias estupefacientes; y en segundo lugar, cuando por la naturaleza de la función o del trabajo que realiza el trabajador tal hecho revista excepcional gravedad.

11. De la Carta N.º 034-UPER-MDCH se desprende que la falta grave imputada al demandante consistiría en que el día 9 de mayo de 2004 habría asistido a su centro de trabajo a laborar con evidentes síntomas de ebriedad, lo cual a criterio de la municipalidad quedó corroborado con la negativa del trabajador a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos.

12. Sobre el particular debe tenerse presente que el demandante en su carta de descargo ha reconocido que el día 8 de mayo de 2004 ingirió bebidas alcohólicas y que el día siguiente, esto es el 9 de mayo del citado año, asistió a trabajar con aliento alcohólico, más no en estado de ebriedad. En este sentido, en su referida comunicación señala textualmente que "habiendo concurrido al sepelio de la madre de mi compadre espiritual, el día sábado 08.05.04; y bebido en forma moderada, evidentemente, al día siguiente podía sentirse el aliento alcohólico" y que el día 9 de mayo de 2004 cuando se "presentó la Sra. Janet Díaz, [él se acercó] para saludarla por el día de la madre; momento en el cual me habría sentido el aliento alcohólico".

13. En el presente caso resulta relevante tener en cuenta que el demandante ha reconocido que se negó a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos, porque consideraba que era evidente que no se encontraba en estado de ebriedad. Por ello, en aplicación del inciso e) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR dicha negativa del demandante a someterse al dosaje etílico debe reputarse como reconocimiento del estado de ebriedad.

14. No obstante lo señalado en el fundamento anterior, este Tribunal considera que el despido del demandante viola el derecho constitucional al debido proceso sustantivo debido a que la Municipalidad emplazada al momento de imponerle la sanción lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 83° de su propio Reglamento Interno de Trabajo, el que señala que las sanciones disciplinarias de amonestación verbal o escrita, suspensión en sus labores o despido, se aplicarán en función de la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador.

15. Por ello este Tribunal considera que la sanción impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en fundamento que precede al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada. Siendo así y teniéndose en cuenta que la Municipalidad, en la fundamentación de las cartas cuestionadas y durante el curso del proceso de amparo, no ha argumentado que el demandante tenga antecedentes disciplinarios, se debe concluir que la sanción impuesta (despido) no fue la más adecuada e idónea, pues la emplazada podía haberle impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias ya citadas anteriormente.

16. Por otro lado debe señalarse que la falta de entrega al demandante de los Informes N.os 270-DSC-MDCH-2004 y 019-04.DLP-DSCC-MDCH no ha afectado de modo alguno el ejercicio de sus derechos de defensa y al debido proceso, pues la información contenida en ellos se reproduce en la carta de imputación de faltas; además advertimos que su contenido es un resumen de los hechos que sucedieron el día 9 de mayo de 2004, es decir, que no contienen ningún hecho que desconozca el demandante y que por tal motivo no haya podido desvirtuar en su carta de descargo.

§ La afectación del derecho a la libertad sindical

17. En cuanto a la afectación del derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28°, inciso 1) de la Constitución Política del Estado, debe señalarse que este derecho tiene como contenido la libertad de todo trabajador para afiliarse a un sindicato; así como para el desarrollo libre de su actividad, ya sea en el seno de la

Administración Pública o de una empresa particular, en defensa y cautela de sus intereses, a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores.

18. Igualmente el derecho a la libertad sindical tiene como contenido el poder del trabajador para que por razones de su afiliación o actividad sindical no sufra ningún menoscabo en sus derechos fundamentales, como puede ser la diferencia de trato carente de toda justificación objetiva y razonable entre trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados.

19. Por ello, cuando se alega que un despido encubre una conducta lesiva del derecho a la libertad sindical, incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedece a causas reales y que no constituye un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante previamente debe aportar un indicio razonable que indique que su despido se origina a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.

20. En el presente caso en autos no se ha probado que el despido del demandante haya obedecido a un acto de represalia por parte del empleador como consecuencia de su afiliación y actividad sindical, por lo que no se ha configurado la alegada lesión del derecho a la libertad sindical.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda y en consecuencia NULA las Cartas N.os 030-UPER-MDCH y 034-UPER-MDCH.
2. Ordenar a la Municipalidad Distrital de Chorrillos que cumpla con reponer al recurrente en su puesto de trabajo que desempeñaba; sin perjuicio de la sanción que se estime proporcional a la infracción laboral cometida.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.° 03169-2006-PA/TC
LIMA
PABLO CAYO
MENDOZA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión del ponente emitimos el siguiente voto por las siguientes razones:

§ Delimitación del petitorio de la demanda

1. Del petitorio de la demanda de amparo interpuesta con fecha 4 de junio de 2004, se advierte que el demandante solicita en sede constitucional que se declare inaplicable la Carta 034-UPER-MDCH de fecha 17 de mayo de 2004, mediante la que se le comunicó la imputación de falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo 003-TR, debido a que considera que se afectó el principio de legalidad, el debido proceso y su derecho a la sindicalización.

§ Con respecto al principio de legalidad alegado por el actor

2. El recurrente alega que en la mencionada carta, se le comunica que ha incurrido en falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo 003-97-TR y en el artículo 87° del Reglamento Interno de Trabajo del Personal Obrero de la Municipalidad de Chorrillos.
Sobre el particular, manifiesta que los hechos tipificados como falta carecen de fundamento alguno constituyendo una evidente amenaza de violación a su derecho al trabajo y a no ser cesado sino por causa justa, no resultando aplicable la imputación.

3. En atención a lo señalado por el demandante, no puede alegarse la vulneración al principio de legalidad, toda vez que conforme se desprende de la Carta de preaviso de despido N.° 034-UPER-MDCH y la Carta de despido N.° 039-UPER-MDCH, la conducta imputada al demandante se encuentra tipificada tanto en el inciso e) del artículo 25° del Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como en el artículo 87° del Reglamento Interno de Trabajo del Personal Obrero de la Municipalidad de Chorrillos. La primera de las normas referidas establece expresamente que:

Artículo 25°.-
Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:
(...)
e) la concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestara su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo.

Igualmente, el artículo 87° del Reglamento Interno de Trabajo del Personal Obrero de la Municipalidad de Chorrillos establece:

Artículo 87°.-
Constituyen faltas laborales, entre otras cosas, que darán lugar a una sanción disciplinaria, las siguientes:
(...)
Presentarse a sus labores en estado de embriaguez o bajo efectos de narcóticos.

4. El actor, conforme a lo expresado en su carta de descargo obrante en autos a fojas 5, reconoció haber ingerido bebidas alcohólicas la noche anterior a su jornada laboral así como también reconoció que el 9 de mayo de 2004 se presentó a sus labores "con aliento alcohólico". A pesar de que el actor no aceptó expresamente que se haya presentado a laborar el 9 de mayo de 2004 con síntomas de embriaguez, afirmó que se negó a efectuar la prueba de dosaje etílico ante la autoridad policial, lo que además se desprende del certificado de dosaje etílico obrante a fojas 233, el cual refiere expresamente:
"Observaciones: El usuario se negó al examen de dosaje etílico. A la apreciación subjetiva presenta signos de ebriedad (aliento alcohólico).

5. Por tanto, se configuró un reconocimiento del estado de embriaguez del trabajador con fecha 9 de mayo de 2004, conforme al inciso e) in fine del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

6. Adicionalmente, no cabe sostener que la Municipalidad emplazada, al momento de imponer la sanción, no haya actuado bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, debido a que la conducta del actor – la negativa a someterse a una prueba de dosaje etílico, la concurrencia al centro de labores en estado de embriaguez– implica no solo el incumplimiento de obligaciones de trabajo, la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo y el quebrantamiento de la buena fe laboral, sino resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, conforme lo señala el inciso a) del artículo 25.° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

§ Con respecto al debido proceso alegado por el actor

7. El actor alega que se ha vulnerado el debido proceso, toda vez que la Municipalidad emplazada no ha puesto en conocimiento el Informe N.° 270-DSC-MDCH-2004, de fecha 13 de mayo de 2004. Sin embargo, y tal como se observa en el informe, a fojas 209, no se ha afectado ningún derecho relacionado al derecho de defensa y al debido proceso del recurrente, debido a que los hechos relacionados con la imputación de la falta grave son los mismos que obran en la Carta de preaviso N.° 034-UPER-MDCH. Por consiguiente, el actor al presentar sus descargos de la imputación sobre falta grave ha hecho valer su derecho de defensa.

§ Con respecto a la afectación del derecho a la libertad sindical

8. La libertad sindical, está garantizada por el artículo 28° de la Constitución, que establece:
Artículo 28°.-
"El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
1. Garantiza la libertad sindical.
(...).

9. Asimismo se ha establecido que la libertad sindical no solo garantiza la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados, sino también reconoce una protección especial para lo dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, ostentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes, y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado (Cfr. 0206-2005-PA y 01124-2001-AA).

10. En el presente caso, el actor no es un dirigente sindical, por lo que no detenta la protección especial que alcanza a los mismos.

11. Asimismo, consideramos que la Municipalidad emplazada al imputar al actor una falta grave por presentarse a sus labores en estado de embriaguez y la consiguiente negativa de realizarse el examen dedosaje etílico, no vulnera el derecho a la libertad sindical, toda vez que la falta grave cometida por el trabajador no implica la imputación por el solo hecho de ser el trabajador afiliado o no de un sindicato. El supuesto de hecho de la conducta sancionada es considerada como causa justa de despido en cualquier relación laboral, en forma independiente del cargo que ostenten los trabajadores en un sindicato.

En consecuencia, somos de la opinión que debe declararse INFUNDADA la demanda.

SS.

LANDA ARROYO
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. Nº 6572-2006-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por Janet Rosas Domínguez. Se precisa que el artículo 53º del Decreto Ley Nº 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez].

Fecha de Resolución: 6 de noviembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de marzo del 2008

Resumen: En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional (TC) señaló que la pensión de viudez también le corresponde a la conviviente supérstite, siempre que los elementos fácticos y normativos que acrediten su existencia. Ello, por cuanto, la unión de hecho es un tipo de estructura familiar y por mandato constitucional la protección de la familia se encuentra consagrada.

En ese sentido, advirtió el TC, que "(...) sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos"(F.J. 11)

Como se sabe, "la finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez" (F.J. 31)

Por tanto, concluye el Tribunal, que "el artículo 53 del Decreto Ley 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión hecho por medio de documentación idónea para ello" (F.J. 36)

Temas claves: Derecho a la igualdad - derecho a la pensión - pensión de viudez - unión de hecho.

EXP. N.° 06572-2006-PA/TC
PIURA
JANET ROSAS
DOMINGUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Janet Rosas Domínguez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 95, su fecha 31 de mayo de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el otorgamiento de una pensión de viudez. Manifiesta tener una declaración judicial de unión de hecho con don Frank Francisco Mendoza Chang y que, su menor hija, en la actualidad, viene percibiendo pensión de orfandad, en virtud de ser hija del causante.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la declaración judicial de la unión de hecho no da derecho al otorgamiento de una pensión de viudez, ya que ésta se otorga únicamente cuando se cumplen con los requisitos expuestos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990. Es decir, se requiere necesariamente que se acredite la celebración del matrimonio. En el presente caso, no se ha acreditado la unión conyugal, por lo tanto la demanda debe ser desestimada.

El Quinto Juzgado Especializado Civil de Piura, con fecha 30 de diciembre de 2005, declara improcedente la demanda considerando que, a través del presente proceso constitucional, no es posible otorgar derechos, sino proteger el ya reconocido.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que aun cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida en que el acceso a las prestaciones pensionarias sí forma parte de él, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales.

§ Delimitación del petitorio y de la cuestión constitucional suscitada

2. En el presente caso, la demandante solicita que se le otorgue una pensión de viudez, conforme con el Decreto Ley N.º 19990, alegando tener una declaración judicial de unión de hecho con quien fue su conviviente don Frank Francisco Mendoza Chang, ahora fallecido.

3. El problema a dilucidar en este caso es si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite. Ello implica determinar si es que a pesar de la omisión expresa del Decreto Ley N.° 19990, procede el reconocimiento de tal beneficio a las parejas de hecho.

4. Debe recordarse que los pronunciamientos sobre la pensión de viudez entre parejas de hecho ha merecido la atención de este Tribunal Constitucional. Si bien en un principio tal posibilidad se encontraba implícita[1], por medio de otra sentencia se rechazó tal supuesto[2], aceptándose luego tal hipótesis[3].

Así, en la sentencia del Expediente 02719-2005-PA/TC, este Colegiado desestimó la demanda interpuesta por la conviviente supérstite, que solicitaba una pensión de viudez, argumentando que el causante no había cumplido con la edad requerida para obtener una pensión de jubilación por lo que tampoco se había generado el derecho a la pensión de viudez. Por su parte, en la sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC se argumentó que; i) Puesto que la Norma Fundamental quiere favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional, no es posible tratar igual al matrimonio y a las uniones de hecho; ii) Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a los integrantes de la unión de hecho a asumir los efectos previsionales propios del matrimonio; iii) Solo podrían generarse derechos pensionarios entre las parejas de hecho si la norma específica así lo dispone; iv) La Norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario.

Por último, en la sentencia recaída en el Expediente 09708-2006-PA/TC se esgrimió que de acuerdo al artículo 5° de la Constitución así como el artículo 326 del Código Civil (CC), la unión de hecho daba lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de viudez. Se consideró además que las pensiones tenían la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia.

En vista de lo expuesto, a continuación se procederá a confirmar el criterio ya asumido por este Colegiado, argumentando de manera más profunda tal posición.

§ Tutela de la Familia en el Estado Democrático y Social de Derecho y pluralidad de estructuras familiares

5. Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Precisamente fue la Constitución de Wiemar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia[4]. Sin embargo, es de precisar que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era "cabeza de familia" dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.

6. A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como "núcleo fundamental de la sociedad"[5], "elemento natural y fundamento de la sociedad"[6], "fundamento de la sociedad"[7], "asociación natural de la

sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas"[8], "base de la sociedad"[9], "célula fundamental de la sociedad"[10], por citar algunos. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como "elemento natural y fundamental de la sociedad", sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

7. En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En su artículo 53 indicaba que "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley." La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una "sociedad natural y una institución fundamental de la Nación". Mientras que la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13.° que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

8. A pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos "legítimos" y "no legítimos".

9. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos[11]. Ello es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho[12], las monopaternales[13] o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas[14].

10. Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, "su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional", es pues, "agente primordial del desarrollo social".[15]

11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.

§ Unión more uxorio (Unión de hecho)

12. Como es conocido, tradicionalmente la unión de hecho -también denominada concubinato o unión extramatrimonial- concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad, concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía con la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana. Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas -primero jurisprudencialmente y luego a nivel Constitucional- a esta realidad social. Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia[16]. Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer ésta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas

personas que habían optado por la convivencia. Asimismo pasan a ser considerados familia, por consiguiente merecedora de la protección del Estado.

13. Pero esta constitucionalización de la entidad, también implica el reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman la unión de hecho. Si bien se está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. Así pues, la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constituciónreconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con esto, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante, la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión.

14. Dicho esto, es pertinente analizar el artículo 5.° de la Carta fundamental que recoge la unión de hecho de la siguiente manera;
"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable."

15. Importante doctrina ha considerado que la unión de hecho puede distinguirse de la siguiente manera; concubinato en sentido estricto (propio o puro) y concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino). El primero de ellos supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio. En cambio, el segundo caso abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal. Estando a lo expuesto por la Constitución es claro que nos encontramos ante un concubinato en sentido estricto, puro o propio.

16. De igual forma se observa, que se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

17. Ahora bien, el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes estén casado o tenga otra unión de hecho.

18. La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia, que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326° del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

19. De otro lado, la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soterradamente.

§ Hogar de hecho

20. Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

21. No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un "aparente matrimonio." De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.

22. De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia [art. 326 CC]. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que

viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

23. En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se de el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua.

§ Seguridad Social y Pensión de sobreviviente

24. El artículo 10° de la Constitución reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para hacer frente a las contingencias que la ley precise con la finalidad de elevar su calidad de vida. Como ya lo ha expresado este Tribunal Constitucional, la Seguridad Social;
"Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida'."

En tal sentido, debe recordarse que a diferencia de los derechos fundamentales clásicos, la Seguridad Social requiere de una configuración legal, estableciéndose ésta como la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido. De tal forma, por medio de las disposiciones legales se establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. Esto es la manifestación de la "libre configuración de la ley por el legislador" conforme a la cual se comprende que; "es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales."[17]

25. De otro lado, este Colegiado ya ha establecido que el único titular de la pensión es quien realiza los aportes, siendo las pensiones de sobrevivientes, el derecho del propio titular proyectado sobre la o las personas que cumplan con los requisitos para acceder a tales beneficios. De esta manera la pensión de sobreviviente;
"Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).
En consecuencia, prima facie, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto"[18] (subrayado agregado).

§ Decreto Ley 19990 y unión de hecho

26. El Decreto Ley 19990 regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendentes. Debido a que el tema se plantea respecto a la pensión de viudez y su relación la convivencia se analizará el artículo 53 del aludido decreto ley, que regula lo referente a la pensión de viudez, estableciéndose lo siguiente;
"Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.
Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:
a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;
b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y
c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado."
Como es de apreciarse, no se contempla en lo absoluto referencia alguna a la pareja conviviente. La explicación debe encontrarse en la inexistencia de la unión de hecho en la legislación nacional de aquella época. Como ya se expresó, ésta institución fue reconocida a nivel constitucional recién con la Carta Fundamental de 1979, desarrollándose legalmente en el artículo 326° del CC, casi un lustro después. Así, de una simple lectura del ordenamiento jurídico, podría concluirse que, puesto que no se contempla normativamente que las parejas de hecho sobrevivientes accedan a una pensión de viudez, la presente demanda tendría que ser desestimada. Y es que como ya se apreció, en el caso de la Seguridad Social, es el legislador ordinario quien configura legalmente los supuestos por los cuales se accedería al derecho.

27. No obstante, el defecto de tal argumentación estriba en interpretar la pretensión de la actora exclusivamente desde de la ley, cuando por el contrario, en el Estado social y democrático de Derecho, es a partir de la Constitución desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico. A propósito de ello, debe indicarse, como ya lo ha hecho este Tribunal en

otras ocasiones, que el transito del Estado Legal de Derecho al de Estado Constitucional de Derecho supuso dejar de lado la tesis según la cual el texto fundamental era una norma carente de contenido jurídico vinculante, compuesta tan solo por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos.
"Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitucióndel Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo."[19]

§ Inconstitucionalidad sobreviniente y legislación preconstitucional

28. En rigor, corresponde en este extremo apreciar que los alcances de este precepto legislativo resultan ser una inconstitucionalidad sobreviniente[20], fenómeno presentado cuando una norma primigeniamente constitucional, deviene en inconstitucional porque no compatibiliza con la vigente norma constitucional. En este caso, el Decreto Ley 19990, fue desarrollado bajo el marco de la Constitución de 1933. Actualmente, sin embargo, como ya se tiene explicitado, debe interpretarse bajo los alcances de la configuración constitucional que le otorga el texto fundamental de 1993.

29. En tal sentido, es de enfatizarse que el hecho de que el Decreto Ley 19990 sea una norma preconstitucional, no significa que la Constitución vigente no sea el parámetro bajo el cual se debe aplicar tal decreto ley. Todo lo contrario, tal norma, como cualquier otra, debe ser interpretada y aplicada tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Carta Fundamental vigente. En consecuencia, es la norma y específicamente su artículo 53, el que tendrá que interpretarse a la luz de los valores y principios materiales del texto constitucional.

30. De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional, y siendo que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, queda por precisar las concretizaciones de esta protección y si es que en el presente caso, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de viudez se adecua a la Carta Fundamental.

31. La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción -o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral.

32. Pero ¿implica ello que no se estaría materializando el deber del Estado de promover el matrimonio? Tal argumentación parte de la errada premisa de que el otorgar pensión de sobreviviente a las parejas de hecho supérstite supone promover el matrimonio. Ello equivaldría a decir que desde que el Estado está obligado a promover el matrimonio, cierto número de uniones de hecho han tomado la decisión de casarse para poder acceder a la pensión de viudez. Lo cual resulta ilógico, atendiendo a la importancia institucional que el matrimonio tiene en nuestra sociedad. En tal sentido, no es coherente alegar que las personas contraigan matrimonio debido a que los convivientes no perciben pensión de sobrevivientes. Es otra la problemática y por tanto, otras las herramientas con las que el Estado promueve el matrimonio, como las que se derivarían del artículo 2.°, inciso j) de la Ley del Fortalecimiento de la Familia (Ley N.° 28542), que impulsa la unión marital de las uniones de hecho.

§ Sistema Privado de Pensiones (SPP) y pensión de viudez

33. A mayor abundancia debe observarse la desigualdad plasmada entre una misma situación jurídica y los distintos efectos que el ordenamiento propone. Como se ha observado, el SNP no reconoce efectos jurídicos, al menos expresamente, a la situación que afrontan las parejas de hecho sobrevivientes. Por el contrario, en el SPP la parejas de hecho sobrevivientes son beneficiadas con la pensión de viudez.

34. Ello ha sido recogido por el artículo 117° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 004-98-EF) que establece;

"Tienen derecho a la pensión de sobrevivencia los beneficiarios del afiliado que no se hubiere jubilado, siempre que su muerte no resulte consecuencia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias. El orden es el siguiente: El cónyuge o concubino conforme a lo establecido en el Artículo 326 del Código Civil; Los hijos que cumplan con los requisitos previstos en el inciso e) del Artículo 113 que antecede; [...]".

35. En consecuencia, a una misma situación se le da trato diferenciado, o puesto de otra forma, se hace una diferenciación entre iguales. La situación para este caso concreto es equivalente; la contingencia que implica la muerte del conviviente. Claramente, se está ante una vulneración del derecho-principio de igualdad. Esta diferenciación normativa no descansa sobre argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. La calidad y naturaleza, así como los mecanismos del SPP (forma y determinación de los aportes y del monto pensionario), en nada justifican que este reconocimiento sea legítimo y a nivel del SNP no lo sea.

36. En definitiva, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión hecho por medio de documentación idónea para ello.

§ Análisis del caso concreto

37. Una vez que se ha dilucidado el problema planteado, esto es, la procedencia de la pensión de sobreviviente al conviviente, queda analizar si es que en el caso de autos la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión. Sobre tales requisitos debe interpretarse que estos son los mismo que los requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley N.° 19990.

38. En autos (fojas 5) obra copia de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la demanda que reconoce la unión de hecho entre doña Janet Rosas Domínguez y Frank Francisco Mendoza Chang.

39. Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos precedentes, y al haberse acreditado la unión de hecho, en virtud del artículo 5 de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, le corresponde a la demandante la pensión de viudez.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, ordenándose a la ONP que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley 19990 realizada por este Colegiado, se abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas Domínguez.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

---

[1] Sentencia del Expediente 02719-2005-PA/TC.
[2] Sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC.
[3] Sentencia del Expediente 09708-2006-PA/TC.
[4] El artículo 119 de dicha Constitución indicaba: "El matrimonio como fundamento de la vida de la familia, de la conservación y del crecimiento de la nación se pone bajo la protección especial de la Constitución."
[5] Artículo 42.° de la Constitución de Colombia y artículo 1 de la Constitución de Chile.
[6] Artículo 51.° de la Constitución de Costa Rica.
[7] Artículo 49.° de la Constitución de Paraguay; "La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes."
[8] Artículo 75.° de la Constitución de Venezuela.
[9] Artículo 45.° de la Constitución de Uruguay.
[10] Artículo 39.° de la Constitución de Cuba.
[11] Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (art. 23). 27/07/90, Observación General 19. En el documento se indica; "En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros."
[12] Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.° 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; "Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente."
[13] Reconocida por la Constitución Brasilera de 1988, art. 226, numeral 4, que explica: "Se considera, también, como entidad familiar la comunidad formada por cualquier de los padres y sus descendientes." Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
[14] Ver sentencia del expediente N.° 9332-2006-AA/TC.
[15] Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 004-2005-MIMDES. p. 16.
[16] Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, Tomo I, Publicación oficial, Lima, pp. 326-340.
[17] Sentencia del Expediente 01417-2005-PA/TC, Fundamento 12.
[18] Sentencia del Expediente 0050-2004-AI/TC, Fundamento 143.
[19] Sentencia del Expediente 05854-2005-PA/TC, Fundamento 3.
[20] Como ya lo expresó este Tribunal en nuestro ordenamiento se han asumido las teorías de la continuidad y de la revisión (Sentencia del Expediente 0010-2001-AI/TC, Fundamentos 10 al 16).

Exp. N° 9332-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Reynaldo Armando Shols Pérez. Se precisa que el hijastro(a) forma parte de la nueva estructura familiar, y se reconoce los eventuales derechos y deberes especiales que se derivan de dicha situación jurídica].*

Fecha de Resolución: 30 de noviembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 6 de febrero de 2008

Resumen: Los cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.

La configuración de esta nueva organización familiar, denominada también familia ensamblada, reconstruida, reconstituida, recompuesta, familia de segundas nupcias o familiastras, ha generado una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema que ha sido de especial relevancia en el presente caso.

Así, mediante la presente sentencia el Tribunal Constitucional (TC) ha establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento.

De igual modo, teniendo en cuenta el tercer párrafo del artículo 6° de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad, el Tribunal ha estimado que, en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, toda diferenciación o comparación entre el hijo afín y los hijos deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia.

Respecto a la libertad de asociación y a la facultad de autorregulación alegada en el presente caso, el TC ha señalado que tales libertades tienen límites y han de ser ejercidas dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales. En tal sentido, si bien la asociación demanda argumentó que la medida diferenciadora consistente en otorgar un pase de "invitado especial" y no el respectivo carnet familiar a los hijastros de los socios que proceden de un nuevo compromiso, se sustentó en la normativa interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de autoorganizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección. Por tanto, el Tribunal declaró fundada la

demanda y ordenó a la asociación emplazada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

Temas claves: Deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida - derecho a la igualdad - familias ensambladas, familias reconstituidas o reconstruidas - identidad familiar - libertad de asociación - modelo constitucional de familia.

EXP. N.° 09332-2006-PA/TC
LIMA
REYNALDO ARMANDO
SHOLS PÉREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos yEto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Reynaldo Armando Shols Pérez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 3 de agosto de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de setiembre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.

Manifiesta que durante los últimos años la emplazada otorgó, sin ningún inconveniente, el carné familiar a los hijastros considerándolos como hijos, sin embargo mediante un proceso de recarnetización, que comprende a los socios y a sus familiares, se efectuó la entrega de los mismos solamente al titular, esposa e hija; denegándose la entrega de este a su hijastra, no siendo considerada como hija del socio.

La emplazada contesta la demanda argumentando que en estricto cumplimiento del Acuerdo N.° 05-02 de la sesión del Comité Directivo del Centro Naval del Perú, de fecha 13 de junio de 2002, se aprobó otorgar el pase de invitado especial válido por un año, renovable hasta los 25 años, a los hijastros de los socios, y que en consecuencia, no se puede otorgar a la hijastra del demandante un carné de hija del socio, por no tener esta calidad, de acuerdo a lo expuesto en el Código Civil y las Normas Estatutarias.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 20 de marzo de 2006, declara infundada la demanda, estimando que el estatuto del Centro Naval del Perú en su artículo 23 no regula la situación de los hijastros, en consecuencia, no existe discriminación alguna porque el actor no tiene derecho a que su hijastra tenga carné familiar como hija del socio.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, considerando que es la referida hijastra quien se encuentra afectada con la negativa del demandado de otorgar el carné familiar, por lo que para su representación legal se deberán considerar las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela; que siendo ello así, se aprecia que el recurrente no es padre ni representante legal de la menor, y que alegar que está a cargo de su hijastra, no implica la acreditación de su legitimidad para obrar.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se le otorgue carné familiar a la hijastra del actor, cesando con ello la discriminación a la cual ha sido sujeto en su calidad de socio. En efecto, en la demanda se ha argumentado que el hecho de que la Administración se niegue a entregar un carné familiar a su hijastra contraviene el derecho a la igualdad del actor puesto que, según el recurrente, existen otros miembros de la Asociación a cuyos hijastros sí se les ha hecho entrega del carné familiar, reconociéndoles en el fondo los mismos derechos que a un hijo.

2. Los hechos del caso, no obstante, plantean cuestiones de suma relevancia como son los límites de la auto organización de las asociaciones recreativas frente a la problemática de lo que en doctrina se ha denominado familias ensambladas, familias reconstituidas o reconstruidas. Es por ello que a fin de dilucidar la presente acción, se tendrá que superar el vacío que se observa en la legislación nacional sobre la materia.

§ Legitimidad del demandante

3. Antes de entrar a analizar tales temas, deben subsanarse los vicios procesales en los que ha incurrido el ad quem respecto de la legitimidad del demandante. Es claro que el recurrente, al ser socio titular de la Asociación, goza de ciertos derechos y obligaciones. Entre los derechos se encuentra el de solicitar carnés para su cónyuge e hijos. En tal sentido, comprende el actor que al denegársele el carné solicitado para su hijastra, cuando a otros socios sí se les ha hecho entrega de carné para sus hijastros, se materializa un trato diferenciado que no es sostenible bajo ningún criterio razonable. Es aquí donde claramente se aprecia el hecho generador de la supuesta lesión del actor, verificándose con ello la legitimidad para obrar del demandante.

§ Modelo constitucional de Familia

4. El artículo 4.° de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16.° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

5. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23.° que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad", debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17.° que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", e indica que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan con las condiciones requeridas para ello, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

6. La acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco".[1]

7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho[2], las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

§ Las Familias Reconstituidas

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras.[3] Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa".[4]

9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.

10. Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237.° del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242.° del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explicita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.

11. No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.

12. Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.

13. Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6.° de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad. Surge frente a ello la interrogante de si, bajo las características previamente anotadas, es factible diferenciar entre hijastro e hijos.

14. Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás

miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución , según cúl cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

§ Libertad de asociación y límites a su autonomía de autorregulación

15. Frente a ello se encuentra la libertad de asociación, recogida en el artículo 2.° inciso 13, de la Constitución, que reconoce el derecho a toda persona a "asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser resueltas por resolución administrativa."

16. Como ya lo ha anotado este Tribunal, tal libertad se erige como una manifestación de la libertad dentro de la vida coexistencial, protegiendo el que grupos de personas que comparten similares intereses para la realización de una meta común, puedan asociarse a fin de concretar estas. Tal derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y el de principio de fin altruista, a partir de los cuales se configura su contenido esencial, el que se encuentra constituido por: "a) el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización" (Expediente 4242-2004-PA/TC, fundamento 5).

17. Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de autoorganizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales.

§ Análisis del caso en concreto

18. En los casos en donde se alega un trato desigual, este Tribunal ha establecido que es el demandante el encargado de acreditar tal desigualdad. El recurrente, sin embargo, no ha presentado medio probatorio por predio del que demuestre el referido trato desigual. Es decir, no ha acreditado fehacientemente que existan hijastras de otros socios a las que se les reconozca y trate de manera similar a una hija.

19. No obstante ello, deben tomarse en cuenta otros aspectos, como los referidos en la presente sentencia, cuales son la protección de la familia y el derecho a fundarla. Esto último no puede agotarse en el mero hecho de poder contraer matrimonio, sino en el de tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Tal facultad ha sido reconocida por tratados internacionales de derechos humanos, referidos en los fundamentos precedentes (supra 4 y 5), los que han pasado a formar parte del derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución.

20. En tal sentido, es el derecho a fundar una familia y a su protección el que se encuentra bajo discusión, por lo que de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga al juez a aplicar el derecho que corresponda aun cuando no haya sido invocado por las partes, se emitirá pronunciamiento tomando en cuenta ello.

21. De autos se aprecia el Acta de Matrimonio de fecha 3 de setiembre de 1999, por medio del cual se acredita la unión matrimonial entre el recurrente, don Reynaldo Armando Shols Pérez, y doña María Yolanda Moscoso García. Tal es el segundo matrimonio de cada uno de los cónyuges, por lo que se ha originado una nueva organización familiar, conformada por estos, por un hijo nacido al interior del nuevo matrimonio y la hija de la cónyugem fruto del anterior compromiso matrimonial.

22. Por su parte la propia demandada afirma que la diferenciación se efectuó tomando en cuenta la calidad de hijastra de Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso. Es más, este tipo de distinción es luego regulada por lo decidido en el Comité Directivo del Centro Naval del Perú, mediante Acta N.° 05-02, de fecha 13 de junio de 2002, por la que se aprueba otorgar pase de "invitado especial" válido por un año hasta los 25 años de edad a los "hijos (hijastros) de los socios que proceden de un nuevo compromiso" (fojas 191). Por su parte, el Estatuto del 2007 de la Asociación establece en su artículo 47 que los asociados podrán solicitar la expedición del Carné de Familiar de Asociado a favor de su "cónyuge, hijas e hijos solteros hasta veinticinco (25) años de edad, hijas e hijos discapacitados".[5]

23. A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen–, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria. Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa

interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de autoorganizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la afectación producida por la Asociación. Por consiguiente, ordena a la demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

---

[1] BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, Manual de derecho de familia. 4.ª, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.

[2] Así lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.° 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; "Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente".

[3] DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. Derecho constitucional de familia. 1ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183.

[4] RAMOS CABANELLAS, Beatriz. "Regulación legal de la denominada familia ensamblada" Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, 2006, p. 192.

[5] Consultado en la página web de la Asociación. <www.centronaval.org.pe/estatus.html>

Exp. Nº 0201-2007-Q/TC *[Queja interpuesta por la Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno. Sobre la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial].*

Fecha de Resolución: 14 de octubre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 4 de diciembre del 2008

Resumen: En el presente caso, el Tribunal Constitucional (TC) estableció la procedencia, de manera excepcional, del Recurso de Agravio Constitucional (RAC) cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial.

Así, pues, señaló que la procedencia excepcional del RAC en este supuesto tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el TC. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el recurso de agravio constitucional, teniendo habilitada su competencia el Tribunal, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19° del Código Procesal Constitucional.

De esta manera se busca garantiza la correcta ejecución de las sentencias estimatorias recaídas dentro de los procesos constitucionales, pues de no ser competente el Tribunal Constitucional para conocer dicho supuesto podría suscitarse una insólita situación: La protección de un derecho fundamental mediante un pronunciamiento estimatorio formal, expedido en segunda instancia, y, en la praxis, en la fase de ejecución, la no concreción de la restitución de los derechos invocados en la demanda.

Temas claves: Procedencia excepcional del RAC - recurso de queja.

EXP. N.° 0201-2007-Q/TC
LIMA
ASOCIACIÓN PRO VIVIENDA
VECINOS DE LA URBANIZACIÓN
NEPTUNO

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 14 de octubre de 2008

VISTO

El recurso de queja presentado por la Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno; y,

ATENDIENDO A

1. Que conforme lo dispone el inciso 2) del artículo 202.° de la Constitución Política, el artículo 18.° del Código Procesal Constitucional (CPConst.) y la STC 4853-2004-PA/TC, corresponde al Tribunal Constitucional conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias [infundadas o improcedentes] de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; así como resoluciones estimatorias de segundo grado que son dictadas sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Tribunal.

2. Que según lo previsto en el artículo 19.° del CPConst., y lo establecido en los artículos 54° a 56° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, este Colegiado también conoce del recurso de queja interpuesto contra resoluciones denegatorias del recurso de agravio constitucional, siendo su objeto examinar

que la denegatoria de éste último sea acorde al marco constitucional y legal vigente.

3. Que asimismo, al conocer el recurso de queja, este Colegiado sólo está facultado para revisar las posibles irregularidades que pudieran cometerse al expedir el auto sobre la procedencia del recurso de agravio constitucional, no siendo, prima facie, de su competencia, dentro del mismo recurso, examinar las resoluciones emitidas en etapas previas ni posteriores a las antes señalada. Sin embargo, este Colegiado ha establecido en la RTC 0168-2007-Q/TC, de fecha 3 de octubre de 2007, nuevas reglas de interpretativas de carácter excepcional para la procedencia del RAC a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional.

4. Que en el referido pronunciamiento ha sostenido el Tribunal que no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, hecho que termina virtualmente modificando la decisión (FJ.7). Asimismo, ha precisado que el problema de la ejecución de las sentencias no sólo es un debate doctrinal, sino, sobretodo, un problema práctico, ya que se trata de evaluar la capacidad de este Tribunal para materializar en los hechos lo decidido en el fallo.(FJ. 5)

5. Que, dentro de la citada línea jurisprudencial, cabe preguntarse si el mismo razonamiento debe ser empleado ante los supuestos de ejecución defectuosa de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial, dictadas dentro de la tramitación de un proceso constitucional.

6. Que, en efecto, dado que ante tal supuesto no cabría la posibilidad de interponer el RAC-por no encontrarse entre los supuestos de procedencia establecidos mediante la RTC 0168-2007-Q/TC-, la ejecución defectuosa de los fallos de segunda instancia no podrían ser, eventualmente, examinadas por el Tribunal, produciéndose una nueva alteración del orden constitucional, la cual fuera reestablecida con el dictado de la sentencia de segundo grado.

7. Que la situación descrita en el considerando precedente resultaría igualmente gravosa para el demandante, en su búsqueda de restitución de sus derechos vulnerados, como aquellos supuestos en los que se produce el desconocimiento de las sentencias del Tribunal, con la agravante que sería el propio órgano jurisdiccional que ha repuesto el orden constitucional -Poder Judicial -, mediante la decisión estimatoria quien desvirtúa la ejecución de sus propios pronunciamientos.

8. Que de no ser competente el Tribunal Constitucional para conocer dicho supuesto podría suscitarse una insólita situación: La protección de un derecho fundamental mediante un pronunciamiento estimatorio formal, expedido en segunda instancia, y, en la praxis, en la fase de ejecución, la no concreción de la restitución de los derechos invocados en la demanda.

9. Que es por ello que se hace necesaria una interpretación acorde con la protección de los derechos fundamentales, de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente, que garantice la correcta ejecución de las sentencias estimatorias recaídas dentro de los procesos constitucionales, expedidas por el Poder Judicial.

10. Que de lo expuesto y sobre la base de lo desarrollado en la RTC 0168-2007-Q/TC, este Colegiado considera que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emtidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial.

La procedencia excepcional del RAC en este supuesto tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el recurso de agravio constitucional, teniendo habilitada su competencia este Colegiado, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19° del CPConst.

11. Que en el presente caso, la Asociación recurrente sostiene que la resolución N.° 2, de fecha 6 de julio de 2007, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima -relativa al pedido a la de nulidad de las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN), N°' 202-2002/SBN-GO-JAR y 004-2003/SBN-GOI, la Partida Registral N.° 49006651 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima-, conlleva un desconocimiento de la sentencia que declaró fundada la demanda, ya que de no declararse la nulidad de las aludidas resoluciones de la SBN, así como las partidas registrales, no podrá restituirse los derechos invocados en su demanda, incumpliéndose con ello la finalidad de los procesos constitucionales.

Por todo ello, verificado que el recurso de agravio constitucional reúne los requisitos previstos en el artículo 18° del CPConst. y los establecidos mediante la presente resolución; el presente recurso de queja merece ser estimado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las facultades conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica;

RESUELVE

Declarar **FUNDADO** el recurso de queja; en consecuencia, dispone notificar a las partes y oficiar a la Sala de origen para que proceda conforme a la presente resolución.

SS.
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. N° 2432-2007-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Rolando Apaza Chuquitarqui. Sobre el derecho a no ser privado del DNI y el reconocimiento del derecho a la personalidad].*

Fecha de Resolución: 16 de noviembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de enero de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) estableció que la negativa injustificada de expedir el Documento Nacional de Identidad atenta, entre otros, contra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Señaló que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica importa atribuir a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones. Este reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano, constituye el fundamento para que el individuo pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando, a su vez, la obligación –tanto del Estado como de los particulares– de respetar esta subjetividad jurídica.

Así, refirió, que el derecho se encuentra reconocido en el artículo 16° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con lo estipulado en el artículo 55° de la Norma Fundamental. Estableció, también, el Tribunal, que aún en el supuesto negado de que el derecho a la personalidad jurídica no tuviera reconocimiento internacional, su existencia bien podría desprenderse de una interpretación del artículo 3° de la Constitución como un derecho fundamental no enumerado o no escrito, por cuanto dimana directamente de la dignidad humana.

El TC estableció que la expedición del Documento Nacional de Identidad repercute directamente en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que dicho documento permite el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes al individuo.

En el caso había quedado demostrado que el terminalista del RENIEC se había negado a recibir la solicitud de expedición de DNI del recurrente, por cuanto la partida de nacimiento había sido expedida de manera irregular. En efecto, el recurrente había sido inscrito (para la expedición del acta de nacimiento) por su hermano a pesar de haber sido mayor de edad en ese entonces, cuando artículo 27° del Reglamento de Inscripciones del RENIEC, (Decreto Supremo N° 015-98-PCM) establece que los mayores de 18 años no inscritos que tengan plena capacidad de ejercicio podrán solicitar directamente la inscripción de su nacimiento. Sin embargo, el Tribunal Constitucional advirtió que la cuestionada acta de nacimiento constituye un acto administrativo firme (toda vez que no fue controvertido en su oportunidad), y que por ello no puede ser dejado sin efecto ni desconocido por el RENIEC, ni lo faculta a denegar la inscripción y expedición del Documento Nacional de Identidad.

Temas claves: Derecho a la identidad - derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica - DNI - libertad de tránsito.

EXP. N.° 02432-2007-PHC/TC
PUNO
ROLANDO APAZA
CHUQUITARQUI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Modesto Amanqui Ramos contra la resolución de la Sala Penal Vacacional de la Corte Superior de Justicia de Puno, de fojas 103, su fecha 16 de febrero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de enero de 2007, don Modesto Amanqui Ramos, abogado de don Rolando Apaza Chuquitarqui, interpone demanda de hábeas corpus a favor de su defendido y la dirige contra el Jefe del RENIEC. Sostiene que el beneficiario tramitó la inscripción de su nacimiento de acuerdo a la Ley N.° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) y que luego de obtener la partida de nacimiento respectiva y cancelar el tributo correspondiente para la expedición del DNI, se dirigió al RENIEC con el propósito de solicitar la inscripción y el otorgamiento de su documento de identidad; y que, sin embargo, el RENIEC de manera arbitraria le ha denegado la solicitud causándole un grave perjuicio moral y económico. Alega al respecto que, al no ser reconocido como ciudadano se ve impedido de ejercer sus derechos conforme a ley.

Durante la investigación sumaria se tomó la manifestación del recurrente (f. 27), el cual ratificó todos los extremos de la demanda, agregando que, a pesar de haber presentado la documentación requerida para la expedición del DNI, su solicitud fue rechazada por un funcionario del RENIEC de manera verbal. Asimismo, el Jefe del RENIEC de la Provincia de San Román – Juliaca rindió su declaración aduciendo que el beneficiario nunca presentó formalmente una solicitud de inscripción ante el RENIEC durante el año 2006.

El Primer Juzgado Especializado en lo Penal de la Provincia de San Román, con fecha 16 de enero de 2007, declara improcedente la demanda por considerar que el beneficiario no cumplió con los requisitos exigidos por ley para solicitar su inscripción ante el RENIEC.

La recurrida confirma la apelada basando su decisión en la declaración vertida por el jefe del RENIEC, quien señaló que el demandante no presentó solicitud alguna de inscripción y que al no contar con elementos que prueben la certeza del rechazo, se torna imposible emitir un juicio de valor.

FUNDAMENTOS

Delimitación del Petitorio

1. El demandante cuestiona la denegatoria de la inscripción y expedición de su Documento Nacional de Identidad. Refiere que a pesar de haber cumplido con presentar los documentos requeridos y haber cancelado la tasa correspondiente, le fue denegada de manera arbitraria la tramitación de su DNI, lo que, según alega, vulnera sus derechos a la libertad individual, a la identidad, a la vida y a la integridad física y psíquica.

2. De manera previa a evaluar la pretensión postulada este Tribunal advierte que la prohibición de ser privado del Documento Nacional de Identidad ha sido previsto en el artículo 25 del Código procesal Constitucional como un derecho que puede ser pasible de tutela a través del proceso de hábeas corpus, aun cuando no ha sido reconocido expresamente en la Constitución. En este sentido, siendo la labor de los procesos constitucionales, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, resulta imperativo en el presente caso dilucidar la relevancia constitucional del derecho a no ser privado del Documento Nacional de Identidad y por qué es que el Código Procesal Constitucional le prodiga una protección especial.

El derecho a no ser privado del DNI como derecho materia de protección por el proceso de Hábeas Corpus

3. Con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el derecho a no ser privado del Documento Nacional de Identidad pasó a formar parte de la gama de derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus (artículo 25, inciso 10):
Artículo 25.- Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:
(...)
10. El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.

4. La derogada Ley N° 23506 sólo habilitaba la protección vía habeas corpus del derecho a no ser privado del pasaporte dentro o fuera del territorio de la República (artículo 12 inciso 12). Pero, a diferencia del DNI, el derecho a no ser privado del pasaporte sí cuenta con reconocimiento constitucional expreso (artículo 2 inciso 21 de la Constitución). Sin embargo, tanto el DNI como el pasaporte son instrumentos que bajo ciertas circunstancias permiten que la persona ejerza su derecho al libre tránsito y a fijar residencia en cualquier lugar de la República o fuera de ella. Por ejemplo, sólo se requiere la presentación del Documento Nacional de Identidad para que los nacionales de los países andinos puedan circular sin restricción alguna por los territorios de dichos estados.

5. Por consiguiente, se advierte que la privación del DNI involucra, a su vez, una restricción al derecho a la libertad de tránsito. Ello, sin duda alguna, constituye el fundamento indispensable para que el derecho en mención pueda ser abarcado por el proceso constitucional de hábeas corpus.

El documento nacional de identidad (DNI)

6. El artículo 26 de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) establece lo siguiente:
El Documento Nacional de Identidad (DNI) es un documento público, personal e intransferible. Constituye la única cédula de Identidad Personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales, y en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado. Constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo tenor ha sido otorgado.

7. De la norma glosada fluye que el Documento Nacional de Identidad, dentro de nuestro sistema jurídico, cumple la misión de identificar de manera individual a los ciudadanos nacionales, además de posibilitar la realización de diversos actos jurídicos que inciden en su esfera privada.

8. En la sentencia recaída en el Exp. N° 2273-2005-PHC/TC (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, fundamentos 25 y 26) este colegiado determinó que el DNI posibilita la identificación personal, constituye un requisito para el ejercicio de derechos civiles y políticos, así como para el desarrrollo de actividades comerciales y de carácter personal. Mas aun, el Tribunal Constitucional dejó abierta la posibilidad de que la negativa a expedirlo sea causa suficiente de vulneración de otros derechos fundamentales:
(...) 25. En efecto, en nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función: de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, de modo que su carencia comporta una limitación de otros derechos ciudadanos, uno de los cuales está referido a la libertad individual.

26. Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende la eficacia del derecho a la identidad y de la multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala (...)

9. En el caso de autos, este Tribunal advierte que la denegatoria injustificada en la expedición del Documento Nacional de Identidad incide de manera negativa en el derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como derecho vinculado al uso del Documento Nacional de Identidad

10. De conformidad con lo estipulado en el artículo 55 de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional. En este sentido, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz, y en consecuencia, de aplicación inmediata. En tal sentido, el Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, si bien no se encuentra previsto de manera expresa en el texto de nuestra Constitución, encuentra acogida en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", así como en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

11. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2000 (Caso Bámaca vs. Guatemala, fundamento 179) señaló lo siguiente:
(...) El citado precepto debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que textualmente establece: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales". El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes(...)

12. La expedición del Documento Nacional de Identidad repercute directamente en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que dicho documento, tal como se señaló en los párrafos precedentes, permite el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes al individuo. En ese sentido se ha expresado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia recaída en el Exp. N° T-1078-01:
Por lo anterior, se considera que la conducta omisiva de la demandada constituye una clara amenaza a los derechos fundamentales de los actores, en este caso, respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al demorar en forma injustificada e irrazonable la expedición del documento de identidad, por ser éste el instrumento idóneo para identificarse y acceder al ejercicio de sus derechos civiles, así como para comparecer ante las autoridades en cumplimiento de un deber legal.

13. De ello se infiere que el derecho en mención importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones.

Este reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano constituye el fundamento para que el individuo pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando a su vez, la obligación -tanto del Estado como de los particulares- de respetar esta subjetividad jurídica.

14. Aun en el supuesto negado de que el derecho a la personalidad jurídica no tuviera reconocimiento internacional, su existencia bien podría desprenderse de una interpretación del artículo 3 de la Constitución como un derecho fundamental no enumerado o no escrito, por cuanto dimana directamente de la dignidad humana. Al respecto, este Colegiado, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0895-2001-AA/TC ha señalado que:
(...) Es bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una claúsula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución (...)

15. A su vez, este criterio ha sido confirmado por dicho órgano en la sentencia recaída en el Expediente N.° T-1050-02, al afirmar que la demora en la expedición de la cédula de ciudadanía del demandante por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, atenta contra el derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Análisis del caso concreto

16. Del escrito a fojas 45 presentado por el Procurador Público del RENIEC, se afirma lo siguiente:
"El terminalista del RENIEC al percatarse que del Acta de nacimiento de inscripción extraordinaria de ciudadano mayor efectuado por el hermano como declarante, hizo de conocimiento del favorecido la irregularidad en dicho trámite. En efecto, esta inscripción registral se efcetuó en forma extemporánea, figurando como declarante del hecho vital RENE APAZA CHIQUITARQUI (Hermano) persona no autorizada por ley
(...)
[E]l terminalista en su afán de servir de manera correctamente previsoria, ilustra al ciudadano que de ingresar su solicitud va a ser observada y ulteriormente evitar que se vea perjudicado (sic), a lo que el favorecido expresó su conformidad y se retiró...".

17. Conforme a ello, queda corroborado el dicho del demandante, en el sentido de que, en efecto, el beneficiario se acercó a las instalaciones de la institución emplazada habiéndosele negado verbalmente la inscripción y la expedición del Documento Nacional de Identidad, al desconocerse el valor registral del acta de nacimiento del recurrente por haber sido tramitada por su hermano y no por él.

18. No obstante, el artículo 49° de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del RENIEC), señala que:
"Los mayores de dieciocho años no inscritos podrán solicitar la inscripción de su nacimiento en el registro...".
Ello es congruente con el artículo 27 del Reglamento de Inscripciones del RENIEC, (Decreto Supremo N° 015-98-PCM establece que:
"Los mayores de 18 años no inscritos que tengan plena capacidad de ejercicio podrán solicitar directamente la inscripción de su nacimiento, observando lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 26° del presente Reglamento.

19. De ello se infiere que, en efecto, la inscripción de nacimiento de los individuos mayores de 18 años deberá ser realizada directamente por los propios interesados, y en tal sentido el acta de nacimiento del beneficiario (que constituye requisito indispensable para la expedición del DNI) habría sido emitida en contravención con lo dispuesto por el artículo 49° de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica de la RENIEC), y el artículo 27° del Decreto Supremo N° 015-98-PCM (Reglamento de Inscripciones de la RENIEC) ya que fue inscrito por su hermano a pesar de que el beneficiario ya era mayor de edad.

20. Sin embargo, también se advierte que la cuestionada acta de nacimiento constituye un acto administrativo firme (toda vez que no fue controvertida en su oportunidad), el mismo que no puede ser dejado sin efecto ni desconocido por el registrador. Por ende, dicha irregularidad no lo faculta a denegar la inscripción y expedición del Documento Nacional de Identidad, porque los actos administrativos no pueden ser enervados de modo verbal, sino por autoridad competente; máxime si la negativa del funcionario público supone un desconocimiento de un derecho fundamental reconocido en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, no se trata per se del cumplimiento de la ley si es que este acatamiento en el caso concreto va a significar una conducta que no se condice con la Constitución, sino que por el contrario, pese a la constitucionalidad en abstracto de la ley, la negativa verbal de expedición del DNI deviene en un hecho absolutamente arbitrario que desconoce un derecho constitucional. Por lo tanto, este Colegiado considera que la demanda debe ser declarada fundada.
Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus
2. Ordenar al RENIEC que cumpla con expedir el Documento Nacional de Identidad del recurrente

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESIA RAMIREZ
VERGARA GOTELLI
ALVAREZ MIRANDA

Exp. N° 3574-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por el Club Deportivo Wanka. Sobre la justicia constitucional y arbitraje en el futbol].*

Fecha de Resolución: 1 de octubre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 8 de agosto del 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) estimó la demanda del Club Deportivo Wanka contra la Federación Peruana de Fútbol (FPF) y su presidente Manuel Burga Seoane, quedando, en consecuencia, inaplicable la Resolución N° 005-FPF- 2005, que dispuso la desafiliación de esta institución deportiva de las competencias nacionales e internacionales.

La relevancia de tal fallo radica en que por primera vez el Tribunal ha establecido que las federaciones deportivas, en particular la FPF, no son inmunes al control constitucional cuando no respeten los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, dado que estos no admiten "zonas de indefensión".

En ese sentido la FPF –como cualquier otra persona jurídica de derecho privado– debe ejercer sus funciones, sujetándose a los lineamientos establecidos en la Norma Fundamental. Sus actos tendrán validez constitucional en tanto no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

En la referida causa el Tribunal Constitucional consideró que se han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de asociación, al haber la FPF desafiliado al club recurrente sin haber acreditado el cumplimiento de las exigencias establecidas por nuestro ordenamiento constitucional y de la jurisprudencia establecida en sede constitucional para los casos de aplicación del derecho disciplinario sancionador al interior de las asociaciones.

Temas claves: Amparo entre particulares - control constitucional de resoluciones de las federaciones deportivas - debido procedimiento disciplinario en asociaciones - debido proceso *inter privatos* - derecho a la educación - derecho de acceso a la justicia - derecho de asociación - derecho de defensa - justicia constitucional y arbitraje en el fútbol.

EXP. N.° 03574-2007-PA/TC
LIMA
CLUB DEPORTIVO WANKA
REPRESENTADO POR
MARIO RAFAEL
MIRANDA EYZAGUIRRE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 1 días del mes de octubre de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los Magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Club Deportivo Wanka contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 229, su fecha 25 de enero de 2007, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de enero de 2006, el recurrente, invocando la violación de su derecho de asociación, interpone demanda de amparo contra la Federación Peruana de Fútbol (en adelante FPF), a fin de que se deje sin efecto la Resolución N.° 005-FPF-2005, del 31 de agosto de 2005 –transcrita mediante Oficio N.° 2212-FPF-2005, del 14 de septiembre de 2005– que resuelve desafiliarlo de las competencias nacionales e internacionales y, asimismo, prohíbe a los dirigentes que integraron la Junta Directiva durante los años 2004 y 2005 ejercer cualquier actividad en el fútbol.

Manifiesta que la FPF cambió las reglas de juego para el torneo correspondiente al año 2004 cuando sólo faltaban 25 días para su inicio, esto es, cuando se sabía claramente cuáles serían los clubes perjudicados debido a las nuevas reglas y a su ubicación al final del torneo del año 2003. Alega que, como resultado de ello, el

Club Deportivo Wanka perdió finalmente la categoría, causándosele graves daños y perjuicios económicos. Expresa que en pleno ejercicio de sus derechos, con fecha 24 de mayo de 2005 interpuso una denuncia penal contra los miembros del Directorio de la FPF por los delitos de estafa y asociación ilícita para delinquir. Sin embargo, debido a la interposición de dicha denuncia, la FPF emitió la cuestionada Resolución N.° 005-FPF-2005, la cual se sustenta en que, al denunciar penalmente a los miembros del Directorio, violó el artículo 5° del Estatuto de la FPF, que dispone que sus afiliados y sus miembros no podrán promover litigio alguno ante la jurisdicción ordinaria, debiendo someter cualquier divergencia o eventual controversia a los Tribunales Arbitrales de la FPF o de la Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol (en adelante FIFA). Por tanto, se incurrió en la causal de "incumplimiento grave a cualquiera de las disposiciones contenidas en el ordenamiento normativo de la FPF", prevista en el inciso b) del artículo 14° del Estatuto.

La FPF propone la excepción de convenio arbitral en aplicación del artículo 5° del Estatuto, y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Manifiesta, por un lado, que es el órgano rector del fútbol peruano y está constituida como una asociación civil de derecho privado afiliada a la FIFA; y por otro, que el Club Deportivo Wanka se afilió a la FPF y, por tanto, debía someterse a su Estatuto, así como a los reglamentos, disposiciones y acuerdos emanados de sus órganos. Alega que el inciso b) del artículo 14° del Estatuto faculta al Directorio a desafiliar a sus miembros cuando se incurre en la causal de incumplimiento grave a cualquiera de las disposiciones contenidas en el ordenamiento normativo de la FPF. En consecuencia, acordó desafiliar al Club Deportivo Wanka por cuestionar la Resolución N.° 012-FPF-2002 ante el órgano jurisdiccional en el fuero penal, en clara y flagrante infracción al artículo 5° del Estatuto (prohibición de promover litigio ante la jurisdicción ordinaria, sino ante los Tribunales Arbitrales de la FPF o de la FIFA), lo que constituye un acto sujeto a sanción conforme al inciso b) del artículo 14° del referido ordenamiento. Sostiene, en resumidas cuentas, que el recurrente debió sujetarse al Estatuto y no realizar actos que lo han vulnerado gravemente (sic). Por lo demás, señala que la demanda de amparo incoada resulta improcedente en virtud del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional (en adelante CPConst.).

El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 4 de mayo de 2006, desestimó la excepción propuesta y declaró fundada la demanda, por considerar que no se puede sancionar al club recurrente por el solo hecho de haber acudido a la vía penal, so pretexto de que dicha controversia debía haber sido sometida al arbitraje, pues el inciso 3) del artículo 1° de la propia Ley General de Arbitraje N.° 26572 prohíbe que dichas conductas puedan ser resueltas por un Tribunal Arbitral. Consecuentemente, se ha acreditado la violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva previsto por el artículo 139.1 de la Constitución.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que la controversia debe ser dilucidada en el proceso contencioso- administrativo, resultando de aplicación el artículo 5.2 del CPConst.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio de la demanda

1. De autos fluye que el Club Deportivo Wanka, invocando la vulneración de su derecho de asociación, interpone demanda de amparo contra la FPF, a fin de que se deje sin efecto la Resolución N.° 005-FPF-2005, del 31 de agosto de 2005, que resuelve desafiliarlo de las competencias nacionales e internacionales y, asimismo, prohíbe a los dirigentes que integraron la Junta Directiva durante los años 2004 y 2005 ejercer cualquier actividad en el fútbol.

§2. Alegatos del Club Deportivo Wanka[1]

2. El recurrente manifiesta que la FPF cambió las reglas de juego[2] para el torneo correspondiente al año 2004 cuando sólo faltaban 25 días para su inicio, esto es, cuando se sabía claramente cuáles serían los clubes perjudicados debido a las nuevas reglas y a su ubicación al final del Torneo del año 2003.

3. Alega que, como consecuencia de ello, perdió finalmente la categoría, causándosele graves daños y perjuicios económicos. Expresa que en pleno ejercicio de sus derechos, con fecha 24 de mayo de 2005 interpuso una denuncia penal contra los miembros del Directorio de la FPF por los delitos de estafa y asociación ilícita para delinquir.

4. Sin embargo, debido a la interposición de dicha denuncia, la FPF emitió la cuestionada Resolución N.° 005-FPF-2005, la cual se sustenta en que, al denunciar penalmente a los miembros de su Directorio, violó lo dispuesto en el artículo 5° del Estatuto, que dispone que sus afiliados y miembros no podrán promover litigio alguno ante la jurisdicción ordinaria, debiendo someter cualquier divergencia o eventual controversia a los Tribunales Arbitrales de la FPF o de la FIFA. Por tanto, según la FPF incurrió en la causal de incumplimiento grave a cualquiera de las disposiciones contenidas en su ordenamiento normativo, prevista en el inciso b) del artículo 14° del Estatuto.

§3. Alegatos de la Federación Peruana de Fútbol[3]

5. La Federación Peruana de Fútbol manifiesta, por un lado, que es el órgano rector del fútbol peruano y está constituida como una asociación civil de derecho privado afiliada a la FIFA; y por otro, que el Club Deportivo Wanka se afilió a ella y, por tanto, debía someterse a su Estatuto, así como a los reglamentos, disposiciones y acuerdos emanados de sus órganos.

6. Alega que el inciso b) del artículo 14° del Estatuto faculta al Directorio a desafiliar a sus miembros cuando se incurre en la causal de incumplimiento grave a cualquiera de las disposiciones contenidas en el ordenamiento normativo de la FPF. En consecuencia, acordó desafiliar

al Club Deportivo Wanka por cuestionar la Resolución N.° 012-FPF-2002 ante el órgano jurisdiccional en el fuero penal, en clara y flagrante infracción al artículo 5° del Estatuto antes referido, lo que constituye un acto pasible de sanción conforme al precitado inciso b) del artículo 14°.

7. Por lo demás, señala que la demanda de amparo incoada resulta improcedente en virtud del artículo 5.1° del CPConst., y propone la excepción de convenio arbitral, en aplicación del artículo 5° del Estatuto.

§4. Consideraciones previas y materias constitucionalmente relevantes

8. En principio, el Tribunal Constitucional estima oportuno recordar que entre sus funciones está la de racionalizar el ejercicio del poder público y privado, velar por la supremacía de la Constitución Políticadel Perú sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico, sean estas las emanadas del Estado o de entidades privadas, velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas, y ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución.

9. En tal sentido y, con vista a los antecedentes del caso, corresponde dilucidar la controversia de autos. Para tal efecto, este Tribunal considera pertinente pronunciarse respecto de los siguientes temas:
la Posición del Tribunal Constitucional respecto de la sentencia de segunda instancia.

- Relación entre el Estado social y democrático de Derecho, la educación y el deporte
- Justicia constitucional y arbitraje en el fútbol
- Control constitucional de las sanciones impuestas por la Federación Peruana de Fútbol
- derecho a la libertad de asociación y poder disciplinario de las asociaciones
- debido proceso inter privatos o en sede corporativa particular
- Análisis del caso concreto

§5. Posición del Tribunal Constitucional respecto de la sentencia de segunda instancia

10. Como antes ha quedado expuesto, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que la controversia debe ser dilucidada en el proceso contencioso administrativo, en aplicación del artículo 5.2 del CPConst.

11. El Tribunal Constitucional no comparte dicho pronunciamiento, toda vez que, si bien es cierto sustenta su decisión en el numeral 5.2 del CPConst. que lo habilita para declarar la improcedencia de la demanda, respecto a los procedimientos disciplinarios sancionadores llevados a cabo al interior de asociaciones, existe uniforme y reiterada jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional sobre el particular [Cf. SSTC N.os 1612-2003-AA, 1414-2003-AA, 0353-2002-AA, 1489-2004-AA, 3312-2004-AA, 1515-2003-AA, 1027-2004-AA, 4241-2004-AA, entre otras], lo que denota que el proceso de amparo sí constituye la vía idónea para dilucidar una controversia como la que aquí se ha planteado.

12. En efecto, aun cuando pueda existir otra vía procedimental –la cual, ciertamente, no es la contencioso-administrativa, toda vez que en el caso de autos se trata de un proceso de amparo entre dos particulares–, la jurisprudencia de este Tribunal acredita que es la vía del amparo la satisfactoria, no habiéndose tenido en cuenta que de autos fluye la supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de asociación, respecto de los cuales este Colegiado ha establecido que tienen eficacia directa en las relaciones inter privatos y, por tanto, ante la posibilidad de que estos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad. En consecuencia, es finalidad del proceso de amparo de autos determinar si, al decidirse la expulsión del actor (lo que es lo mismo, desafiliación en el caso concreto) se ha respetado el debido proceso, y por ende, verificar si se vulneró el invocado derecho de asociación, que es lo que precisamente alega el demandante ha ocurrido.

13. En consecuencia, conforme a las exigencias establecidas por nuestro ordenamiento constitucional y por la jurisprudencia de este Colegiado, el Tribunal Constitucional resulta plenamente competente para conocer del fondo de la controversia.

§6. Relación entre el Estado social y democrático de Derecho, la educación y el deporte

6.1. Función constitucional del deporte

14. La Constitución de 1993 señala en su artículo 1º que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Además, establece en el artículo 2º, inciso 8), que "el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión".
De manera más expresa, prevé en su artículo 14[4] que "la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad".
Estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituyen la dimensión principal del deporte como objetivo de la educación nacional; en consecuencia, aquél deberá realizarse en concordancia con las finalidades constitucionales que le corresponden a la educación en el marco del Estado social y democrático de Derecho, que parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva integral de la persona humana.

15. En este punto, cabe retomar lo señalado por este Tribunal en las SSTC N.os 2537-2002-AA/TC y 0091-2005-AA, en el sentido que la educación es un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, y permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades. Mediante este

derecho se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social.
En consecuencia, es posible señalar que el contenido constitucional de la educación también es comprehensivo de los fines que persigue, contribuyendo así a promover el respeto de la actividad humana en cada una de sus manifestaciones, entre ellas las prácticas deportivas, en sentido amplio.

16. Así, nuestra Constitución realiza una importante referencia al deporte al incardinarla en el concepto educativo, asignándole una función integradora en la persona; lo que supone captar al ser humano no sólo como ser "racional", sino también aprehende la conditio humana desde el lado de la potenciación de la capacidad física, la expresión corporal y el entretenimiento. Esto lleva aparejado que el Estado tenga un especial deber de promoción del deporte. Si conforme al artículo 13° de la Constitución, la finalidad de la educación es lograr el desarrollo integral de la persona humana a través de instrumentos como el deporte, dicha actividad está orientada a desarrollar y mantener nuestro organismo en las mejores condiciones, a efectos de alcanzar no sólo mejoras físicas y biológicas, sino también intelectuales y espirituales.

17. Todo ello determina que la orientación educativa prevista en la Constitución tenga especial incidencia en el deporte no profesional o amateur; lo que no significa que el deporte profesional quede desvinculado del marco constitucional. De otro lado, debe ser superada la idea generalizada que el deporte por excelencia es el profesional, en el que los deportistas obtienen un beneficio económico -y que en nuestro país puede resumirse al fútbol-, en la medida que el capital privado tiene una participación directa y trascendental para su explotación y difusión.
En consecuencia, debe integrarse el deporte como actividad física de la persona en sus diferentes disciplinas y modalidades a través de sus componentes básicos: la educación física, la recreación y el deporte, en forma descentralizada, en los ámbitos local, regional y nacional, en sus manifestaciones no profesional y profesional.
Ello es así si atendemos a que se trata de un mismo conjunto de actividades tendente a obtener beneficios físicos en cuerpo y mente, lo que a su vez tiene una expresión para el país, desde el control de las enfermedades (artículo 7°) hasta lograr una mayor capacidad física e intelectual para el trabajo (artículo 22°). Incluso es posible destacar al deporte como un paliativo irremplazable frente a los diferentes problemas y males derivados de la sociedad moderna y sus características, algunas de cuyas principales secuelas son la delincuencia, la drogadicción, las crisis familiares y la salud física y mental. En suma, se trata de ir plasmando una nueva cultura deportiva que se exprese y refleje en el espíritu, actitud y comportamiento de la población.

6.2. Deberes del Estado social y democrático de Derecho con el deporte

18. Ahora bien, el hecho que la Constitución de 1993 otorgue protección al deporte -en sus dos manifestaciones principales, tal como ha sido señalado-, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover las prácticas deportivas, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1°), el derecho de asociación (artículo 2°, inciso 13), la forma democrática de Gobierno (artículo 43°) y la economía social de mercado (artículo 58°).

19. A criterio de este Tribunal, la promoción del deporte constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecido en el artículo 44° de la Constitución. De ahí que el deber que asume el Estado, en relación con el deporte, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el Estado debe respetar, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones deportivas de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de asociación (artículo 2°, inciso 13, de la Constitución). En segundo lugar, el Estado tiene la obligación depromover todos aquellos actos deportivos que atiendan al interés general, así como a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo de las referidas prácticas deportivas. En tercer lugar, el Estado asume también el deber de no promover aquellos actos o actividades que pudiendo estar vinculadas a manifestaciones deportivas pongan en cuestión, por un lado, derechos fundamentales como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139°, inciso 3, de la Constitución), el derecho de asociación (artículo 2°, inciso 13, de la Constitución), entre otros.

20. Sin embargo, para nuestra Constitución de 1993, la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y el deporte también supone elaborar y llevar a cabo una política nacional del deporte a través de la educación y planes deportivos en las escuelas, la infraestructura deportiva adecuada, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones deportivas.
Sólo de esta forma se afirmará la actividad deportiva como una preocupación social del Estado, que debe ser objeto de una política pública, tal como sucede con la educación, la salud o la vivienda, entre otras. Situación que merece especial atención si tomamos en consideración que los resultados objetivos que han caracterizado el deporte en nuestro país durante los últimos años evidencian una situación preocupante que, como comunidad, nos demanda una planificación y esfuerzo destinados a provocar, en el mediano y largo plazo, una transformación profunda en la concepción y principales lineamientos de la actividad física y deportiva nacional.

21. Nos vemos, por lo tanto, en la necesidad de elaborar y comprometernos con una política que tiene significativas implicancias y en las que su inserción y coordinación con los programas e iniciativas gubernamentales son imprescindibles, a la vez que sus propuestas y estrategias deberán contar con la participación y aporte del máximo de actores sociales e instituciones privadas. Lo que en el ordenamiento jurídico peruano conforma el Sistema Deportivo Nacional.

6.3. El Sistema Deportivo Nacional y la distribución de competencias sobre el deporte en el marco jurídico peruano

22. El Sistema Deportivo Nacional, según establece el artículo 6º de la Ley Nº 28036, De Promoción y Desarrollo del Deporte, modificada mediante Ley No. 28910, es el conjunto de organismos públicos y privados, estructurados e integrados funcionalmente, que articulan y desarrollan la actividad deportiva, recreativa y de educación física a nivel nacional, regional y local. Está conformado por:
El Instituto Peruano del Deporte (IPD)
Los Gobiernos Regionales a través de los Consejos Regionales del Deporte
Las Organizaciones Deportivas de los organismos públicos, privados y comunales
Los Gobiernos Locales
Las Universidades
Los Institutos Superiores
Las Fuerzas Armadas
La Policía Nacional del Perú
Los Centros Educativos
Los Centros Laborales

11. Las Comunidades Campesinas y Nativas

23. Asimismo, esta ley recoge el criterio expresado por este Colegiado supra, en cuanto su ámbito personal de aplicación es comprehensivo. Primero, del deporte no profesional: deporte para todos (artículo 34°), que es de carácter promocional, participativo, preventivo para la salud y recreativo, se desarrolla en cualquier ámbito del país, tal como en las municipalidades, los centros laborales, comunidades campesinas y comunidades nativas; y el deporte estudiantil (artículo 35°) que es de carácter formativo y competitivo, desarrolla las aptitudes y habilidades deportivas del educando, se practica en los centros educativos, universidades, institutos superiores y escuelas militares y policiales. Segundo, el deporte profesional o deporte de afiliados (artículo 36°), que tiene carácter competitivo y busca el alto rendimiento en las diferentes disciplinas deportivas. Está constituido por organizaciones deportivas como Asociaciones Deportivas Comunales Autogestionarias, Clubes, Ligas y Federaciones, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Nacional del Instituto Peruano de Deporte.

24. De esta forma se pone en evidencia el mandato del legislador de integrar una política del fenómeno deportivo que vincule aspectos públicos y privados. De allí que pueda remarcarse que se ha venido gestando la conformación de un Derecho deportivo con entidad propia de una rama del Derecho, cuya extensión generalizada en los últimos años ha dado lugar a considerar al deporte de interés público, y por ende, la administración pública es competente para regularlo, sin perjuicio de las competencias que previamente han asumido las federaciones deportivas. Pero esta declaración del deporte como de interés público no alcanza a todo lo que puede ocurrir en el mundo deportivo, pues las relaciones jurídicas que se originan al interior de las federaciones o los clubes siguen perteneciendo al ámbito del Derecho privado y se regulan por sus propias normas estatutarias.
En atención a ello, las consideraciones teleológicas y finalísticas del Sistema Deportivo Nacional se realizan en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad, en particular preservando y garantizando la personalidad del ser humano. De allí que la validez de la regulación normativa de su funcionamiento resulta ser objeto de particular interés para este Colegiado, pero siempre que no viole la Constitución.

25. Finalmente, cabe referir que es precisamente en el ámbito de las federaciones deportivas en el que mejor se aprecia esta confluencia entre lo público y lo privado. Siendo que esta dualidad que caracteriza a la regulación de las actividades que giran en torno al deporte tiene su manifestación más clara en la manera de resolver los conflictos entre los sujetos intervinientes[5], tal como será desarrollado en el siguiente apartado.

§7. Justicia constitucional y arbitraje en el fútbol

26. La aparición del fenómeno deporte-espectáculo ha generado toda una gama de aspectos de orden complejo que, a su vez, ha originado una variedad de relaciones que se desarrollan en los ámbitos civil, mercantil, laboral, tributario, entre otros, y que tiene que ver con aspectos como los relacionados con el patrocinio deportivo, los derechos de imagen, las transmisiones deportivas por radio y televisión, el cumplimiento de las normas laborales para los extranjeros –visas de trabajo–, entre otros.

27. En los últimos años, la solución de las controversias deportivas ha sufrido una rápida evolución que ha venido ligada a la consolidación del Derecho deportivo como nueva rama del Derecho. En un primer momento, la resolución de las controversias deportivas se intentaron mantener al margen de los tribunales ordinarios, pues la tendencia era a la autorregulación a través de sus estatutos. En dichos ordenamientos las federaciones deportivas establecían sus propios órganos de solución de conflictos, los cuales aplicaban sus propias normas para solucionarlos.

28. También era habitual que dichos estatutos prohibiesen a sus asociados acudir a instancias distintas, sean públicas o privadas, para solucionar los conflictos que eventualmente podían presentarse, siendo aceptada la fórmula del arbitraje como alternativa frente a la vía judicial para la solución de controversias.

29. La doctrina reconoce que entre las diversas fórmulas de solución de conflictos, el arbitraje es la más extendida

y aceptada porque ofrece diversas ventajas: es eficaz porque da una solución definitiva al conflicto; el árbitro puede ir más allá de una simple decisión válida para el momento; se puede resolver con mayor celeridad que en la vía ordinaria; brinda mayor facilidad para que las partes cumplan con lo acordado al haber nacido de una voluntad común; es discreto pues, a diferencia de las vías judiciales ordinarias, sólo las partes tienen derecho a estar en el proceso; la especialización de los árbitros; costos más baratos en términos absolutos, pues si bien el arbitraje se debe pagar, la demora en obtener una decisión judicial puede resultar más onerosa que una solución rápida pagando, etc.

30. En atención a ello, a nivel interno se regula a través de códigos o leyes de arbitraje, lo que constituye el ordenamiento legal que regula tanto los aspectos sustantivos como los procedimentales, y distingue dos tipos de procedimientos: el procedimiento arbitral ordinario, para los casos en que dos partes, con ocasión de una disputa deportiva, derivada de relaciones contractuales o de actos ilícitos decidan someterse a la jurisdicción del Tribunal; y el procedimiento arbitral de apelación, aplicable para disputas que resulten de decisiones tomadas por los órganos de las federaciones o asociaciones siempre que sus Estatutos regulen esta posibilidad.

31. A nivel internacional, en el año 1983 se creó el Tribunal de Arbitraje del Deporte, con sede en Lausana (Suiza), como una fórmula de solución extrajudicial de conflictos, y con el objetivo de resolver los que de mutuo acuerdo le presenten las personas jurídicas, siempre que el litigio tenga carácter privado y sea como consecuencia de cualquier actividad relacionada con el deporte. Su competencia también puede darse por normativa, como es el caso del artículo 60° de los Estatutos de la FIFA, que reconoce el derecho a interponer recurso de apelación ante dicho Tribunal para resolver disputas entre la FIFA, los miembros, las confederaciones, las ligas, los clubes, los jugadores, los oficiales, los agentes de partidos y los agentes de jugadores con licencia. Para el logro de sus fines no sólo emite laudos arbitrales, sino que puede actuar como mediador para encontrar una solución pacífica y propiciar una conciliación previa. Asimismo, puede emitir opiniones consultivas sobre aspectos jurídicos ligados al deporte, que como tales, no tienen carácter vinculante.

32. Sin embargo, este proceso corre paralelo a otro. Actualmente, en algunos países se ha reconocido la competencia de los tribunales ordinarios para la solución de conflictos surgidos con ocasión de la práctica del deporte[6]. Todo lo cual determina la necesidad de delimitar el ámbito propio del arbitraje y de la jurisdicción ordinaria.

7.1. Estado actual de la cuestión

33. En lo que respecta a las Federaciones Deportivas Internacionales, como la FIFA, desde sus orígenes han tenido una tendencia a excluir la vía judicial ordinaria para la solución de sus conflictos, incluso a través de cláusulas que prevén sanción o expulsión, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de participar en competiciones deportivas.

34. La razón de ser de dicha opción estatutaria por las vías extrajudiciales responde a la necesidad de resolver las controversias de orden deportivo de manera especializada y ágil. Sin embargo, cabe remarcar que debería garantizarse el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, y no hacer de estas cláusulas procedimientos obligatorios y parciales –v.gr. cuando el órgano encargado de dilucidar la controversia se constituía, al mismo tiempo, en juez y parte-. Por ello, las federaciones han encontrado en el arbitraje el procedimiento idóneo para solucionar los conflictos sin necesidad de recurrir a los órganos judiciales. Por ejemplo, en los incisos 2) y 3) del artículo 62 de los Estatutos de la FIFA[7] se recoge la obligación de las Federaciones nacionales afiliadas de excluir la vía judicial ordinaria, en virtud de una cláusula compromisoria que deberían contener sus estatutos.

7.2. Relación entre arbitraje, jurisdicción ordinaria y justicia constitucional

35. El Arbitraje no puede ser entendido como un mecanismo llamado a desplazar al Poder Judicial, ni éste sustituir a aquél, sino que constituye una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y una necesidad, básicamente en la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, en la resolución de las controversias que se generen de la contratación internacional.

36. Y es justamente la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen lo que permite concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. De esta forma, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no supone una autorización a que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por el contrario, en tanto jurisdicción, se encuentra obligada a observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso [Cf. STC N.° 0023-2003-AI, Caso Jurisdicción Militar (fundamento 25)].
En esa medida debe ser comprensiva, en lo esencial, de la tutela de los derechos de configuración legal e intereses legítimos, pero también de los derechos fundamentales.

§8. Control constitucional de las sanciones impuestas por la Federación Peruana de Fútbol

37. Los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce son derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. De esta concepción se deriva un especial deber de protección de los derechos

fundamentales, lo que impone como tarea del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión.

38. Como se ha expuesto en los Antecedentes de esta sentencia, un particular –el Club Deportivo Wanka– cuestiona que otro particular –la FPF– afecte sus derechos constitucionales. Tal controversia, si bien desde una perspectiva civil podría caracterizarse como un conflicto que involucra a un asociado con la asociación a la que pertenece, desde una perspectiva constitucional, y en su versión sustantiva, se encuadra en la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados (artículos 1° y 38° de la Constitución), y en su versión procesal, en la procedencia o no del denominado "amparo entre particulares" (artículo 200°, inciso 2, de la Constitución).

39. De allí que el caso sub júdice plantee como tema de fondo la relación entre Constitución y Derecho privado. Al respecto qué duda cabe-, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de Derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales.

40. Resulta, pues, inadmisible y carente de todo sentido pretender que porque una determinada organización de particulares se rige por sus propias normas internas, esta resulta invulnerable o inmune al control constitucional. Si como se ha dicho, los derechos fundamentales no sólo vinculan a los poderes públicos, sino a todas las personas, sean estas públicas o privadas, queda claro que cualquier afectación sobre su contenido es susceptible no sólo de revisión en sede constitucional, sino de tutela en las circunstancias en que tal violación o amenaza de violación quede manifiestamente acreditada, respetando, desde luego, el procedimiento legal-estatutario –en el caso de organizaciones particulares– si lo hubiere.
Así también, al interior de una institución privada, que como en el caso de autos, constituye una asociación civil de Derecho privado, se impone el deber de respetar los derechos fundamentales.

41. La problemática de someter a control judicial las sanciones impuestas por las entidades deportivas no es un asunto nuevo. Actualmente, en el ámbito Derecho comparado existe un claro incremento en el control judicial de las decisiones disciplinarias deportivas, en aras de garantizar el control constitucional de las entidades deportivas al momento de imponer sanciones, el mismo que se efectúa sin desconocer la autonomía y especialidad del ámbito deportivo.

De allí que este Colegiado ratifique que el complejo ordenamiento jurídico-deportivo, incluida la revisión jurisdiccional, con sus principios e instituciones propias, deben ser leídos a la luz de la Constitución y los fines que inspiran el Sistema Deportivo Nacional.

42. La tutela constitucional no pretende, pues, afectar la particularidad del mundo deportivo; de lo que se trata es de velar por la aplicación de los principios esenciales de un Estado social y democrático de Derecho y por el respeto de la dignidad de la persona humana, respecto de lo cual no puede sustraerse ninguna actividad socialmente organizada, más aún cuando se ejerce prerrogativas de poder público. En resumidas cuentas, se trata de verificar que las organizaciones deportivas, que forman parte de la misma sociedad, no constituyen islas aisladas de los valores fundadores del Estado en términos de libertad y dignidad.

43. En ese sentido, para el Tribunal Constitucional queda claro que no existe justificación constitucional alguna para que la FPF se encuentre relevada del control constitucional cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

44. En efecto, al ejercer sus funciones, la FPF –como cualquier otra persona jurídica de derecho privado– debe hacerlo sujetándose a los lineamientos establecidos en la Norma Fundamental. Por consiguiente, sus actos tendrán validez constitucional en tanto no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución, lo que supone, a contrario sensu, que si su contenido desvirtúa el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional.

45. Los derechos fundamentales no admiten "zonas de indefensión", toda vez que siempre será permisible a quien considere lesionados sus derechos, recurrir, en dichos supuestos a la protección ordinaria, y subsidiariamente al amparo constitucional, del cual este Colegiado es el garante en última instancia.
Consecuentemente, toda vez que la FPF –o cualquier otra persona de derecho privado– emita un acto o adopte una medida que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente legítima. A ello habilita el artículo 200°, inciso 2, de la Constitución, que dispone la procedencia de la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, cuya protección, en última y definitiva instancia, corresponde a este Tribunal Constitucional, y a la que, por imperio de la Constitución, no renuncia.

§9. Derecho a la libertad de asociación y poder disciplinario de las asociaciones

46. En la STC N.° 0004-1996-AI, este Tribunal estableció que el derecho de asociación se encuentra reconocido en el artículo 2°, inciso 17), de la Constitución, en tanto reconoce a la asociación como persona jurídica; y, a título de garantía institucional, en el inciso 13) del mismo artículo de la Norma Fundamental. Por su parte, en las SSTC N.os 1027-2004-AA y 4241-2004-AAC se volvió a recordar que entre las facultades del derecho de asociación se encuentran las de asociarse, ya sea como libertad para constituir asociaciones o de pertenecer a

ellas libremente, la de no asociarse, la de desafiliarse de una a la que se pertenezca y esté previamente constituida o, incluso, la de no ser excluido arbitrariamente.

47. Dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación también se encuentra la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización, la cual se materializa a través del Estatuto. Tal Estatuto representa el pactum associationis de la institución creada por el acto asociativo y, como tal, vincula a todos los socios que pertenezcan a la institución social.

48. Desde luego, dentro de esa facultad de autoorganización del instituto creado por el acto asociativo, se encuentra el poder disciplinario sobre sus miembros, ya sea contemplando las faltas y sus consecuentes sanciones, o estableciendo procedimientos en cuyo seno se determine la responsabilidad de los asociados, entre los cuales es posible advertir, entre otras, la hipótesis de sanción de expulsión definitiva.

49. No obstante, si bien el establecimiento de determinadas conductas como faltas, así como las sanciones que por su comisión se pudieran imponer, forman parte del derecho de autoorganización protegido por la libertad de asociación, queda claro que ello será constitucionalmente válido en la medida que se respete el derecho a un debido proceso.

§10. debido proceso inter privatos o en sede corporativa particular

50. Mediante STC N.º 2050-2002-AA, este Tribunal ha señalado que el derecho al debido proceso es un derecho cuyas potestades que se encuentran en su esfera de protección no sólo se titularizan en el seno de un proceso judicial, sino que se extienden, en general, a cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, los que tienen la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[8].

Señala también que, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas"[9].

51. Igualmente, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha declarado que el derecho al debido proceso también se titulariza en el seno de un procedimiento disciplinario realizado ante una persona jurídica de derecho privado [Cf. STC N.º 0067-1993-AA]. En consecuencia, si bien el derecho al debido proceso se encuentra en el título relativo a la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 3, de la Constitución), su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto que pueda afectar sus derechos.

52. En suma, el derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza. Ello es así en la medida que elprincipio de interdicción de la arbitrariedad es un principio inherente a los postulados esenciales de un Estado social y democrático de Derecho y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

53. De ahí que el debido proceso se aplica también a las relaciones inter privatos, pues el que las asociaciones sean personas jurídicas de Derecho privado no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora.
En tal sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que establezcan; a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen [Cf. STC N.° 1461-2004-AA].

§11. Análisis del caso concreto

54. De autos fluye que la controversia gira en torno al ejercicio del derecho disciplinario sancionador que la FPF, en su calidad de asociación, a tenor del artículo 1° de su Estatuto, puede aplicar a sus miembros cuando estos cometan alguna de las faltas tipificadas como tales en el artículo 14° del referido ordenamiento, siempre y cuando se garantice un debido proceso y se respeten los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.
55. Se aprecia de la cuestionada Resolución N.° 005-FPF-2005, del 31 de agosto de 2005, y que corre a fojas 21 de autos, que el Directorio de la FPF resolvió desafiliar al recurrente por haber incurrido en la falta prevista en el inciso b) del artículo 14° del Estatuto, esto es, por "(...) incumplimiento grave a cualquiera de las disposiciones contenidas en el ordenamiento normativo de la Federación".

56. La disposición que, a criterio de la FPF, incumplió el recurrente es la prevista en el artículo 5°, conforme a la cual no podía promover litigio alguno ante la jurisdicción ordinaria, pues cualquier divergencia o eventual controversia debía someterla a los tribunales arbitrales de la propia Federación o de la FIFA.

57. Además, no aparece de autos que el recurrente haya sido expulsado (desafiliado) garantizándosele un debido proceso, toda vez que tan solo se le notifica, a través de un Oficio que transcribe la cuestionada resolución, el acuerdo del Directorio de la FPF.
Si bien es cierto el Estatuto de la FPF no ha establecido un procedimiento disciplinario sancionador –aun cuando sí ha establecido en el precipitado artículo 14° cuáles son los faltas en las que podrían incurrir sus asociados y las consecuentes sanciones que por su comisión se pudieran

imponer–; tal como ha sido referido supra, el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiterada jurisprudencia que el debido proceso, y los derechos que lo conforman, como por ejemplo, el derecho de defensa, rigen la actividad institucional de cualquier persona jurídica de Derecho privado, máxime si se ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión.

58. En tal sentido, para este Colegiado queda claro que si la FPF consideraba que el recurrente cometió la aludida falta, debió comunicarle por escrito los cargos imputados y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que, mediante la expresión de los descargos correspondientes, pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa.

59. En atención a todo ello, en el presente caso, el Tribunal Constitucional considera que se han vulnerado los derechos constitucionales de defensa y a un debido proceso del recurrente, por cuanto no se ha acreditado el cumplimiento de las exigencias establecidas por nuestro ordenamiento constitucional y de la jurisprudencia de este Colegiado para los casos de aplicación del derecho disciplinario sancionador al interior de las asociaciones. Por ende, la desafiliación del Club Deportivo Wanka de la Federación Peruana de Fútbol deviene en arbitraria.
En consecuencia, al haberse violado los derechos al debido proceso y de defensa consagrados en los incisos 3) y 14) del artículo 139° de la Constitución, respectivamente, se ha vulnerado, también, el derecho a asociarse invocado por el recurrente, y garantizado por el artículo 2°, inciso 13), de la misma Norma Fundamental.

60. Por lo demás, y dado que la desafiliación del recurrente se debe al hecho de haber interpuesto una denuncia ante el fuero penal contra los miembros del Directorio de la FPF por los delitos de Estafa y Asociación Ilícita para delinquir, contraviniendo el artículo 5° del Estatuto –que prohíbe promover litigios ante la justicia ordinaria y, por el contrario, obliga a sus asociados a someter cualquier divergencia ante los tribunales arbitrales de la Federación o de la FIFA–, este Tribunal estima pertinente formular algunas precisiones adicionales.

61. En principio conviene precisar –y esto es lo más trascendente– que el artículo 5° del Estatuto de la FPF debe ser leído en consonancia con la naturaleza propia de la relación entre arbitraje y jurisdicción constitucional; ello supone que únicamente resulta aplicable para las controversias sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, exceptuándose –entre otras– las que versan sobre delitos o faltas, tal como lo establece el inciso 3) del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje N.° 26572. Por tanto, el fuero arbitral no resulta aplicable para materias de índole penal.

62. Así ha sido establecido con anterioridad por este Tribunal al desarrollar los supuestos de procedencia del proceso constitucional contra la jurisdicción arbitral, pronunciamiento en el que se expuso –como una tercera hipótesis– que ello sería posible cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta versa sobre materias indisponibles, como las de tipo penal [Cf. STC N.° 4972-2006-PA, fundamentos 17 y 20].
Si bien la jurisdicción arbitral tiene su origen en el consentimiento de las partes que participan de una relación, ello no justifica que hacia su estructura se reconduzcan asuntos que por su propia naturaleza resultan indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso lo que sucede con las materias penales, en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su ius punendi y capacidad de sanción.

63. En ese sentido, para el Tribunal Constitucional queda claro que la decisión de la FPF de desafiliar al Club Deportivo Wanka por haber formulado denuncia penal contra los miembros del Directorio, y no someter la divergencia ante un tribunal arbitral de la propia FPF, no solo supondría que la FPF se convierta en juez y parte, –lo cual conllevaría a una afectación del debido proceso– sino que constituye, además, una vulneración de su derecho de acceder a la jurisdicción, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución [Cf. STC N.° 3741-2004-AA]. Siendo que este derecho de acceso a la justicia garantiza el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar que se resuelva una situación jurídica o conflicto de intereses en un proceso judicial [Cf. STC N.° 0763-2005-PA].

Como se ha visto, en el presente caso, es precisamente el ejercicio de este derecho constitucional –acudir al fuero penal– lo que motivó la expulsión del Club Deportivo Wanka.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo de autos; en consecuencia, **INAPLICABLE** al Club Deportivo Wanka la Resolución N.° 005-FPF-2005, del 31 de agosto de 2005, y por tanto, sin efecto su desafiliación.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] Escrito de demanda (fojas 56 y 57).

[2] Mediante Resolución N.° 012-FPF-2002 se dispuso que la baja de la categoría profesional quedaba diferida durante

los torneos de los años 2003 y 2004, y se iba a efectuar recién en el año 2005. Sin embargo, mediante Resolución N.° 003-FPF-2004, del 28 de enero de 2004, la FPF dispuso un cambio, precisando que se iba a implementar un sistema de coeficientes acumulados durante los años 2003 y 2004 para hacer efectivo el descenso a través de promedios, y que al culminar el Torneo del 2004, dos clubes (los de menor promedio) perderían la categoría.

[3] Escrito de contestación de la demanda (fojas 84, 85 y 86).

[4] El antecedente inmediato lo encontramos en el numeral 38° de la Constitución de 1979 que disponía "El Estado promueve la educación física y el deporte, especialmente el que no tiene fines de lucro. Le asigna recursos para difundir su práctica".

[5] ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu. "Arbitraje y Derecho Deportivo. En: Jorge Luis Collantes González (Director). El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Segunda Parte, Volumen 4, Biblioteca de Arbitraje, Lima, Palestra Editores-Universidad Abat Oliba CEU- Estudio Mario Castillo Freyre, noviembre 2007, p. 116.

[6] Así por ejemplo, en España, a través de la Ley del Deporte de 1990 se atribuyó a los tribunales contencioso-administrativos el conocimiento de las impugnaciones de los actos federativos dictados en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la existencia de fórmulas extrajudiciales de solución cada vez más afianzadas que se presentan no como una imposición, sino como una alternativa de solución rápida y eficaz.

[7] Artículo 62.2: "Se prohíbe el recurso ante tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación FIFA".
Artículo 62.3: "En aplicación de lo que precede, las asociaciones deberán incluir en sus estatutos una disposición según la cual sus clubes y miembros no podrán presentar una disputa ante los tribunales ordinarios, y deberán someter cualquier diferencia a los órganos jurisdiccionales de la asociación o confederación o de la FIFA".

[8] CORTE IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71 (parágrafo 71).

[9] CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72 (párrafos 124-127); Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74 (parágrafo 105).

Exp. Nº 4053-2007-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido Alfredo Jalilie Awapara. Precisa los alcances de la gracia presidencial].*

Fecha de Resolución: 18 de diciembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de febrero de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC), siguiendo la línea de la sentencia recaída en el expediente N.º 0679-2005-PA/TC (caso Santiago Martín Rivas) en la que se estableció límites formales y materiales de la amnistía, fijó límites constitucionales al derecho de gracia presidencial.

En ese sentido estableció como límites formales de la gracia presidencial los requisitos enumerados de manera expresa en el artículo 118º, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que los beneficiarios de dicha potestad presidencial sean procesados y no condenados; y, 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. Asimismo, adicionalmente a los requisitos ya mencionados, en una interpretación sistemática con el artículo 120º de la Constitución, se estableció 3) la necesidad de refrendo ministerial.

En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, el TC señaló que en tanto se trata de una medida que interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las sanciones penales: fines preventivo especiales (artículo 139º, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44º de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional consideró que en tanto el derecho de gracia implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad, la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado.

La gracia presidencial deberá, pues, ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal), se tornaría inútil una eventual condena, desde el punto de vista de la prevención especial.

Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger.

Temas claves: Control constitucional del derecho de gracia - derecho a la libertad personal - gracia presidencial - principio de igualdad.

EXP. N.° 4053-2007-PHC/TC
LIMA
ALFREDO JALILIE
AWAPARA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Huaura, a los 18 días del mes de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Presidente; Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Calle Hayen y Álvarez Miranda que se adjunta, con el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alfredo Jalilie Awapara contra la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Lima, de fojas 1220, su fecha 23 de mayo de 2007, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de junio de 2006, don Alfredo Jalilie Awapara interpone demanda de hábeas corpus cuestionando la resolución emitida con fecha 23 de junio de 2006 por la Cuarta Sala Penal Especial dela Corte Superior de Justicia de Lima, integrada por los vocales Elvia Barrios Alvarado, Aldo Figueroa Navarro y Doris Rodríguez Alarcón, por violación de su derecho a la libertad, resultado de haberse vulnerado el principio de Legalidad y el Procedimiento predeterminado por Ley. Manifiesta que en calidad de procesado con medida de comparecencia restringida ante el Tercer Juzgado Especial Anticorrupción y estando a que habían transcurrido 4 años sin emitirse sentencia, es decir, más del doble del plazo legalmente previsto para la instrucción, es que solicitó la gracia presidencial, la misma que le fue concedida mediante Resolución Suprema N.° 097-2006-JUS, de fecha 14 de junio de 2006. Refiere, sin embargo, que mediante resolución de fecha 23 de junio de 2006, la Sala Penal emplazada resuelve declarar inaplicable la gracia concedida, continuando el proceso penal que se seguía contra el recurrente, sin tener en cuenta la extinción de la acción penal que comporta el otorgamiento de la gracia presidencial.

El Cuadragésimo séptimo Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2007, de fojas 1164, declara fundada la demanda y en tal sentido, nula la resolución judicial cuestionada, ordenando sobreseer el proceso.

La recurrida revocó la apelada, y reformándola la declaró improcedente, por considerar que no existe resolución judicial firme.

FUNDAMENTOS

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se disponga la nulidad de la resolución de fecha 23 de junio de 2006 expedida por la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso seguido contra el recurrente por la presunta comisión del delito de peculado (Expediente N.° 039-2002) mediante la cual se dispone inaplicar la gracia concedida al recurrente mediante Resolución Suprema N.° 097-2006-JUS de fecha 14 de junio de 2006, expedida por el Presidente de la República.

Quebrantamiento de forma y necesidad de dilucidación de la controversia planteada.

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, resulta pertinente puntualizar que aunque la resolución emitida en la segunda instancia de la sede judicial sólo ha sido suscrita por dos votos conformes (Magistrados Romani Sánchez y Peña Farfán) mas uno discordante (Magistrado Acevedo Otrera) y en tal sentido se habría producido un quebrantamiento de forma, este Colegiado considera innecesario rehacer el procedimiento, habida cuenta de la necesidad de pronunciamiento inmediato, sustentada en las razones de urgente tutela que más adelante se exponen. Tal proceder, por otra parte y como lo ha señalado en innumerables ocasiones este mismo Colegiado, se sustenta en la idea de no sacrificar el objetivo del proceso constitucional, por encima de aspectos esencialmente formales, tal como lo establece el Artículo III, párrafo tercero, del Código Procesal Constitucional.

Derechos presuntamente vulnerados

3. El recurrente alega que el acto cuestionado vulnera su libertad individual en conexión con el derecho al procedimiento preestablecido y el principio de legalidad. En este sentido, cabe determinar si resultan vulnerados tales derechos.

Derecho al procedimiento preestablecido

4. La parte demandante alega vulneración al procedimiento preestablecido señalando que ante el concesorio de la gracia presidencial no se sobreseyó la causa como correspondía. Sobre el particular, es de señalarse que el contenido del derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, "no sean alteradas o modificadas con posterioridad" por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que "nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos". (Cfr. Exp. N.° 2928-2002-AA/TC, Martínez Candela, Exp. N.° 1593-2003-HC/TC, Dionisio Llajaruna Sare).

5. En el presente caso, si bien se invoca el derecho al procedimiento preestablecido no se alega la aplicación de una modificación normativa del procedimiento posterior

al inicio del mismo, sino el respeto al procedimiento establecido en la gracia presidencial, lo que no incide en el contenido de este derecho, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

Principio de legalidad penal

6. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el artículo 2.°, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

7. Este Tribunal ha determinado que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (lex praevia), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta), la prohibición de la analogía (lex stricta) y de cláusulas legales indeterminadas (lex certa). (Cfr. Exp. N° 2758-2004-PHC/TC).

8. Del mismo modo como con el derecho al juez predeterminado por ley, es de verse que el contenido del derecho invocado no se condice con lo alegado por la parte demandante a este respecto.

9. Sin embargo, este Tribunal considera necesario advertir que tal desestimación de los argumentos esgrimidos por la parte demandante con relación a los derechos presuntamente vulnerados no determina que la demanda tenga necesariamente que ser desestimada. Y es que el iura novit curiae, reconocido en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional permite estimar la demanda sobre la base de la afectación de otros derechos no invocados en la demanda, máxime si en el presente caso se advierte una negativa incidencia de la resolución cuestionada en la libertad individual del recurrente, basada en el rechazo por parte del órgano jurisdiccional emplazado, de aplicar la gracia presidencial concedida al recurrente, este Tribunal advierte que -al margen de los derechos invocados por la parte demandante- la materia constitucionalmente relevante en el presente caso versa sobre el conflicto que puede suscitar la institución de la gracia presidencial (reconocida en el artículo 118 de la Constitución) frente a otros bienes de relevancia constitucional que se ven protegidos a través de la persecución penal.
Y es que, dado el origen histórico del que proviene el derecho de gracia, resulta necesario el establecer sus funciones y límites dentro de un estado democrático y constitucional de derecho. Como lo ha puesto de manifiesto García Mahamut:
"... la discusión sobre el sentido de la prerrogativa de gracia en el estado moderno no resulta, ni mucho menos, agotada. En este sentido, tanto la obra del legislador en el Derecho comparado como la doctrina ius publicista ponen de relevancia que, tratándose de institutos de rancia tradición histórica que cobraban especial virtualidad en un Estado no Democrático de Derecho, hoy, necesitan de nuevos engarces jurídicos, que, guiados y homologados bajo los principios constitucionales y los valores superiores del ordenamiento jurídico que informan al Estado constitucional social y democrático de Derecho, respondan en términos netos a los fines que guían a la propia comunidad política y que no son otros que la búsqueda y protección de la libertad, la justicia , la igualdad y el pluralismo"
(García Mahamut, Rosario. El indulto, un análisis jurídico constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 22)
Tal necesidad de revisar en sentido constitucional la institución de la gracia presidencial pasa, en primer lugar, por relacionar la pretendida inaplicación por parte de la Sala superior demandada de la gracia presidencial concendida al recurrente como una manifestación de la garantía jurisdiccional de la Constitución, así como por establecer los límites constitucionales de la gracia presidencial.

Estado constitucional y Supremacía Normativa de la Constitución.

12. El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

13. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente. (Cfr. Exp. N.° 5854-2005-AA/TC).

La gracia presidencial y la garantía jurisdiccional de la Constitución. La inexistencia de zonas exentas de control constitucional.

14. Conforme a lo anteriormente expuesto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. (Cfr. Exp. N.° 5854-2005-AA/TC). Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares.

15. En este orden de ideas, siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial

de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si, como se advierte de la resolución cuestionada, son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla.

16. Y es que, en efecto, parece haber un conflicto entre la potestad presidencial de conceder el derecho de gracia, (artículo 118 de la Constitución) y las razones esgrimidas por la sala emplazada para dejar de aplicar la misma (todas ellas de orden constitucional). Al respecto, no puede soslayarse el hecho de que, tanto como las razones humanitarias que inspiran la concesión de la gracia presidencial como los fines preventivo generales de las penas que se pretende proteger a través de la persecución penal gozan de cobertura constitucional.

17. Y es que, tal como lo ha señalado este Tribunal, no sólo la función preventivo especial de la pena tiene fundamento constitucional (artículo 139, inciso 22 de la Constitución), sino también sus funciones preventivo generales, las que derivan del deber estatal de "(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)" (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva. (Cfr. Exp. N.° 0019-2005-PI/TC fund 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

18. En atención a ello, podemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho (Cfr. Exp. N.° 0019-2005-PI/TC). Tal como lo señaló este Tribunal Constitucional:
"...ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer "a toda costa" la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.
(...)
En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho" (Exp. N.° 0019-2005-PI/TC).

19. En este orden de ideas, la gracia presidencial podrá ser materia de control jurisdiccional, en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional. Cabe señalar dentro de un contexto paralelo al que es materia de autos, que este Tribunal Constitucional ha establecido los límites formales y materiales de la amnistía, otra institución reconocida en nuestra Constitución que permite -del mismo modo que la gracia presidencial- extinguir al acción penal.

La gracia presidencial y sus límites constitucionales

20. El artículo 118, inciso 21 de nuestra Constitución Política vigente reconoce la potestad presidencial de:
Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

21. Asimismo, según el artículo 78, inciso 1 del Código Penal, modificado por Ley N.° 26993, la gracia presidencial constituye una causal de extinción de la acción penal.

22. Cabe recordar lo señalado por este Tribunal respecto de la amnistía, la cual –al igual que la gracia presidencial- extingue la acción penal. Al respecto, según lo estableció la jurisprudencia de este Tribunal, la amnistía tiene límites tanto formales como materiales (Cfr. Exp. N.° 0679-2005-PA/TC).

23. Así, este Tribunal ha determinado que constituyen límites formales a dicha facultad congresal, que la misma sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Ello implica que además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observarse los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad.

24. Tampoco la amnistía puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional determinó que cualquiera que sea la competencia constitucional de que se trate, el ejercicio de la labor del legislador debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

25. Del mismo modo, es de señalarse que para el caso de la gracia presidencial, es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).

26. En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. (Cfr. Exp. Nº. 019-205-PI/TC). Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado.

27. En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.

28. Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger.

Análisis del caso concreto

29. En el presente caso, como es de verse del texto de la resolución suprema publicada en el Diario Oficial, fue expedida por el Presidente de la República y contó con refrendo ministerial. Asimismo, tal como consta de las copias de las actas del procedimiento llevado a cabo en el Ministerio de Justicia (a fojas 94 y siguientes de autos), el plazo de la instrucción se había excedido en más del doble, por lo que puede afirmase que la misma reúne los requisitos formalmente establecidos.

30. Es de señalarse, además, que es de público conocimiento que el procesado padece de cáncer en uno de sus ojos, motivo que, a juicio de este colegiado, considerando la gravedad de la enfermedad, coloca al procesado en una situación distinta de los demás coprocesados, y en tal sentido se configura como un caso en el que se justifica la extinción de la acción penal que conlleva la gracia, sin sacrificar los fines de la pena constitucionalmente reconocidos. Cabe señalar, además, que la grave enfermedad que sufre el recurrente suele ser un motivo usualmente empleado para la concesión del derecho de gracia presidencial, tal como se advierte del texto de otras gracias presidenciales concedidas (Resoluciones supremas Nº 001-2006-JUS, 160-2006-JUS, 206-2007-JUS, 191-2005-JUS, 172-2005-JUS, 051-205-JUS), por lo que tampoco se ve vulnerado el principio de igualdad, en tanto se trata de situaciones excepcionalísimas que no constituyen un trato desigual discriminatorio respecto de otros procesados.

31. Si bien se advierte que la resolución suprema inaplicada carece de motivación, aspecto que fue determinante para que la sala emplazada decida inaplicar el derecho de gracia concedido, este Tribunal considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada.

32. Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado.

33. Conforme a lo expuesto, la gracia concedida al recurrente no resulta inconstitucional, por lo que la demanda deberá ser amparada, y en tal sentido, dejar sin efecto la resolución que resuelve inaplicar la gracia concedida.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, nula la resolución de la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 23 de junio de 2006, en consecuencia ordena el cumplimiento del la Resolución Suprema Nº 097-2006-JUS.

Publíquese y notifíquese

SS

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 4053-2007-HC/TC
LIMA
ALFREDO JALILIE
AWAPARA

FUNDAMENTOS DE VOTO DEL MAGISTRADO FERNANDO CALLE HAYEN

Que comparto plenamente el sentido del fallo de la resolución que declara fundada la demanda, sin embargo señalo a continuación, los siguientes fundamentos de voto: La Constitución Política del Perú en su artículo 118 inciso 21) señala que el Presidente de la República puede ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que en la etapa de instrucción haya excedido el

doble de su plazo más su ampliatoria. Se diferencia del indulto ya que este implica el perdón de la pena a quien ha sido condenado y de la conmutación de pena que permite cambiar una grave, impuesta por los tribunales de justicia, por una menos grave. Estos dos últimos casos también son facultades Presidenciales.

El derecho de gracia tiene sus orígenes en las monarquías o reinados antes de la existencia del estado democrático de derecho a fines del siglo XVIII, y se basa en el concepto que se tenía de la justicia que estaba concebida como "cruel" y "excesiva", lo que permitía el natural deseo del soberano de usar esta prerrogativa , aumentando su poder y prestigio frente a sus súbditos.

Según Joaquín Escriche, en su obra "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Librería de Rosa, Bouret y Cia., Paris, Francia 1851, pg. 736, Gracia significa: beneficio, don y favor que hacían los soberanos sin merecimiento particular según los casos que se reflejaban en la legislación vigente; concesión gratuita. Para conocer la distinción que se realizaba entre los conceptos demisericordia, merced o gracia se puede consultar la ley 3, título XXXI, de la Partida 7. Según ella, gracia no es propiamente perdón sino un don gratuito que hace el rey pudiendo con derecho excusarse si quisiera. En las leyes 49, 50 y 51, ti. XVIII, Partida 3 se encuentran las razones por las que se conceden las gracias:

1. Por el bien que de ellas puede resultar al reino como cuando
1. se exime de pecho o de portazgo a los que pueblan algún lugar o fabrican un puente o hacen otra obra en beneficio público
1. se libra de tributos o se da otra indemnización a los que recibieron algún daño en sus bienes o en sus personas por causa de guerra o de tempestad
2. se perdona a algunos malhechores porque hagan un servicio de mucha importancia
2. Por la necesidad que hay de hacerlas a fin de evitar algún mal como cuando se suelta o se perdona o se alza destierro o se permite la extracción de cosas prohibidas para alejar el peligro inminente de revueltas intestinas, de represalias o de guerra
3. Por el mérito de los servicios que alguno hubiere contraído o estuviese en disposición de contraer en bien del estado en razón de su valor, lealtad o saber.

1. Efectuando un análisis de nuestras Constituciones resulta ilustrativo transcribir la evolución de estas instituciones que era concebidas como facultades del Congreso o del Presidente la República. Enefecto el artículo 60° inciso 2 de la Constitución de 1823 facultaba al Congreso a conceder indultos generales o particulares. La Constitución de 1826 señaló en su artículo 83° inc. 29 que era atribución del Presidente de la República conmutar las penas capitales decretadas a los reos por los tribunales. La Constitución de 1828 en su artículo 48° inc. 22 señalaba como atribución del Congreso conceder amnistías e indultos generales, cuando lo exija la conveniencia pública; y el artículo 90° inciso 30) consideraba como atribución del Poder Ejecutivo conmutar a un criminal la pena capital previo informe del tribunal o juez de la causa, siempre que concurran graves y poderosos motivos y que no sean los casos exceptuados por la ley. La Constitución de 1839 en su artículo 55° inc. 15 señaló como atribución del Congreso conceder amnistías e indultos y el artículo 87° inc. 40 establecía como atribución del Presidente de la República conmutar la pena capital de un criminal, previo informe del tribunal o juez de la causa siempre que concurran graves y poderosos motivos, no siendo en los casos exceptuados por la ley. La Constitución de 1860 en su artículo 59° inc. 19 estableció como atribución del Congreso conceder amnistías e indultos. La Constitución de 1933 en su artículo 123° inc. 22 estableció como atribuciones del Congreso ejercer el derecho de gracia. Sólo durante el receso del congreso, el Poder Ejecutivo puede conceder indulto a los condenados por delitos político-sociales. La Constitución de 1979 en su artículo 211° inc. 23 estableció las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República y entre ellas conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley; y la Constitución de 1993 en su artículo 118 inc. 21 establece dentro de las atribuciones del Presidente de la República conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria, conforme se ha mencionado, anteriormente.

2. Esta novísima institución del derecho de gracia en nuestro medio, tiene como finalidad extinguir la acción penal conforme a lo señalado por el artículo 78° del Código Penal que en su inciso 1) estalece lo siguiente. "la acción penal se extingue: 1)por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia"

3. Para Marcial Rubio Correa en su obra "Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 4", fondo editorial de la PUC 1999 pg. 374: (...) la Constitución "establece un derecho adicional que es ejercer la gracia del indulto sobre procesados penales cuando la etapa de instrucción haya excedido el doble del máximo tiempo permitido por las leyes procésales (que son su plazo y su ampliatoria). Se ha dictado esta norma por que en la etapa de instrucción se rige presumiendo la inocencia del inculpado y, si se mantiene la detención por mas del doble del tiempo permitido para la instrucción, en realidad se le estará reteniendo privado de la libertad aun cuando todavía no se le puede considerar jurídicamente culpable. (El literal e. del inc. 24 del artículo 2 de la Constitución establece que "toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad")".

4. Los presupuestos que la Constitución señala para la concesión del derecho de gracia son: a) ser procesado penalmente y b) que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. La facultad discrecional del Presidente de la República no esta sujeta a ningún requisito conforme se desprende de nuestro texto constitucional. El otorgamiento de dicho derecho previamente es evaluado por parte de una Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias dependiente del Ministerio de Justicia, conforme aparece de autos a fojas 1038 a 1042.

5. Resulta importante precisar que considero que cuando la Constitución se refiere a etapa de instrucción ésta no debe ser limitativa, ya que el Tribunal Constitucional como supremo interprete de la Constitución debería considerar que este beneficio se extiende a los procesados en juicio oral. Y es que si bien la instrucción , tal como lo prevé nuestro ordenamiento procesal, es la etapa del proceso penal en la que se llevan a cabo en sede judicial, básicamente actos de investigación, el proceso penal consta también de juicio oral, etapa en la que la detención, como medida cautelar tendente a asegurar el éxito del proceso, se extiende incluso. En tal sentido, a través de la interpretación de nuestra Constitución de conformidad con el principio de interpretación pro homine, la facultad presidencial prevista en el artículo 118°, inciso 21) de la Constitución Política del Perú de dejar sin efecto la orden de detención cuando ésta "... haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria", debe ser entendida no sólo respecto de la instrucción sino del juicio oral, toda vez que siendo su objeto el dejar sin efecto el mandato de detención , deberá ésta poder ser utilizada en otras etapas del proceso en las que subsista la medida de detención. Compartimos con Marcial Rubio Correa, en la cita consignada en el fundamento 6-), el concepto que expresa sobre la presunción de inocencia y que en su extensión rige para todo el proceso penal.Del mismo modo, por una literalidad incongruente, no podría interpretarse que para la aplicación en este caso, dentro de los alcances del nuevo Código Procesal Penal, en el que ya no existe la etapa de instrucción, el derecho de gracia haya sido derogado.

6. El derecho de gracia constitucionalmente reconocido en nuestra Constitución Política vigente es una expresión del poder discrecional del Presidente de la República , lo que se denomina discrecionalidad política, que el Tribunal Constitucional ha definido en la sentencia 0090-2004-AA (fundamento de la siguiente manera 9) (...) "Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política. Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.
Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales". Así lo precisa la sentencia vinculante aún vigente.

7. ¿Cabe preguntarse si debe o no admitirse la existencia de actos que sean eximidos del control en sede constitucional por pertenecer a la esfera reservada y exclusiva del poder político?. Nos encontramos frente a lo que la doctrina ha denominado "actos políticos no judiciables" o "political questions". Una definición simple permite establecer que estos actos son asuntos sin solución en un proceso judicial y se desprenden del poder discrecional, del Presidente de la República.

8. Históricamente, según Alberto Bianchi en su obra "Control de Constitucionalidad", editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992, pg. 281 y sgts., "las doctrinas de las cuestiones políticas se remonta al año 1460 en Inglaterra cuando el Duque de York promovió juicio para que se lo declarara legitimo heredero del trono. Los jueces, sin embargo, declararon que no se atrevían a entrar en ninguna comunicación respecto a ello, por que incumbía a los lores del rey tener conocimientos de estas materias y mediar en ellas".

9. En el presente caso nos encontramos frente a un acto discrecional del Presidente de la República, que es considerado por la doctrina como un "acto de gobierno" de ejecución directa e inmediata de una disposición formal de la Constitución, vale decir el tantas veces citado articulo 118 inc. 21 de la misma.

10. Considero que si el Presidente erró o no en conceder el derecho de gracia, no compete a esta instancia cuestionar tal decisión. En tal caso le queda el juicio político a través de la Acusación Constitucional que prevé el articulo 99° de la Constitución Política del Perú, así como la responsabilidad de los Ministros conforme a lo señalado en los artículos 120° y 128° de la acotada. Quiere decir que tal como se ha diseñado en la Constitución no hay limites para el ejercicio del derecho de gracia Presidencial.

11. En tal sentido el Tribunal Constitucional debe aplicar la Constitución como corresponde, siendo el caso precisar que dentro de sus funciones está, de acuerdo con el fundamento 1.a) de la STC N.°2409-2002-AA/TC que "(...)tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución".

12. Lo que no quiere decir que en mi calidad de modesto artesano del derecho, docente y estudioso en temas constitucionales, no invoque a los señores Congresistas, para que en una futura reforma del texto constitucional se evalúen los límites al poder discrecional y en el caso especifico del "derecho de gracia" se analice debidamente si corresponde mantenerlo, toda vez que se extingue la acción penal del procesado, lo que incluso contraviene nuestra historia constitucional ya que el articulo 81° inc. 3 de la Constitución de 1823 señalaba que el Presidente de la República "bajo ningún pretexto puede conocer en asunto alguno judicial". En todo caso podría aplicarse este derecho para los efectos de la suspensión de la detención que se viene sufriendo más no para la extinción del proceso en sí.

Para lo dicho, no esta demás recordar que el Tribunal Constitucional en el caso de la amnistía, que puede considerarse como un acto político no judiciable del Congreso, ha sostenido en la STC N° 679-2005-PA/TC que existen ciertos límites que deben tomarse en cuenta conforme a lo señalado en los fundamentos 23 a 34. En efecto en los fundamentos 21 y 22 se establece lo siguiente "21).En la medida en que la expedición de las leyes de amnistía constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, su ejercicio se encuentra sujeto a límites constitucionales. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida al titular de la política de persecución criminal del Estado y cuyo ejercicio, por tanto debe realizar dentro del marco de la Constitución Política del Estado"; "22). El articulo 102, inc. 6, de la Constitución no prevé expresamente cuáles son los límites a los que se debe sujetar el dictado de leyes de amnistía. Sin embargo, ello no significa que estos no existan, puesto que la legitimidad del ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales no se justifica de por si, si no a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales".

13. Lo que nosotros no podemos validar es que un acto discrecional y político, plasmado en el presente caso en la Resolución Suprema N° 097-2006-JUS, de 14 de junio de 2006, pueda ser inaplicado ejerciendo el control difuso que esta reservado a los jueces para las normas legales (leyes) en aplicación de lo señalado por el artículo 138° de la Constitución Política del Perú; adicionalmente conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N.° 0050-2004-AI/TC en su fundamento 156 "[E]s preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.
En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución". Correspondiendo al control concentrado de la Constitución la resolución final, en última instancia, al respecto.

14. De otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado en sentencia N° 00047-2004-AI/TC en su fundamento 32 "La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales, que si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado. En efecto, en nuestra época es pacífico sostener que un sistema jurídico que no cuente con las garantías jurisdiccionales necesarias para restablecer su vigencia cuando haya sido vulnerado, sencillamente carece de eficacia.
En ese contexto, cabe señalar que dicha tarea está encomendada fundamentalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y, con sus particularidades, al Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral"; En la sentencia N.° 0206-2005-PA/TC en su fundamento 5 se señala (...)"Conforme al artículo 138.° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún,la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme se establece en su artículo 138°". Reservándose al control concentrado su resolución final en última instancia.

15. De otro lado la Constitución Política del Perú en su Cuarta Disposición Final y Transitoria señala "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

16. En tal sentido es de suma importancia mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de fecha 20 de junio de 2005, ha señalado en el fundamento 109 lo siguiente: "la Corte considera que el derecho de gracia forma parte del corpus iuris internacional, en particular de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

17. El propio Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC ha señalado como fuentes normativas reguladas por la Constitución a los Tratados sobre Derechos Humanos, quienes se encuentran en la primera categoría conforme a lo señalado en los fundamentos 18 a 22 y 61 de la misma

18. Este Tribunal en la sentencia N° 00007-2007-AI/TC fundamentos 25 y 26 respecto de los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que "Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia 24 de septiembre 1999, Serie C-N.° 55, párrafos 35, 40 y 49 ha establecido que "la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la convención (...). El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos

en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del tribunal (...), implicaría la suspensión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional (...). Un Estado que acepta la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo (...); 26 "de aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensarle una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado Peruano"".

SS.

CALLE HAYEN

EXP. N.° 4053-2007-PHC/TC
LIMA
ALFREDO JALILIE
AWAPARA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Si bien es cierto comparto plenamente los argumentos esgrimidos por mis colegas para resolver la presente causa, quiero dejar advertido que:

1. En el caso de autos la resolución cuya validez se cuestiona se puede alegar que adolecía de firmeza. El artículo 4.° del Código Procesal Constitucional señala expresamente que "el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y tutela procesal efectiva". En ese sentido, constituye un requisito habilitante para la aplicación de este precepto que contra la resolución cuestionada ya no exista posibilidad de presentar medio impugnatorio alguno. Situación que no se configuró en este caso. No obstante, es de señalar que nos encontramos ante una situación en donde lo que es objeto de cuestionamiento no es el pronunciamiento formal expresado en una resolución expedida por los emplazados, sino mas bien, la controversia gira en torno al no accionar, es decir, al desacato y falta de cumplimiento de una prerrogativa otorgada de naturaleza pro homine a favor del beneficiario por parte del Presidente de la República en virtud de las facultades que la propia Constitución en su artículo 118.° le ha conferido.

2. Como bien se ha dicho en la sentencia, el derecho de gracia obedece a una facultad discrecional del Presidente de la República que tiene respaldo en el contenido de la propia Constitución y que sólo puede ser objeto de cuestionamiento y control si es que viola los principios valorativos que inspiran ésta. En un Estado Constitucional todas las actuaciones emanadas de los distintos poderes y órganos de gobierno que violen derechos fundamentales y contravengan el principio de supremacía constitucional no están exentos de control y, en todo caso, la actuación de los emplazados, abiertamente violatoria y atentatoria no sólo de la Constitución sino también de los derechos del beneficiario, deben ser cuestionadas, sometidas a evaluación y pausibles de imponérseles una sanción.

SR.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 4053-2007-PHC/TC
LIMA
ALFREDO JALILIE
AWAPARA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto del voto en mayoría de nuestros colegas magistrados, los suscritos expresamos los fundamentos del voto que discrepa del de ellos:

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Con fecha 27 de junio de 2006, don Alfredo Jalilie Awapara interpone demanda de hábeas corpus cuestionando la resolución emitida con fecha 23 de junio de 2006 por la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrada por los vocales Elvia Barrios Alvarado, Aldo Figueroa Navarro y Doris Rodríguez Alarcón, por violación de su derecho a la libertad, resultado de haberse vulnerado el principio de legalidad y el procedimiento predeterminado por ley.

2. Manifiesta que en calidad de procesado con medida de comparecencia restringida ante el Tercer Juzgado Especial Anticorrupción y estando a que habrían transcurrido 4 años sin emitirse sentencia, es decir, más del doble del plazo legalmente previsto para la instrucción, es que solicitó la gracia presidencial, la misma que le fue concedida mediante Resolución Suprema N.° 097-2006-JUS, de fecha 14 de junio de 2006. Refiere, sin embargo, que mediante resolución de fecha 23 de junio de 2006, la Sala Penal emplazada resuelve declarar inaplicable la gracia concedida, continuando el proceso penal que se seguía contra el recurrente, sin tener en cuenta la extinción de la acción penal que comporta el otorgamiento de la gracia presidencial.

3. El Cuadragésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2007, de fojas 1164, declara fundada la demanda y en tal sentido, nula la resolución judicial cuestionada, ordenando sobreseer el proceso. La recurrida declaró improcedente la demanda, por considerar que no existe resolución judicial firme.

2. ARGUMENTOS DE FONDO

Naturaleza jurídica de la gracia presidencial

4. La Constitución de 1993 en su artículo 118º inciso 21 establece que corresponde al Presidente de la República "[c]onceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria". Las siguientes cuestiones surgen en torno a esta disposición constitucional: 1) ¿cuál es la naturaleza jurídica del derecho de gracia presidencial?, 2) ¿cuáles son sus límites? y 3) ¿puede someterse a control jurisdiccional dicha facultad presidencial?

5. En cuanto a la primera pregunta debemos realizar las siguientes consideraciones. La configuración constitucional del ejercicio del derecho de gracia presidencial es la de ser un acto discrecional,excepcional y limitado. El derecho de gracia presidencial es discrecional en la medida que la propia Constitución lo reconoce como una facultad exclusiva cuyo ejercicio corresponde al Presidente de la República. La exigencia más importante que se deriva de esta característica es la de su motivación, en la medida que discrecionalidad no significa arbitrariedad. Tomás R. Fernández[1] ha afirmado con toda razón que
"[l]a motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario (...)".

6. De acuerdo con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 45º de la Constitución, STC 06204-2006-HC/TC, STC 5760-2006-AA/TC, entre otras), cuanto más amplio es el margen de decisión que ostenta una autoridad pública, más intenso es el grado del deber de motivación de su ejercicio. A mayor discrecionalidad, mayor deber de motivación, entendida ésta como la explicitación o exteriorización de las razones objetivas que sustentan una decisión, sea administrativa, jurisdiccional e incluso legislativa. La motivación del ejercicio de la gracia presidencial impide que ésta pueda ser utilizada como una "cobertura jurídica" de actos contrarios a la Constitución y, por ende, arbitrarios.

7. La diferencia entre un acto discrecional y otro arbitrario radica precisamente en su justificación, y ella sólo puede ser apreciada a través de la motivación. Pero no cualquier motivación elimina la arbitrariedad de un acto discrecional, sino aquella que está dirigida cumplidamente a expresar las razones que lo justifican. En el caso de la gracia presidencial la motivación es una exigencia que no puede ser eludida sino a costa de poner en peligro otros bienes que gozan, igualmente, de protección constitucional, como por ejemplo la persecución y la sanción del delito.

8. El ejercicio de la gracia presidencial, asimismo, es excepcional en la medida que ordinariamente es al Poder Judicial al que le corresponde administrar justicia, de conformidad con el artículo 138º de la Constitución. De hacerse corriente su ejercicio no sólo se estaría convirtiendo en una suerte de "sistema judicial paralelo", sino que también su ejercicio abusivo (artículo 103º de la Constitución) puede embozar una sustracción a la acción de la justicia, lo cual se agrava si están de por medio delitos cuya persecución y sanción están previstos en la propia Constitución, como son el de terrorismo (artículo 2º inciso 24, literal f), tráfico ilícito de drogas (artículo 8º) y corrupción (artículo 41º), entre otros.

9. La gracia presidencial a la par que su ejercicio debe ser excepcional también es limitado. Precisamente, si hay algo que caracteriza a los actuales Estados constitucionales y democráticos de Derecho es, a la luz de los derechos fundamentales y de los principios y valores constitucionales, la racionalización del ejercicio no sólo del poder público sino también de los poderes privados. Es decir, un sometimiento más intenso de éstos a los principios jurídicos de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución.

10. En cuanto a la segunda pregunta, podemos afirmar que es una cláusula de partida afirmar, ahora, que en el Estado constitucional de Derecho no existen poderes exentos de control. De ahí que el ejercicio de la facultad presidencial del derecho de gracia también está sujeto a límites constitucionales y legales, aunque de manera especial. El artículo 118º inciso 21 de la Constitución, ciertamente, no establece de manera expresa cuáles son esos límites; pero sólo de él no puede colegir que dichos límites sean inexistentes en nuestro ordenamiento jurídico. Ello de modo similar al caso de las leyes de amnistía (STC 679-2005-PA/TC, FJ 22), en el cual se estableció que ella estaba sujeta a límites constitucionales como el principio-derecho de dignidad de la persona humana y de la observancia cabal de los derechos fundamentales y principios constitucionales. El derecho de gracia, en efecto, no es absoluto.

11. El derecho de gracia está sujeto, pues, a dos clases de límites constitucionales básicamente: 1) límites materiales y 2) límites formales. Entran en la consideración como límites materiales explícitos e implícitos los derechos fundamentales en general, además de los principios y valores constitucionales. Concretamente, del artículo 2º-24-f de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico se deriva que hay bienes constitucionales como la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y la corrupción (artículos 39º, 42º, 45º y 139º-4) que constituyen límites materiales del ejercicio del derecho de gracia, al igual el principio de persecución y sanción del delito, el principio de no impunidad, de la misma forma que el derecho a la verdad (STC 2488-2002-HC/TC).

12. En cuanto a los límites formales el propio artículo 118º inciso 21 de la Constitución reconoce al derecho de gracia para aquellos procesados en los cuales la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria, de lo cual se derivan: a) que se trate de

procesados (obvio, no de sentenciados), b) que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; y c) la necesidad del refrendo ministerial (artículo 120°).

13. Por tanto, la gracia presidencial es una potestad constitucional discrecional del Presidente de la República, pero regulada en su ejercicio por principios constitucionales y normas jurídicas; en consecuencia, pasible de ser sometida a control jurisdiccional.

Control jurisdiccional de la gracia presidencial

14. En cuanto a la tercera pregunta, esto es, si puede ser objeto de control jurisdiccional el ejercicio del derecho de gracia, es del caso mencionar que en los actuales Estados constitucionales y democráticos, aquellas cuestiones que antaño se consideraban "cuestiones políticas no justiciables" vienen cediendo paulatinamente a las exigencias propias de limitación y racionalización del ejercicio del poder público.

15. En el ámbito parlamentario, por ejemplo, la doctrina de los interna corporis acta ha cedido al punto que hoy sólo puede admitirse actos parlamentarios exentos de control que no tengan incidencia ad extra del recinto parlamentario; y esto es, porque si existiera una afectación de los derechos fundamentales siempre queda abierta la posibilidad de que dicho acto sea recurrido en vía jurisdiccional a través, por ejemplo, del amparo contra actos parlamentarios no legislativos.

16. Lo que define entonces si un acto es o no susceptible de ser controlado jurisdiccionalmente no es la autoridad o el poder que lo dicta ni tampoco la materia que regula, sino más bien si dicho acto afecta los derechos fundamentales de las personas aun cuando no sean absolutos u otros bienes constitucionales, cuya protección es trascendental para el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Ahora, si, como se ha señalado, el derecho de gracia está sujeto a límites constitucionales formales y materiales, es lógico concluir que la observancia de dichos límites puede ser controlada jurisdiccionalmente de manera ordinaria por el Poder Judicial o de modo especial por el Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículo 138° y 201° de la Constitución.

17. Esto no cuestiona ni anula la atribución constitucional reconocida en el artículo 118° inciso 21 de la Constitución, simplemente exige que el ejercicio del derecho de gracia, como toda atribución especial que la Constitución confiere, sea realizada respetando el marco constitucional y legal establecido. En ese sentido, el control jurisdiccional de la gracia presidencial puede ser realizado en tres grados: leve, intermedio e intenso, en atención, por un lado, a los bienes jurídicos que resultarían afectados por el ejercicio de la gracia presidencial; y, de otro, a los distintos niveles de discrecionalidad –mayor, intermedia y menor– a que se ha referido ya el Tribunal Constitucional en la STC 0090-2004-AA/TC (FJ 9).

18. Así, en el caso de que el ejercicio de la gracia presidencial incida en personas procesadas por la comisión de "delitos constitucionalizados" (como el narcotráfico, la corrupción, el terrorismo, delitos de lesa humanidad, entre otros) el control jurisdiccional debe ser de grado intenso precisamente por la relevancia constitucional que el constituyente –y no sólo el legislador– expresamente ha establecido para su persecución y sanción. Ello implica, en primer lugar, que no se traspasen los límites formales y materiales que se derivan de la Constitución. En segundo lugar, la existencia de una motivación explícita y suficiente que debe ser fácilmente apreciable en la resolución suprema que concede la gracia presidencial. En tercer lugar, el cumplimiento escrupuloso del procedimiento establecido en las normas pertinentes.

19. Es desde el prisma del control jurisdiccional intenso que se evaluará el presente caso, en la medida que los cinco procesos penales por los cuales se viene procesando al demandante están vinculados con delitos de corrupción.

3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Una cuestión procesal previa

20. En la resolución emitida por la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, al pronunciarse en segundo grado sobre la demanda de hábeas corpus de autos (folio 1220), se advierte que aquella cuenta sólo con 2 votos porque se declare improcedente la misma, mientras que el voto singular del tercer magistrado integrante de dicha Sala, se advierte que su opinión es que se confirme la apelada, esto es, que se declare fundada la misma.

21. Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 141° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que "[e] n las Salas de la Corte Suprema, cuatro votos conformes hacen resolución. En las Cortes Superiores tres votos conformes hacen resolución, tratándose de las que ponen fin a la instancia, y en los demás casos bastan dos votos conformes. En las Salas Penales se requiere de dos votos. Salvo las excepciones que señala la ley. Los votos, incluso los singulares y discordantes, se emiten por escrito, con firma de su autor. Todos se archivan juntamente con una copia de la resolución".

22. El Tribunal Constitucional, en su oportunidad (STC 00682-2007-PHC/TC, STC 02192-2007-PHC/TC, STC 01980-2007-PHC/TC, STC 01219-2007-PHC/TC, STC 03221-2007-PHC/TC, STC 01799-2007-PHC/TC, entre otras) interpretó que "tratándose de una resolución que pone fin a la instancia, se requiere de tres votos conformes, como lo establece el artículo 141° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La resolución mencionada no cumple esta condición al contar solamente con dos votos, lo que debe ser subsanado. Que siendo así, al haberse producido el quebrantamiento de forma en la tramitación del presente proceso constitucional, los actuados deben ser devueltos a fin de que se proceda con arreglo a ley, en aplicación del artículo 20° del Código Procesal Constitucional" (STC 00682-2007-PHC/TC, considerandos 2 y 3).

23. Al respecto cabe señalar lo siguiente. Es verdad que en los procesos constitucionales rige el principio de

elasticidad o ductibilidad que se reconoce en el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuando señala que "(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales". Sin embargo, cada vez que el juez constitucional recurra a este principio debe justificarse su aplicación. En el fundamento 2 de la sentencia se reconoce un quebrantamiento de forma y, no obstante ello, se ingresa al fondo de la controversia bajo el argumento que así lo amerita "las razones de urgente tutela que más adelante se exponen". Sin embargo, de la lectura del expediente y de la sentencia en mayoría, las razones de urgente tutela no quedan acreditados.

24. En ese sentido, la demanda debió declararse improcedente de conformidad con la reiterada jurisprudencia de este Tribunal; o, de lo contrario, superar esta cuestión formal justificando ello de manera suficiente; lo cual sin embargo, no se aprecia en la sentencia.

Control jurisdiccional de la Resolución Suprema N.º 097-2006-JUS

25. En el fundamento 17 del presente voto, se señala y justifica por qué el caso concreto amerita un control jurisdiccional intenso. También se señala que el parámetro de control estaba conformado por los siguientes criterios: a) que no se traspasen los límites formales y materiales que se derivan de la Constitución, b) la exigencia de una motivación explícita y suficiente que debe ser fácilmente apreciable en la resolución suprema que concede la gracia presidencial y c) el cumplimiento escrupuloso del procedimiento establecido en las normas pertinentes.

26. En cuanto al primer parámetro de control, en lo que se refiere a los límites materiales de la gracia presidencial, se señala que uno de ellos es que ella no debe incidir en procesados por la presunta comisión de delitos de terrorismo, narcotráfico y corrupción, en la medida que este Tribunal (STC 019-2005-PI/TC, FJ 47), citando la Convención Interamericana contra la Corrupción, ha reconocido que "[l]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; (...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)".

27. Sin embargo, cuando de manera excepcional la gracia presidencial incida en un procesado por delito de terrorismo, narcotráfico o corrupción aquélla debe ponderarse con la razón humanitaria que lo habilita a fin de no desproteger otros bienes constitucionales que se tutelan, en el caso concreto, a través de la lucha contra la corrupción. Nada de esto se aprecia en la Resolución Suprema N.º 097-2006-JUS, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de junio de 2006. En ese sentido, el ejercicio de la gracia presidencial podría terminar socavando los pilares sobre los cuales se debe fortalecer las instituciones del Estado; peor aún, estarían vulnerándose bienes de relevancia constitucional a los que la propia Constitución del Estado le ha otorgado una persecución especial y no protección especial.

28. Los límites formales que se derivan de la propia Constitución (artículo 118º inciso 21) son: a) que se trate de procesados (nunca de sentenciados), b) que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria, c) la necesidad del refrendo ministerial (artículo 120º). En cuanto a lo primero está reconocido en el expediente que el demandante se encuentra procesado en los siguientes procesos penales: 1) expediente N.º 054-2001: Segundo Juzgado Penal Especial (Caso Desvío de Fondos), 2) expediente N.º 035-2003: Tercer Juzgado Penal Especial (Caso Borobio), 3) expediente N.º 069-2001: Quinto Juzgado Penal Especial (Caso Mig-29), 4) expediente N.º 05-2004: Quinto Juzgado Penal Especial (Caso Camionetas Pick Up) y 5) expediente N.º 46-2001: Tercer Juzgado Penal Especial (Caso CTS).

29. En cuanto a la exigencia que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria, cabe señalar que a folios 959-961 obra un documento sin fecha denominado "Cómputo de Plazos", en el cual se concluye el cumplimiento de dicho requisito. Sin embargo, no existe un análisis o pronunciamiento expreso en dicho documento en cuanto se refiere a si alguno o todos los procesos mencionados supra han pasado o no a etapa de juicio oral. Ello a pesar de que en el Acta de Sesión de fecha 19 de mayo de 2006 la Comisión Especial del Ministerio de Justicia solicitó "información sobre la etapa procesal en la que se encontraría cada expediente, toda vez que no hay elementos que demuestren a la Comisión si los cinco procesos se encuentran en etapa de instrucción o si ya han pasado a la etapa de juicio oral" (folio 1038). Más aún si dicha Comisión Especial votó en mayoría admitir el otorgamiento de la gracia, con el voto en contra de su presidente el Dr. Luis Bramont-Arias. La existencia del refrendo ministerial en la Resolución Suprema N.º 097-2006-JUS no enerva, sin embargo, la omisión del análisis de la etapa del proceso penal en que se encontrarían los expedientes ya mencionados.

30. En lo que atañe al segundo parámetro de control, esto es, la existencia de una motivación explícita y suficiente que debe ser fácilmente apreciable en la resolución suprema que concede la gracia presidencial, la Resolución Suprema N.º 097-2006-JUS no supera este parámetro de control. Se observa que la Resolución mencionada no explicita razonable ni proporcionalmente los motivos por los cuales se concede al demandante la gracia presidencial. Como ya se dijo, cuanto más discrecional es el ejercicio de una facultad, mayor es también la exigencia de motivación. En ese sentido la Resolución Suprema N.º 097-2006-JUS es inconstitucional porque vulnera el artículo 45º de la Constitución que recoge implícitamente el principio de interdicción de la arbitrariedad.

"En su significación más primaria el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad

y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho (...) y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo (...) de una fundamentación que lo sostiene"[2].

31. Al respecto, en el fundamento 31 de la sentencia se incurre en una antinomia. En efecto, en el fundamento 26 de la sentencia se reconoce como límite material de la gracia presidencial al principio-derecho de igualdad, sin embargo en el fundamento 31 se concluye que la falta de motivación "no invalida la resolución adoptada", para más adelante, en el fundamento 32, señalar que en casos futuros "tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que , en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado". ¿Cómo puede concluirse que la resolución suprema inaplicada no es discriminatoria si están ausentes las razones objetivas que la justifican? Nuevamente, como ha señalado Josep Aguiló, "(...) cuanto más discrecional es un acto (menos regulado está) más justificación requiere"[3].

No menos relevante es el tercer parámetro de control que se refiere al respeto escrupuloso del procedimiento establecido para la concesión del derecho de gracia. En el caso concreto, el artículo 3º del Reglamento Interno de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias (Resolución Ministerial N.º 593-2004-JUS) establece expresamente que "[e]l Indulto y el Derecho de Gracia por razones humanitarias constituyen una atribución constitucional exclusiva del Presidente de la República, cuya concesión es de carácter excepcional"; del mismo modo en su artículo 10º prevé que se considera prioritaria la atención de las siguientes personas privadas de su libertad: "1. Las que padecen enfermedades terminales o irreversibles según su estado. 2. Las que pese a padecer enfermedades no terminales, por la naturaleza de las condiciones carcelarias, pueden ver en grave riesgo su vida o afectada sensiblemente su integridad o dignidad. 3. Las afectadas por transtornos mentales crónicos o irreversibles. 4. Las mayores de 65 años".

32. En el expediente no se ha demostrado fehacientemente la concurrencia de ninguna de estas circunstancias a favor del demandante. Por lo que no se puede apreciar cuáles han sido las razones humanitarias por las que se le ha concedido la gracia presidencial. En el expediente de hábeas corpus no obra el cuadernillo técnico que permita comprobar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 12º del Reglamento antes citado, los cuales son:

"a) Informe emitido por la Junta Médica Penitenciaria, que describa en forma detallada el estado clínico del solicitante, el diagnóstico definitivo, pronóstico y posibilidad de medicación y tratamiento en el Establecimiento Penitenciario, según formato de protocolo médico que se anexa.
b) Certificado de ingresos y egresos a los establecimientos penitenciarios del país,
c) Informe del INPE sobre la existencia de Gracias Presidenciales concedidas con anterioridad.
d) Informe Social.
e) Copia certificada de la sentencia, de contarse con ésta.

La Comisión podrá requerir al INPE los informes que sean necesarios a efectos de un mejor desempeño de sus funciones". (énfasis agregado).

34. Más aún, en el expediente de hábeas corpus sólo obran las actas, de fecha 11 de abril, 21 de abril, 19 de mayo, 2 de junio, 12 de junio de 2006, de las sesiones de la Comisión Especial que evaluó la solicitud del demandante. De ellas sólo es posible derivar, como lo reconoce la propia Comisión en el Acta de su sesión de 21 de abril de 2006, la complejidad de la solicitud de la gracia presidencial, pero no fluyen las razones humanitarias en las cuales se sustenta el artículo 2º de la Resolución Suprema N.º 097-2006-JUS. Tan es así que el Presidente de la Comisión Especial, Dr. Luis Bramont Arias, discrepó de proponer que se le conceda la gracia presidencial al demandante, según consta en el Acta correspondiente a la sesión de fecha 12 de junio de 2006.

35. Por tanto, estando ausentes los elementos objetivos y subjetivos necesarios para resolver adecuadamente la presente controversia, no puede concluirse, como se hace en el fundamento 30 de la sentencia en mayoría, que "la grave enfermedad que sufre el recurrente" que supuestamente es de "conocimiento público" es lo que sustenta la concesión de la gracia presidencial, cuando es claro que ella no está suficientemente acreditada.

36. Ello no sólo quiebra el principio de igualdad (artículo 2º inciso 2 de la Constitución) sino que también pone en evidencia la contradicción entre los fundamentos 10 a 28 de la sentencia y el análisis del caso concreto (fundamentos 29 a 33). Porque si en la propia sentencia se reconoce que uno de los límites a la gracia presidencial es el principio-derecho de igualdad, era necesario que el análisis de la controversia supere el test de proporcionalidad para verificar, constitucionalmente, si en el presente caso se está ante un supuesto de diferenciación o de discriminación (STC 0025-2005-PI/TC y 0025-2005-PI/TC, entre otras); lo cual, sin embargo, no se ha realizado.

4. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto precedentemente, la presente demanda de hábeas corpus debe declararse INFUNDADA.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS

---

[1] De la arbitrariedad de la administración. Madrid: Civitas, 4.ª edición corregida, 2002. p. 87.
[2] Tomás R. Fernández. Op. cit. p. 86.
[3] «Sobre Derecho y Argumentación». En Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional, material de lectura, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008. 10 pp.

Exp. N° 4441-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Nicolás de Bari Hermosa Ríos. Sobre la obligación estatal de investigar los hecho y sancionar a los responsables por violación de derechos humanos].*

Fecha de Resolución: 9 de enero de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 2 de julio de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) estableció que la obligación del Estado Peruano de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso "Barrios Altos") no se limitaba a declarar la nulidad de aquellos procesos en los que se hubiese aplicado las Leyes de Amnistía N° 26479 y N° 26479; sino que implicaba, además, declarar nula toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo.

El Estado en cumplimiento de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara la nulidad de las resoluciones que en su oportunidad declararon el sobreseimiento de la causa en su contra y reabre el proceso de investigación sobre los mismos hechos, por lo cual no puede alegarse vulneración de derechos fundamentales.

Temas claves: Mandato de instancia supranacional.

EXP. N.° 04441-2007-PA/TC
LIMA
NICOLÁS DE BARI
HERMOZA RÍOS

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 9 de enero de 2008

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Nicolás de Bari Hermoza Ríos a través de su abogada, contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 170 del tercer cuaderno, su fecha 12 de abril de 2007, que declara infundada la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 28 de agosto de 2001 el recurrente interpone demanda de amparo contra la resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM), de fecha 1 de junio de 2001, así como contra la resolución expedida por la Sala revisora del mismo Consejo, de fecha 4 de junio de 2001, en el marco del proceso penal militar N° 494-V-94. Según refiere, mediante las aludidas resoluciones se declaró la nulidad del auto de sobreseimiento dictado en su oportunidad por la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 21 de octubre de 1994, así como el auto confirmatorio de la Sala Revisora del referido Consejo, de fecha 28 de octubre de 1994.

El recurrente refiere que al declarar la nulidad de las resoluciones que en su oportunidad declararon el sobreseimiento de la causa en su contra y reabrir el proceso de investigación sobre los mismos hechos se violan sus derechos a la cosa juzgada que genera el sobreseimiento de una causa penal, así como el derecho a no ser sometido a un doble proceso sobre los mismos hechos. Considera además que la anulación de las resoluciones de sobreseimiento se basa en la aplicación de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proceso en el que no ha sido parte, y sobre todo que la referida sentencia no juzgó el acto de sobreseimiento definitivo de la causa en la que estuvo comprendido, sino la incompatibilidad de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492 con la propia Convención Americana de Derechos Humanos. Concluye en que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede declarar la nulidad de una resolución judicial que adquirió calidad de cosa juzgada.

2. Que luego de haber sido rechazada la demanda por las instancias judiciales, sin ser admitida a trámite, mediante resolución de fecha 20 de abril de 2004 este Colegiado declaró la nulidad de todo lo actuado, ordenando su admisión a trámite conforme a ley. Luego de admitida a trámite la demanda a fojas 209 se apersona el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar, deduce las excepciones de caducidad, de falta de legitimidad para obrar de los demandados y de litispendencia, y contesta la demanda argumentando básicamente que la resolución de la

Justicia Militarque se cuestiona ha sido emitida en el marco de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional y en cumplimiento de las obligaciones supranacionales asumidas por el Estado peruano, en la medida que se trataba de dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que había dispuesto la obligación del Estado peruano de investigar los hechos y sancionar a los responsables de la "Matanza de Barrios Altos" a la que se vincula al recurrente en su condición de Comandante General de las Fuerzas Armadas de aquel entonces.

3. Que con fecha 5 de septiembre de 2005 la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundadas las excepciones interpuestas e igualmente infundada la demanda de amparo. Entre los argumentos más saltantes la Sala estableció que las resoluciones materia del presente amparo se dictaron en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso "Barrios Altos", en la que se había establecido la responsabilidad del Estado peruano en la violación de los garantías de protección judicial de los derechos contenidos en los artículos 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de los derechos contenidos en los artículos 1.1º y 2º de la misma Convención de la que el Perú es parte. Agrega que por ello las resoluciones cuestionadas no puede decirse que han sido emitidas violando los derechos del recurrente, sino al contrario su expedición responde a un mandato inexorable de una instancia supranacional de tutela de derechos fundamentales. La recurrida confirmó la apelada con similares argumentos, precisando además que las resoluciones judiciales que se cuestionan han sido expedidas en cumplimiento de lo que establece el artículo Nº 55º de la Constitución que establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

4. Que tal como se advierte el presente proceso fue iniciado en el marco de la legislación procesal anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional, por lo que conviene establecer, antes de responder a las cuestiones planteadas, el marco normativo procesal aplicable al presente caso. Sobre el particular este Colegiado ha establecido que las normas del Código Procesal Constitucional son aplicables incluso a procesos en trámite, conforme a la Segunda Disposición Final del referido Código, siempre que de su aplicación no se desprenda afectación a la tutela jurisdiccional efectiva (STC Nº 3771-2004-HC/TC). En consecuencia, el presente proceso se regirá, en esta instancia, por la reglas del referido Código Procesal Constitucional.

5. Que tal como se desprende de autos, mediante el presente proceso el recurrente solicita se declare inaplicable tanto la resolución de Sala Plena del CSJM de fecha 1 de junio de 2001 como la resolución de la Sala Revisora de fecha 4 de junio de 2001, que declararon nulos el auto de sobreseimiento definitivo del proceso penal seguido en su contra (Exp. N.° 494-V-94) dictado por la Sala de Guerra del CSJM con fecha 21 de octubre de 1994 y el auto confirmatorio de la Sala Revisora del CSJM de fecha 28 de octubre de 1994, inhibiéndose del conocimiento de la causa y ordenando que los actuados se remitan al fuero común. Alega que las resoluciones cuestionadas vulneran sus derechos al debido proceso y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Al sustentar los agravios y de manera reiterada a lo largo del trámite del presente proceso el recurrente ha sostenido que en su caso el auto de sobreseimiento no respondió a la aplicación de las Leyes de Amnistía Nº 26479 y 26492 declaradas nulas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por el Estado peruano, sino que se trataba de un "sobreseimiento definitivo como consecuencia de la insuficiencia notoria de pruebas para continuar con el proceso penal" (escrito de demanda, en el mismo sentido en su escrito de apelación), de manera que al anular una resolución de sobreseimiento definitivo se estarían violando sus derechos a la cosa juzgada y a la prohibición de doble juzgamiento por los mismos hechos.

6. Que no obstante, conforme se desprende tanto de las propias resoluciones cuestionadas como también de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso "Barrios Altos", los efectos de la decisión de la Corte no se contraen solamente a quienes hayan resultado beneficiados de manera directa con las leyes de amnistía aludidas, sino que comportan la obligación del Estado peruano de investigar los hechos y establecer la responsabilidad de los culpables de tan execrables delitos, que por cierto, no constituyen materia de competencia del fuero militar al tratarse de violaciones a los derechos humanos y no de delitos de función.

7. Que en tal sentido la Resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 1 de junio de 2001, que es materia del presente proceso, estableció que "los sobreseimientos dispuestos cerrando las investigaciones de los graves hechos que dieron lugar a la intervención de la Justicia Militar y excluyendo definitivamente a los procesados de la instrucción materia del presente proceso, vulnera claramente la Quinta decisión de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ordena al Estado investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos". Dicha investigación desde luego debe hacerse por jueces competentes y dentro de los parámetros y exigencias mínimas para el esclarecimiento de los hechos, la individualización de los responsables y la imposición de las sanciones penales que correspondan conforme a la legislación penal.

8. Que en esta misma línea de razonamiento este Colegiado ha establecido de manera concluyente con relación a los argumentos del recurrente, en el caso Santiago Martín Rivas (Exp. Nº 4587-2004-AA/TC), que:"(...) las obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos por el caso "Barrios Altos" ordenada por la Corte Interamericanade Derechos Humanos en el ordinal 5

del fallo de la sentencia, no se circunscriben, como ha sido interpretado por el recurrente, sólo a los supuestos contemplados en los ordinales 3 y 4 de dicho fallo; es decir, en relación a aquellas resoluciones judiciales que se dictaron aplicando las leyes de amnistía dejadas sin efecto. Comprende, también, al ordinal 2, en todos los aspectos que allí se desarrollan; esto es, la declaración de que el Estado peruano violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías y protección judiciales de las víctimas y sus familiares".

9. Que en tal sentido en la misma sentencia este Tribunal estableció que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las Leyes de Amnistía N.° 26479 y N.° 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también de toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente (STC 4587-2004-AA/TC fundamento 63).

10. Que siendo esto así la demanda resulta improcedente toda vez que los hechos invocados en la demanda no forman parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados como violados por el recurrente, resultando de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. N° 4922-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT y SUNAD. Sobre el derecho de igualdad remunerativa].*

Fecha de Resolución: 18 de octubre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de mayo de 2008

Resumen: Se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT/ADUANAS contra la Superintendencia Nacional de administración Tributaria, y por primera vez el Tribunal Constitucional abordó el principio-derecho de igualdad de remuneración, debido a que en la demanda se peticionó la homologación de las remuneraciones percibidas por los trabajadores provenientes de la ex ADUANAS con los servidores de igual nivel y categoría que laboran en la SUNAT.

En la sentencia mencionada el Tribunal dejó sentado que el derecho fundamental a la remuneración en conexión con el principio-derecho de igualdad impone que la remuneración que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador "no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo", pues la igualdad de trato obliga a que la conducta, ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación irrazonable y arbitraria.

Ello debido a que los numerales 2 y 3 del artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 2°.1 del Convenio OIT N.° 100, reconocen el principio-derecho de igualdad de remuneración: igual salario por trabajo igual.

A partir de ello, el Tribunal determinó que los trabajadores de la ex ADUANAS que pasaron a formar parte de la SUNAT, que se encuentran en igual nivel y categoría que el personal que trabaja en la SUNAT, no debe recibir una remuneración mucho menor. Es más, el Decreto Supremo N.° 095-2002-EF tenía como finalidad nivelar a los ex servidores de ADUANAS con sus homólogos de SUNAT.

Temas claves: Derecho a la igualdad - derecho a percibir una remuneración justa - homologación de remuneraciones de trabajadores.

EXP. N.° 04922-2007-PA/TC
LIMA
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE SUNAT/ SUPERINTENDENCIA NACIONAL ADJUNTA DE ADUANAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de octubre de 2007, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT/ Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, contra la resolución de la Cuarta SalaCivil de la Corte Superior de Justicia del Lima, de fojas 516, su fecha 4 de julio de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 28 de junio de 2006 el Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT/ Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT, con el objeto de que se ordene: a)

la inmediata homologación de las remuneraciones percibidas por los trabajadores provenientes de la Ex ADUANAS con los servidores de igual nivel y categoría que laboran en la SUNAT, b) la inaplicación del artículo 1º del Decreto Supremo Nº 016-2003-EF que dispone la reducción de 16 a 14 el número de remuneraciones anuales percibidas por los trabajadores de la Ex Aduanas, especialmente las bonificaciones de escolaridad y vacaciones, c) el pago de las remuneraciones devengadas más los intereses legales, toda vez, que existe vulneración al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

Sostiene que mediante Decreto Supremo Nº 095-2002-EF se dispuso la adecuación progresiva de las remuneraciones percibidas por los servidores de la Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas con sus homólogos de la SUNAT. Sin embargo, dicha homologación se ha realizado únicamente respecto de los cargos de la Alta Dirección de la institución, más no con el resto del personal, situación totalmente injusta, arbitraria y discriminatoria que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.

Afirma asimismo que respecto al Decreto Supremo Nº 016-2003-EF, las remuneraciones por concepto de escolaridad y vacaciones fueron injustamente recortadas a través de una aplicación inconstitucional, pues en un primer momento percibían un total de 16 remuneraciones anuales y sin embargo mediante el total de remuneraciones anuales ha sido rebajado a catorce.

La emplazada deduce la excepción de incompetencia y prescripción extintiva y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, considerando que el personal proveniente de Ex ADUANAS se regía por su propia escala, además de existir personal de la Ex ADUANAS muy bien remunerado. Asimismo señala no haber norma o mandato para homologar las remuneraciones solicitadas. Por otro lado con respecto a la inaplicación del artículo 1º del Decreto Supremo Nº 016-2003-EF, señala que el cobro de sus remuneraciones con el recorte mencionado no implica renuncia de derecho laboral alguno ni mucho menos aceptación del recorte en referencia, no tratándose en todo caso de un derecho ganado en base a un convenio colectivo o una norma con rango de ley, sino dicho beneficio estaba condicionado a la disponibilidad presupuestal de la Superintendencia Nacional de Adunas.

El Vigésimo Primer Juzgado Civil de Lima, con fecha 18 de abril de 2007, declara fundada en parte la demanda con respecto a la homologación e infundada la demanda en el extremo referido a la inaplicación del artículo 1º del Decreto Supremo Nº 016-2003-EF.

La recurrida por su parte revoca la apelada y declara improcedente la demanda respecto a la homologación por considerar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido ya que existe una vía procedimental igualmente satisfactoria. Finalmente confirma el extremo que declara infundada la demanda respecto a la inaplicación del artículo 1º del Decreto Supremo 016-2003-EF.

III. FUNDAMENTOS

§ Delimitación del petitorio de la demanda

Del petitorio de la demanda de amparo interpuesta con fecha 28 de junio de 2006, se advierte que la demandante solicita en sede constitucional lo siguiente:

- Que se ordene a la demandada homologar las remuneraciones de los trabajadores provenientes de la Ex Aduanas, con los servidores de igual nivel o categoría que laboran en la SUNAT.
- Que se inaplique el artículo 1º del Decreto Supremo Nº 016-2003-EF, que dispone la reducción de 16 a 14 el número de remuneraciones anuales percibidas por los trabajadores de la Ex – Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, especialmente las bonificaciones de escolaridad y vacaciones y que se ordene el pago de remuneraciones devengadas y los intereses legales.

§ Procedencia de la demanda de Amparo

1. En la STC Nº 0206-2005-PA se estableció el carácter residual y subsidiario del proceso de amparo para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen de la actividad privada; sin embargo en el fundamento 6 de la precitada sentencia se habilita acudir al amparo.

" [S] olo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate". (subrayado agregado) ".

2. En efecto y conforme al fundamento 1 de la STC Nº 0206-2005-PA, que se refiere a los criterios jurisprudenciales seguidos en la STC Nº 0008-2005-PI, relativos a los principios laborales constitucionales tales como: " indubio pro – operario, la igualdad de oportunidades, la no discriminación en materia laboral (...)". Este Tribunal considera ser competente para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, en el presente caso debido a la presunta vulneración del derecho a la remuneración y a las especiales circunstancias del conflicto que se afirma, como es la nodiscriminación en materia laboral, y constatar si se ha producido o no vulneración a los derechos alegados por parte del sindicato recurrente.

3. Es claro pues que las pretensiones materias de este proceso tienen por objeto la defensa de los derechos e intereses de los representantes y sus afiliados del Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT/ Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas. Por tal motivo y teniendo como parámetro la cláusula constitucional del artículo 1º principio dignidad de la persona y los artículos 24º y 28º dela Constitución, referentes al derecho a la remuneración y el derecho a la libertad sindical respectivamente, resulta evidente que

el sindicato como organización de personas defiende y tutela aquellos derechos reconocidos por la Constitución, para el bien e interés de sus afiliados.

§ Cuestión procesal previa

4. Con respecto al apersonamiento de la Federación Nacional de Trabajadores Aduaneros y Tributarios –FENTAT-, que obra a foja 42 y siguientes del Cuadernillo de este Tribunal, esta entidad debe ser considerada como litisconsorte facultativo ya que su apersonamiento ha ocurrido durante la oportunidad prevista por el artículo 54° del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente, la FENTAT-debe ser tomada en cuenta para los efectos de declararse procedente su admisión (por la oportunidad en que fue formulada), así como para los alcances de la sentencia que deba dictarse en el presente proceso, toda vez que tienen vinculación directa con en la relación jurídica procesal que se articula entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de la SUNAT/ Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas yla SUNAT.

§ Análisis de la cuestión controvertida

5. Con relación al primer problema, referido a la homologación de remuneraciones de los trabajadores provenientes de la Ex-Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, con los servidores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, resulta pertinente hacer una breve aproximación a la naturaleza de los derechos invocados.

§ La remuneración como derecho fundamental.

6. El artículo 24° de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaría, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de calculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales.

7. En el plano internacional este derecho fundamental guarda igual coherencia y relación con lo recogido en el artículo 23° numeral 2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 23

(...)

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7° ha señalado con respecto a este derecho:

Artículo 7°:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

(...)

De igual manera, el Convenio OIT N.° 100, sobre la igualdad de remuneración establece en su artículo 2.1 lo siguiente:

Artículo 2

1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

8. En tal sentido se infiere de los tratados de Derechos Humanos referidos a los que se hace mención que la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo. En efecto se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la remuneración como derecho fundamental de la persona humana.

§ La regla de no discriminación en materia laboral.

9. La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política del Perú compromete al Estado a expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencias de las personas. En tal sentido la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato -obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

10. Sobre el particular este Colegiado ha precisado[1] que:

" la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas

como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución. Asimismo la discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1)acción directa: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad;. y 2) por acción indirecta: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores."
Por tanto dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:
- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

11. En ese orden de ideas este Colegiado considera pertinente analizar la homologación de remuneraciones de los ex - trabajadores de Aduanas, con los servidores que laboran en SUNAT. El Decreto Supremo Nº 061-2002-PCM de fecha 11 de julio de 2002, dispuso la fusión por absorción de la Superintendencia Nacional de Aduana – SUNAD y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, correspondiendo a SUNAT la calidad de incorporante y a ADUANAS la calidad de incorporada. Dicho proceso comprendió la transferencia de recursos, personal, acervo documentario y materiales a SUNAT, conforme fluye del articulo 1º y 2º del citado decretó. Asimismo se señalo que el proceso de fusión concluirá en un plazo no mayor de 120 días calendarios. En virtud de dicho dispositivo los trabajadores de SUNAD pasaron a depender y pertenecer laboralmente de SUNAT.

12. El Decreto Supremo N.º 095-2002-EF dispuso que, " era conveniente realizar una adecuación progresiva de las remuneraciones percibidas por los servidores de la Superintendencia Nacional de Aduanas con sus homólogos de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, siendo pertinente iniciar tal acción con los altos cargos de la dirección de Aduanas (....). Así se decretó en suarticulo 1º
Artículo 1º.- El ingreso remunerativo mensual que por todo concepto corresponde a los cargos de Superintendente Nacional, Superintendente Ejecutivo, Asesor de Despacho I y II, Secretario General,. Intendente Nacional e Intendente de Aduanas IV de la Superintendencia Nacional de Aduanas, será igual al percibido por sus categorías homólogas existentes en la SuperintenciaNacional de Administración Tributaria. (Subrayado agregado)
La Superintendencia Nacional de Aduanas sólo reconocerá a los cargos señalados en el párrafo precedente, doce (12) remuneraciones continuas al año más un sueldo por aguinaldo por Fiestas Patrias y otro por Navidad.

13. En efecto se puede extraer que el sentido del Decreto Supremo N.º 095-2002-EF es nivelar a los ex – servidores de SUNAD, con sus homólogos de SUNAT. Siendo pertinente iniciar tal homologación con los altos cargos de la alta dirección de Aduanas, y posteriormente nivelar los demás cargos, en tanto concluya la encargatura de estudiar y elaborar un nuevo Sistema de remuneraciones de los servidores del Estado, tal como se estableció en el quinto considerando del referido Decreto Supremo, que expresamente señala:

"(...) es conveniente realizar una adecuación progresiva de las remuneraciones percibidas por los servidores de la Superintendencia Nacional de Aduanas con sus homólogos de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, siendo pertinente iniciar tal acción con los cargos de la Alta Dirección de Aduanas, en tanto concluya el encargo asignado a la Comisión Multisectorial de Alto Nivel constituida mediante Decreto Supremo N.º 125-2001-PCM, que se encargara de estudiar, elaborar y proponer un régimen de la carrera administrativa, así como un nuevo Sistema de Remuneraciones de los servidores del Estado." (Subrayado agregado)

14. En el presente caso para poder acreditar la titularidad del derecho invocado y sostener que se ha vulnerado su derecho a percibir una remuneración justa, y que se vulnera el derecho a la igualdad, los demandantes han presentado una serie de documentos, siendo los más importantes los siguientes:
- A fojas 284 obra la boleta de pago del demandante Castillo Gonzáles, observándose que este ostenta el cargo de Técnico I percibiendo un ingreso de S/. 1,899.69 Mil ochocientos noventa y nueve nuevos soles con sesenta y nueve céntimos; sin embargo en la estructura salarial del cuarto trimestre 2007de la SUNAT[2], la categoría de Técnico tiene un promedio de S/. 2,209.00 Dos mil doscientos nueve nuevos soles.
- A fojas 287, obra la boleta de pago de uno de los demandantes de la Ex Aduanas, observándose que el cargo profesional que ostenta es de Especialista de Aduanas I, cuyo ingreso mensual asciende la suma de S/. 7,724.48 Siete mil setecientos veinticuatro nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos. Sin embargo, a fojas 288 obra la declaración jurada de una trabajadora de la SUNAT cuyo ingreso mensual es de S/. 8,704.00 Ocho mil setecientos cuatro nuevo soles. Asimismo para acreditar el cargo, se presentó los datos personales que obra a fojas 296, cuya categoría asignada es la Profesional Especialista.

15. De manera que el personal de la ex – Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, que se encuentra en igual nivel y categoría que el personal que trabaja en SUNAT, reciben una remuneración mucho menor no obstante tener el mismo nivel y pertenecer a una misma institución SUNAT.

16. También se extrae que desde la fecha de expedición del Decreto Supremo N.º 095-2002-EF, solo se ha homologado las remuneraciones del personal de la alta

dirección de la Ex - SUNAD, es decir han transcurrido más de 5 años sin que la SUNAT realice la respectiva homologación a los ex - trabajadores de SUNAD. Ello significa que no se ha contemplado una justificación objetiva y razonable para el tratamiento diferenciado en cuestiones remunerativas entre el personal que labora en la misma entidad emplazada, no obstante tratarse de una misma institución. Por consiguiente dicha omisión de la demandada al no homologar las remuneraciones resulta ser discriminatoria e irrazonable. Por tanto se colige que en el presente caso se vulnera el derecho a la igualdad de los demandantes para percibir una remuneración por igual labor y por igual categoría que la que perciben los trabajadores originarios de le entidad emplazada.

17. Con respecto a la segunda cuestión controvertida inaplicación del artículo 1° del Decreto Supremo N° 016-2003-EF, el Sindicato recurrente alega que dicho dispositivo legal recorta injustamente el pago de las remuneraciones adicionales por el concepto de vacaciones y escolaridad. En ese sentido cabe señalar que el decreto en mención señaló que el personal de Ex Aduanas integrado a la SUNAT como consecuencia de la fusión dispuesta mediante Decreto Supremo N° 061-2002-PCM, percibirá un total de 12 remuneraciones mensuales por año, a las que se agregaran otras dos (2) por concepto de gratificaciones correspondientes a los meses de julio y diciembre de cada año. Asimismo se dispuso que los conceptos de escolaridad y asignación vacacional se integraran a partir del 2003 a sus remuneraciones mensuales.

18. Admitir que los trabajadores de Ex-Aduanas perciban un total de 16 remuneraciones anuales en desigualdad con sus homólogos de SUNAT que perciben 14 remuneraciones al año implica mantener un trato desigual y diferenciado a todas luces inconstitucional dentro de dicha institución cuando es precisamente lo que se está tratando de corregir con la homologación En ese sentido y siguiendo la regla de no discriminación en materia laboral y con el fin de equiparar la situación y unificar el número de remuneraciones de los trabajadores de la SUNAT con los trabajadores de la Ex Aduanas, no se debe otorgar tales remuneraciones adicionales para evitar la desigualdad y el trato discriminatorio entre todos los trabajadores de la hoy SUNAT. Por lo tanto, este extremo de la demanda debe ser desestimado.

19. Respecto al pago de las remuneraciones devengadas y los intereses legales, el Tribunal ha establecido que no procede el pago de remuneraciones, por cuanto el reclamo de este es de naturaleza indemnizatoria y no, obviamente restitutoria, por lo que no es esta la vía en la que corresponda atenderlo, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de amparo y ordenar a la emplazada homologar a los demandantes su remuneración en igual nivel, cargos y categorías respectivas con los trabajadores de la SUNAT.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, en el extremo referido a la inaplicación del artículo 1° del Decreto Supremo 016-2003-EF.

3. Declarar **PROCEDENTE**, la intervención litisconsorcial de la Federación Nacional de Trabajadores Aduaneros y Tributarios -FENTAT-, con las consecuencias correspondientes.

4. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo referido al pago de las remuneraciones devengadas y los intereses legales sin perjuicio de que tiene a salvo su derecho del recurrente para que lo haga valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] STC 0008-2005-AI. Fundamento 23

[2] Ver en http://www.sunat.gob.pe/gestionTransparente/rrhh/estructuraSalarial/2007/index.html

Exp. Nº 5652-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Rosa Bethzabé Gambini Vidal. Sobre la discriminación laboral por razón de sexo (situación especial de embarazo)].*

Fecha de Resolución: 6 de noviembre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de noviembre de 2008

Resumen: En la sentencia recaída en el Exp. N.° 05652-2007-PA/TC, publicada el 7 de noviembre de 2008, se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, por comprobarse que la demandante fue objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional, por primera vez, desarrolló las siguientes materias: a) la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; b) la protección internacional de la mujer y sus derechos humanos; y, c) la discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo.

Entre otras cosas, señaló que "en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una cláusula general de igualdad de derechos de hombres y mujeres, y una cláusula que contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación lo que constituye una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a grupos de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana".

Asimismo precisó que "la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida".

Puso énfasis en que la protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca el acceso a la educación, la orientación y la formación profesionales; el acceso al trabajo ya sea por cuenta propia, asalariado o en la administración pública; el acceso a los servicios de colocación o tercerización; el acceso a las organizaciones de trabajadores; la promoción profesional; la seguridad del empleo; la negociación colectiva; la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor; el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; y otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo, las horas de trabajo, los períodos de descanso y las vacaciones.

En el caso de las mujeres, la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Ello sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por ello, el despido de

una trabajadora por razón de su embarazo o en los tres meses posteriores al parto constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo.

Temas claves: derecho a la igualdad - derecho al trabajo - despido arbitrario - discriminación laboral por sexo - protección especial a la madre - sistema internacional de derechos humanos.

EXP. N.° 05652-2007-PA/TC
LIMA
ROSA BETHZABÉ
GAMBINI VIDAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 183, su fecha 11 de junio de 2007, que declara fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de octubre de 2004 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio del que habría sido objeto; y que en consecuencia se ordene su reposición en su puesto de trabajo, con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir. Manifiesta haber ingresado a laborar en la SBLM como apoderada judicial de la Oficina de Asesoría Jurídica mediante contratos de servicios no personales, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 24 de mayo de 2004, por lo que al haber acumulado más de 1 año de servicios ininterrumpidos le resulta aplicable la Ley N.° 24041. Alega que ha sido objeto de despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encuentra embarazada; hecho éste que había comunicado a la SBLM.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social contesta la demanda manifestando que la demandante no ha sido despedida discriminatoriamente, sino que con fecha 30 de junio de 2004 venció el plazo de duración de su contrato de servicios no personales; razón por la cual su relación se extinguió. Agrega que la Ley N.° 24041 no es aplicable a la demandante, porque no ingresó a la carrera administrativa mediante concurso público conforme lo establece el Decreto Legislativo N.° 276.

La Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción, y contesta la demanda señalando que no conocía la situación de embarazo de la demandante. Agrega que la demandante fue contratada mediante contratos de servicios no personales, por lo que no le es aplicable la Ley N.° 24041.

El Quincuagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, en el extremo que solicita la reposición de la demandante, por considerar que en autos se encuentra acreditado que ésta fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido, resultando de aplicación el Art. 1 de la Ley N.° 24041; e infundada en el extremo que solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

La recurrida, revocando la apelada, declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, por estimar que la demandante interpuso la demanda cuando el plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional había transcurrido en exceso.

FUNDAMENTOS

1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar al fondo de la controversia, es preciso determinar si la demanda fue interpuesta dentro del plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional (CPConst.), debido a que en el inciso 10) del Art. 5 se establece que no proceden los procesos constitucionales cuando "[h]a vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus".

2. Sobre el particular debe tenerse presente que el supuesto despido de la demandante se ejecutó el 21 de mayo de 2004, es decir, que a partir de dicha fecha se debe comenzar a computar el plazo de prescripción para interponer la presente demanda. Debe señalarse que el cómputo del plazo de prescripción se suspendió el 17 de junio y desde el 14 de julio hasta el 10 de setiembre de 2004, por la huelga de los trabajadores del Poder Judicial. Siendo ello así, a la fecha de interposición de la presente demanda, esto es, al 13 de octubre de 2004, no había transcurrido en exceso el plazo de prescripción previsto en el Art. 44 del CPConst., por lo que la excepción de prescripción propuesta deviene en infundada.

3. De otra parte es necesario establecer cuál es el régimen laboral al cual habría estado sujeta la demandante, a efectos de poder determinar la competencia de este Tribunal para conocer la controversia planteada. Al respecto, cabe señalar que de los alegatos de las partes y de las pruebas obrantes en autos, queda demostrado que la recurrente ingresó en la SBLM cuando ya se encontraba vigente la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley N.º 26918, que estipula que los trabajadores de las Sociedades de Beneficencia Pública están sujetos al régimen laboral de la actividad privada; razón por la cual a la demandante no le es aplicable la Ley N.º 24041.

4. Sin embargo, en aplicación del principio iura novit curia, establecido en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal tiene el poder-deber de identificar la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión solicitada, aun cuando ésta no se encuentre expresamente invocada en la demanda. En efecto, corresponde a este Tribunal subsanar el error de derecho cometido por la demandante en el extremo que pretende su reposición en aplicación de la Ley N.º 24041, ya que estuvo sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

1.1. Delimitación del petitorio y de las materias controvertidas

5. La demandante pretende que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando por cuanto ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo. Alega que la SBLM ha utilizado la terminación del plazo del contrato para encubrir un despido discriminatorio por razones de género y cuya verdadera razón es el hecho de estar embarazada, lo cual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución.
Asimismo argumenta que los contratos civiles suscritos con la SBLM encubrían, en realidad, una relación laboral caracterizada por la subordinación y dependencia con la que ha prestado sus labores, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, concluye en que la relación que mantuvo con la SBLM se convirtió en una relación laboral de naturaleza indeterminada.

6. Por su parte la SBLM manifiesta que la demandante ingresó a prestar servicios mediante contratos de servicios no personales, por lo que no ha podido ser despedida discriminatoriamente. Asimismo refiere que desconocía que la demandante estaba embarazada y que la extinción de la relación se produjo en forma automática al haberse cumplido el plazo de duración del último contrato.

7. Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes y en atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, este Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo.

8. Debe precisarse al respecto que el pronunciamiento que se vertirá en primer lugar, se circunscribirá en determinar qué tipo de relación hubo entre la demandante y la SBLM, esto es, si hubo una relación laboral encubierta o una verdadera relación civil, para efectos de aplicar el principio de primacía de la realidad y, a partir de allí, considerar los contratos civiles como contratos de trabajo de duración indeterminada. En segundo lugar, si se determina que entre las partes hubo una relación laboral, corresponderá analizar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo al encontrarse embarazada, ya que sólo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

9. Pues bien, teniendo presente que la cuestión que se plantea en el presente proceso de amparo consiste en determinar la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, motivado por el embarazo y consiguiente maternidad de la recurrente, este Tribunal Constitucional considera necesario abordar las siguientes materias:

a. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
b. La igualdad y obligación de no discriminación.
c. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos.
d. La discriminación y la igualdad en materia laboral.
e. La discriminación por razón de sexo: el embarazo.

La discriminación contra la mujer es un fenómeno social que aún pervive en las sociedades, lo cual genera una vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación por ninguna razón, motivo o circunstancia. En lo que al caso incumbe cabe enfatizar que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer que vulnera el derecho a la integridad; y que, sin duda, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un asunto de trascendencia social así como una obligación internacional del Estado.

2. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

10. La igualdad de derechos de hombres y mujeres es un principio de las Naciones Unidas. Así, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece, entre los objetivos básicos, el de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Además, en el Art. 1 de la Carta se proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas "sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

11. Sobre la base de la igualdad de derechos de todo ser humano y del principio de dignidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 2, proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

12. De manera similar, el Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

13. De este modo, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una cláusula general de igualdad de derechos de hombres y mujeres, y una cláusula que contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación lo que constituye una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a grupos de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana.

14. Estos principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU. A la luz de este ordenamiento supranacional, este Tribunal Constitucional puede afirmar que la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (Ius Cogens) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969.

2.1. La igualdad y la obligación de no discriminación

15. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

16. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

Las Naciones Unidas han definido la discriminación como toda "distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas" [1].

A su vez, el derecho a ser tratado igual ante la ley, consiste en evitar que a una persona se le limite cualquier otro de sus derechos, por los motivos antes mencionados o por otros, de manera injustificada, mientras que el derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

17. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación, debido a que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana.

18. Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.

19. Sin embargo, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada.

20. Teniendo en cuenta lo señalado, puede concluirse que no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" [2].

21. En conclusión, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión,

opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

3. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos

22. La protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que favorecen la igualdad de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas en todas las sociedades.

23. Según el Art. 1 de la CEDM la expresión "discriminación contra la mujer" comprende "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

24. Para el caso que nos ocupa, esta Convención reafirma que la discriminación contra la mujer comprende toda distinción de trato por razón de sexo que: (i) con intención o sin ella sea desfavorable para la mujer; (ii) sea un obstáculo para que la sociedad en su conjunto reconozca los derechos humanos de la mujer en la esfera pública y en la esfera privada; o (iii) sea un obstáculo para que las mujeres gocen y ejerzan plenamente todos sus derechos humanos.

25. De la definición de discriminación contra la mujer de la CEDM puede deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad de facto). Asimismo, puede deducirse que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que son titulares.

26. De otra parte conviene destacar que en el Art. 4 de la CEDM se reconoce que la igualdad jurídica de la mujer no garantiza automáticamente su trato en igualdad de condiciones, por lo que para acelerar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, los Estados pueden aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades.

27. En el caso de las mujeres las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 0001/0003-2003-AI/TC, ha destacado que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante "acciones positivas" o "de discriminación inversa".

28. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ciertas desigualdades de hecho "legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia". Ello debido a que "pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles"[3].

29. Por lo tanto, la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; de dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación; de tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado; y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer.

3.1. Los derechos humanos de la mujer

30. Cuando se utiliza la expresión "derechos humanos de la mujer" se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política.

31. Con este reconocimiento específico de derechos humanos se procura eliminar la discriminación contra la mujer en la vida económica, social, política y pública de los países. Entre ellos cabe destacar algunos derechos humanos reconocidos a las mujeres en el CEDM. Así se tiene:

a. El derecho a votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas (Art. 7.a).
b. El derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (Art. 7.b).
c. El derecho a participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país (Art. 7.c).
d. La igualdad de condiciones para representar a su gobierno en el plano internacional y para participar en la labor de las organizaciones internacionales (Art. 8).

e. La igualdad de derechos que los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad (Art. 9.1).
f. La igualdad de derechos que los hombres en la esfera de la educación (Art. 10).
g. Los derechos al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad en el empleo, a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, a la formación profesional, al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico, a la igual remuneración, inclusive prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo (Art. 11.1. a, b, c y d).
h. Los derechos a la protección de la salud, a la seguridad en las condiciones de trabajo, a la seguridad social y a las vacaciones pagadas (Art. 11.1. e y f).
i. Los derechos a prestaciones familiares, a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero y a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida (Art. 13).
j. El derecho a una idéntica capacidad jurídica en materias civiles (Art. 15.2).
k. El derecho al igual acceso a los recursos judiciales, que comprende el trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes y los tribunales (Art. 15.2).
l. El derecho a circular libremente y la libertad para elegir su residencia y domicilio (Art. 15.4).
m. El derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento (Art. 16.a y b).
n. Los mismos derechos y responsabilidades que los hombres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y como progenitores, cualquiera que sea su estado civil (Art. 16.c y d).
o. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (Art. 16.e).

3.2. Las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación contra la mujer

32. Según el Art. 2 de la CEDM, los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.
f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

33. Entre las medidas que el Estado peruano ha adoptado para eliminar la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado, cabe destacar las siguientes:

a. La Ley N.º 27270, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de mayo de 2000, que incorpora el Capítulo IV al Título XIV-A del Código Penal, y que tipifica en el Art. 323 a la discriminación como delito. Asimismo, la ley referida modificó la Ley N.º 27270, estableciendo que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa "no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato".
b. La Ley N.º 27387, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2000, que modificó el Art. 116 de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30%.
c. La Ley N.º 27680, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de marzo de 2002, que reforma el Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política para incluir en las normas sobre las Elecciones Regionales y Municipales una cuota especial de representación por género.
d. La Ley N.º 27683, de Elecciones Regionales, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de marzo de 2002, que establece que las listas de candidatos deben estar conformadas por no menos de un 30% de hombres o mujeres.
e. La Ley N.º 27734, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de mayo de 2002, que modificó el Art. 10.º de la Ley N.º 26864, de Elecciones Municipales, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30% o más para acceder al Congreso.
f. La Ley N.º 28094, de Partidos Políticos, publicada en el diario oficial El Peruano el 1 de noviembre de 2003, que estatuye que en las listas de candidatos para cargos de dirección del partido político así como para los candidatos a cargos de elección popular, el número de mujeres u hombres no puede ser inferior al 30% del total de candidatos.

g. El Decreto Supremo N.º 009-2005-MIMDES, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de setiembre de 2005, que aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006-2010.
h. El Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, adoptado a través del Decreto Supremo N.º 017-2005-JUS del 11 de diciembre de 2005, en el cual se establece acciones y metas completas para el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres.
i. La Ley N.º 28983, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de marzo de 2007, que constituye una norma de desarrollo constitucional del derecho a la igualdad reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución, y que tiene por objeto establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, y propendiendo a la plena igualdad.
j. El Decreto Supremo N.º 004-2008-MIMDES, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de abril de 2008, que precisa que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política y de la ley relativa a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

4. La igualdad y la discriminación en materia laboral

34. El inciso 1), del Art. 26 de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones labores.

35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

36. La discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.

38. La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Así, en la Declaración de Filadelfia, se reconoce que "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades".
En igual sentido, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, se reiteró el principio constitucional de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, confirmándose así el propósito universal de erradicar la discriminación en el mundo del trabajo mediante la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades.
Entre los primeros instrumentos elaborados por la OIT con el objetivo especifico de promover la igualdad y eliminar la discriminación en el trabajo se encuentran el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, así como el Convenio y la Recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.

4.1. La discriminación laboral y sus clases

39. En el apartado a), del Art. 1.1 del Convenio 111 se define la discriminación laboral como "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

40. La protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca el acceso a la educación, la orientación y la formación profesionales; el acceso al trabajo ya sea por cuenta propia, asalariado o en la administración pública; el acceso a los servicios de colocación o tercerización; el acceso a las organizaciones de trabajadores; la promoción profesional; la seguridad del empleo; la negociación colectiva; la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor; el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; y otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo, las horas de trabajo, los períodos de descanso y las vacaciones.

41. La discriminación laboral consiste en dispensar a las

personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. De este modo, la discriminación vulnera la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) y menoscaba las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial y sus aptitudes y cualidades, a efectos de ser remunerados en función de sus méritos.
La discriminación laboral también puede venir agravada por la violencia (física o psicológica), u ofensas brutales y malos tratos, el acoso moral, o el acoso sexual ejercidos contra ciertas categorías de trabajadores, como es el caso de las mujeres. En consecuencia, puede influir en la capacidad de la víctima para conservar el puesto de trabajo o progresar en él.

42. La discriminación laboral puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar éste. Las personas pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo, religión u orientación sexual, entre otros motivos, o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente. Por ejemplo, hay discriminación laboral cuando a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo político minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de su afiliación sindical.

43. Sin embargo, no todas las distinciones de trato han de considerarse discriminatorias. Según el Art. 1.2 del Convenio 111 un trato diferenciado que tenga su origen en las cualificaciones exigidas para un puesto de trabajo es una práctica perfectamente legítima. Por lo tanto, en este contexto, mientras no se restringa la igualdad de oportunidades, las diferencias de trato no se considerarán discriminatorias.
Asimismo, entre las medidas que no constituyen discriminación laboral cabe mencionar aquellas destinadas a salvaguardar la seguridad del Estado y las motivadas por imperativos especiales de protección, esto es, aquellas dirigidas a atender necesidades específicas en el ámbito de la salud de hombres o mujeres.
Tampoco son discriminatorias las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género, o de discapacidad mental, sensorial o física.

44. La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complexión física, es una forma de discriminación directa.

45. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen.
También puede haber discriminación indirecta cuando se dispensa un trato diferenciado a categorías específicas de trabajadores, traducida en menores prestaciones sociales o remuneraciones, siempreque éste no se realice sobre bases objetivas y razonables.

46. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación se encuentra reconocida tanto en el régimen laboral que regula la actividad pública como en el régimen laboral que regula la actividad privada. Así, el inciso a), del Art. 24 del Decreto Legislativo N.° 276 establece que son derechos de los servidores públicos de carrera hacer "carrera pública en base al mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole". En cambio, el Art. 29 del Decreto Supremo N.° 003-97-TR sanciona con nulidad el despido que tenga una justificación discriminatoria.

4.2. La discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo

47. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

48. De este modo, en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.

49. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no

sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.

50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política.

51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.

52. Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

53. En este sentido, el apartado d), del Art. 5 del Convenio 158 prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. De otra parte, según el Art. 4.1 de la Recomendación 95, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico.

54. Asimismo debe tenerse presente que el Art. 11.1.2 de la CEDM establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad. De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir a los empleadores utilizar el embarazo como criterio para la contratación o el despido de empleadas, y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una protección especial de la salud durante el embarazo.

55. Por lo tanto, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo. Es más, el inciso e) del Art. 29 del Decreto Supremo N.° 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido.

56. De otra parte conviene señalar que cuando se sostenga que se es objeto de una conducta discriminatoria, debe acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, para lo cual se requiere, por lo menos, la prueba indiciaria.

5. Análisis de la controversia

57. Teniendo en consideración los criterios expuestos se analiza a continuación, la cuestión planteada en el presente proceso de amparo. Para ello debe tenerse presente que mediante el principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

58. En el presente caso con los contratos obrantes en autos se advierte que la demandante suscribió contratos de servicios no personales con la SBLM para que preste sus servicios desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004; esto es, para que preste servicios sin estar subordinada, por cierto tiempo o para un trabajado determinado, a cambio de una retribución; sin embargo, con el Memorándum Múltiple N.° 043-2004-OGAF/SBLM, de fecha 12 de mayo de 2004, obrante a fojas 8, se acredita que la SBLM le impartía órdenes, ya que mediante este documento le recordó cuál era su horario de refrigerio y que en caso de incumplimiento sería excluida de la SBLM.

59. Por lo tanto, habiéndose determinado que la demandante –al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos– ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo quela SBLM, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

60. Sin perjuicio de la conclusión antedicha, este Tribunal considera que la SBLM también ha vulnerado el derecho a la igualdad de la demandante, pues se advierte claramente que ha sido objeto de un despido

discriminatorio directo por razón de sexo. Ello queda probado con las cartas obrantes a fojas 6 y 16, mediante las cuales la demandante le comunicó a la SBLM que se encontraba embarazada; y ésta, a pesar de conocer su estado grávido, decidió despedirla bajo el argumento de que el plazo de su contrato había vencido.

61. En lo que respecta al extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, al tener tal pretensión naturaleza resarcitoria y no restitutoria, el proceso de amparo no resulta ser la vía idónea para reclamarlo, razón por la cual queda a salvo el derecho de la demandante de acudir a la vía correspondiente.

62. Habiéndose acreditado que la SBLM vulneró el derecho constitucional al trabajo de la demandante, corresponde, de conformidad con el Art. 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar que asuma los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
3. Ordenar que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana reincorpore a doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal como trabajadora en el cargo que desempeñaba o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas prescritas en el Art. 22 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General Nº 18: No discriminación, párrafo 7.

[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4, párr. 56.

[3] Ibídem.

Exp. Nº 6201-2007-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Moisés Wolfenson Woloch. Sobre el abono de los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena].*

Fecha de Resolución: 10 de marzo de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 19 de marzo de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por Ángel Alvarado Rabanal a favor de Moisés Wolfenson Woloch, ordenando su excarcelación inmediata por haber cumplido en exceso la condena de cuatro años de pena privativa de libertad impuesta en su contra. Asimismo, aprovechó la oportunidad y exhortó al Congreso de la República para que en el menor tiempo que suponga el proceso legislativo previsto por la Constitución, expida una ley que regule la fórmula matemática a aplicarse con ocasión de abonar la detención domiciliaria al cómputo de la pena y evite la violación de los derechos fundamentales de todas aquellas personas que podrían verse comprendidas en una situación como la planteada en este caso.

Sostenía el favorecido que sumados los días sufridos bajo detención domiciliaria conjuntamente con los días de prisión efectiva más los de redención por trabajo, su condena ya se había cumplido en exceso. El Tribunal entonces se abocó a determinar si los días de arresto domiciliario tenían valor y podían ser abonados al cómputo de la pena.

Así, apoyándose en su propia doctrina jurisprudencial delineada anteriormente en sus sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs 1565-2002-HC/TC y 0019-2005-PI/TC, consideró que si se tomaba en cuenta: a) que la detención domiciliaria es una medida cautelar que le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva; b) que su dictado supone una restricción de la libertad individual; y, c) que el artículo 47° del Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del *quantum* condenatorio, además de la detención preventiva, la pena multa o limitativa de derechos; resultaba, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena.

Ello, por cuanto, "es imposible aceptar entonces, si nos ubicamos en el contenido mismo de la Constitución, que apoyado en el principio de dignidad humana le concede el derecho de libertad individual a las personas, que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución, que es una norma fundamental insuflada de valores y principios, que niega una interpretación restrictiva de su texto normativo y que contempla la interposición del hábeas corpus no sólo frente actos sino también ante omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona que violan la libertad individual (en el caso de autos, omisión inadmisible del legislador)".

Una vez resuelta esta problemática, el Tribunal Constitucional, no obstante, recordó que el favorecido estuvo vinculado a actos de corrupción contrarios al cuadro de principios y valores que inspiran la Constitución y que la sociedad reprocha, pero consideró que ello no era razón suficiente para dejar de administrar justicia y apelando al criterio utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el análisis de los hechos en su conjunto (el beneficiario

había sido condenado a 4 años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado, había cumplido más de 3 años de prisión efectiva, había redimido su pena por trabajo y había sufrido más de 2 años de arresto domiciliario), llegó a la conclusión que se produjo efectivamente un cumplimiento de condena en exceso concediéndole, en consecuencia, su libertad individual al favorecido.

Temas claves: Derecho a la libertad personal - detención domiciliaria.

EXP. N.º 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISÉS WOLFENSON WOLOCH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de marzo de 2008 (Fecha de Vista: 18 de diciembre de 2007), el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo; Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Calle Hayen, Eto Cruz y con los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos que se adjuntan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por José Humberto Abanto Verástegui, abogado de Ángel Alvarado Rabanal, contra la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 348, su fecha 19 de noviembre de 2007, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

§. Demanda

Con fecha 6 de agosto de 2007, Ángel Alvarado Rabanal interpone demanda de hábeas corpus a favor de Moisés Wolfenson Woloch, a fin de que se ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sostiene el beneficiario que habría cumplido en exceso la pena impuesta sobre la base del cálculo siguiente: i) durante la sustentación del proceso penal estuvo bajo arresto domiciliario en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005, haciendo un total de 977 días; ii) asimismo, estuvo recluido en el Establecimiento Penal para Presos Primarios de Lima (ex San Jorge) desde el 27 de enero de 2005 hasta el 8 de julio del mismo año y el 25 de julio de 2005 reingresó a dicho recinto penitenciario por lo que a la fecha de interposición de esta demanda se han acumulado 901 días; iii) de otro lado, también el beneficiario ha redimido la pena por el trabajo a razón de 5 días de labor efectiva por 1 de pena, en aplicación de la Ley N.º 27770, en consecuencia, 901 días de labor efectiva equivalen a la redención de 180 días de pena. Por tanto, como se advierte en el escrito de demanda cuando se hace referencia explícita sobre el cumplimiento de la pena impuesta, "que si los 4 añosde pena privativa de libertad equivalen a 1460 días, de ellos debe sustraerse aquellos que han sido objeto de redención por el trabajo (180); por lo que corresponde una privación de libertad efectiva no mayor de 1280 días. A lo que debe restarse el total de la carcelería efectivamente sufrida, que es de 901 días, quedando una porción de la pena ascendiente a 379 días de pena privativa de libertad que debe ser compurgada con el arresto domiciliario sufrido".

Asimismo, aduce respecto a la figura del arresto domiciliario que no existe una regla legal para su cómputo y abono a la pena privativa de la libertad. En ese sentido, afirma que la STC 0019-2005-PI/TC no prohíbe el establecimiento de fórmulas de abono del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta, siempre que las mismas sean razonables y proporcionales.

En consecuencia, para el beneficiario resulta admisible, razonable y constitucional que se computen dos días de arresto domiciliario por uno de pena privativa de la libertad, puesto que la ausencia de identidad de ambos institutos no elimina los efectos aflictivos que producen en la persona que los sufre y tampoco afecta los fines preventivos y especiales del poder punitivo del Estado; ni conspira contra la rehabilitación y resocialización del penado, pues se habría producido un efecto intimidatorio suficiente en éste. Inclusive sostiene que lo expuesto en la STC 0019-2005PI/TC permitiría convalidar la fórmula del cómputo planteada en la demanda para el arresto domiciliario.

Finalmente sostiene que debe aplicarse el principio non liquet en la función jurisdiccional, reconocido en el artículo139º inciso 8) de la Constitución y que señala que es derecho del justiciable que no se deje de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

§. Investigación sumaria

El encargado de la Dirección del Establecimiento Penal de Presos Primarios de Lima (Ex San Jorge), Jhon Alejandro Fernández Morales, señala que la solicitud de excarcelación de Moisés Wolfenson Woloch fue declarada improcedente al considerar que el cómputo de la pena impuesta se cuenta a partir del día en que se inicia la privación de la libertad, atendiendo a lo resuelto en la STC0019-2005PI/TC.

Por su parte, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia considera que la

demanda debe ser desestimada, en tanto no se acredita la lesión del derecho constitucional invocado, toda vez que el beneficiario no ha cumplido con la condena impuesta, ya que los cuatro años de pena privativa de la libertad deben computarse a partir del 26 de enero del 2005, conforme lo dispone la Ejecutoria Suprema Aclaratoria del 02 de marzo del 2006. Asimismo, manifiesta que la solicitud del beneficiario con la demanda de hábeas corpus fue declarada improcedente al no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 219º del Decreto Supremo N.º 015-2003-JUS – Reglamento del Código de Ejecución Penal; luego de un análisis técnico-jurídico. Manifiesta, además, que la pretensión de equiparar dos días que sufrió privación de su libertad en forma de arresto domiciliaria por cada día de detención, no toma en cuenta que la Ley N.º 28568 fue declarada inconstitucional mediante STC 0019-2005-PI/TC.

§. Resolución de primera instancia

Con fecha 12 de octubre de 2007, el Primer Juzgado Transitorio de Huaral declara fundada en parte la demanda, al considerar que los 467 días pendientes de reclusión efectiva deben ser abonados al periodo que padeció arresto domiciliario. En dicha resolución se señala que en la STC 0019-2005-PI/TC se declaró inconstitucional permitir que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada día de arresto domiciliario. En esa medida los alcances de la sentencia que vinculan a los poderes públicos deben estar circunscritos a dicha consideración, resultando viable que se utilicen otras fórmulas del cómputo del arresto domiciliario.

Menciona que atendiendo al distinto grado de intervención el derecho a la libertad personal que existe entre el arresto domiciliario y la privación de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario, debe resolverse la controversia aplicando el test de proporcionalidad. En esa medida, establece como regla jurisprudencial que se permita que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada cuatro días de arresto domiciliario, y no por cada dos días, como pretende el demandante.

§. Resolución de segunda instancia

Con fecha de 19 de noviembre de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura declara infundada la demanda, al considerar que no existe norma que determine que el arresto domiciliario sea homologado como parte de la pena privativa de la libertad, pretender que el juez constitucional asuma funciones que son propias del Poder Legislativo (dado que no existe norma que disponga el cómputo del arresto domiciliario para el cómputo de la pena privativa de la libertad), resultaría invalido y atentaría contra la seguridad jurídica.

FUNDAMENTOS

§. Petitorio

1. El beneficiario solicita al Tribunal Constitucional ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de libertad (equivalente a 1460 días) impuesta porla Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

§. Planteamiento del Problema: ¿Los días de arresto domiciliario tienen valor? ¿deben ser abonados al cómputo de la pena?

2. El beneficiario considera que los días que sufrió bajo detención domiciliaria tienen valor porque suponen una restricción a la libertad individual y que si éstos son sumados conjuntamente con el total de días de prisión efectiva más los de redención por trabajo, su condena ya se cumplió. Por tanto, para que este Colegiado pueda estimar o desestimar la demanda deberá verificar si efectivamente se ha producido ese cumplimiento de condena en exceso como alega el beneficiario y, esto pasa por determinar, preliminarmente, si es válido en términos constitucionales abonar los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena, es decir, pasa por determinar si los días de arresto domiciliario tienen algún valor.

3. El arresto domiciliario, de acuerdo a lo establecido por el artículo 143.° del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 638), es una modalidad del mandato de comparecencia (medida cautelar de naturaleza personal) que el juez dicta cuando no corresponde la detención preventiva.

4. Por tanto, el arresto domiciliario no puede ser entendido como un sustituto o símil de la detención preventiva, más aún si difieren en su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal; y ello porque el ius ambulandi se ejerce con mayores alcances, no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión, no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical, en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo, se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario, y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel (Expediente N.° 0019-2005-PI/TC, caso más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República).

5. Sin embargo, esto no significa que el arresto domiciliario sea concebido como una forma simple de comparecencia que no afecta en nada la libertad individual, por el contrario, es la forma más grave de comparecencia restringida que la norma procesal penal ha contemplado porque la intensidad de coerción personal que supone es de grado inmediato inferior al de la detención preventiva.

6. En la misma línea, este Tribunal ha señalado que "(...) la obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro

ordenamiento procesal penal, la más grave" (Expediente N.° 1565-2002-HC/TC, caso Héctor Chumpitaz Gonzáles).

7. Y si se quiere seguir argumentado a favor de entender el arresto domiciliario como una forma de restringir la libertad individual, cabe recordar la STC N.° 2663-2003-HC/TC, caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca, donde este Tribunal delineó la tipología de hábeas corpus y admitió su procedencia cuando se producen ciertas situaciones que suponen una perturbación en el libre ejercicio de la libertad individual, tales como el establecimiento de rejas, seguimientos injustificados de autoridad incompetente, citaciones policiales reiteradas, vigilancia al domicilio (hábeas corpus restringido). Por tanto, si este Colegiado ha entendido que estos hechos son capaces de restringir la libertad individual, ¿cómo no puede producir dicho efecto el arresto domiciliario?

8. Entonces, teniendo en cuenta a) que la detención domiciliaria es una medida cautelar que le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva; b) que su dictado supone una restricción de la libertad individual; y, c) que el artículo 47.° del Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del quantum condenatorio, además de la detención preventiva, la pena multa o limitativa de derechos; resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena.

9. Es imposible aceptar entonces, si nos ubicamos en el contenido mismo de la Constitución, que apoyado en el principio de dignidad humana le concede el derecho de libertad individual a las personas, que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución, que es una norma fundamental insuflada de valores y principios, que niega una interpretación restrictiva de su texto normativo y que contempla la interposición del hábeas corpus no sólo frente actos sino también ante omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona que violan la libertad individual (en el caso de autos, omisión inadmisible del legislador).

§. Análisis del caso concreto

10. Resuelta la problemática descrita le queda al Tribunal verificar si efectivamente se ha producido ese cumplimiento de condena en exceso que alega el beneficiario.

11. No obstante, antes de entrar al análisis concreto del caso creemos que es necesario recordar que el favorecido estuvo vinculado a actos de corrupción contrarios al cuadro de principios y valores que inspiran nuestra Constitución y que la sociedad reprocha. Sin embargo, ello no constituye razón suficiente para que este Colegiado asuma una posición renuente a otorgar tutela, más aún, si es que podrían existir elementos que conlleven a ubicarnos ante la presencia de un ejercicio irregular de atribuciones por parte de la autoridad competente que vulneran o amenazan derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional. Una situación como la planteada en autos, donde podría estar en juego y cuestionamiento el valor justicia, es la que sirve para medir en su real dimensión y eficacia al Estado Democrático y Constitucional de Derecho asentado sobre la base de la dignidad de la persona.

12. Ahora bien, es cierto que el Congreso de la República publicó la Ley N.° 28568 modificando el artículo 47° del Código Penal y permitiendo que el tiempo de arresto domiciliario se abonara al cómputo de la pena privativa de libertad a razón de un día de pena por cada día de arresto. También es cierto que este Colegiado declaró la inconstitucionalidad de dicha norma por las razones constitucionales vertidas en su sentencia recaída en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC. Sin embargo, ante la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico que supone una declaratoria de inconstitucionalidad como la señalada y la necesidad social de regular el arresto domiciliario y el valor que tiene cada día sufrido bajo esa condición a efectos de abonarlos al cómputo de la pena; cabe reconocer que el legislador ha incurrido en la omisión de normar una realidad como la descrita, pero no cabe admitir que esta situación constituye justificación suficiente para que un juez constitucional, que tiene que velar por la protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona, deje de administrar justicia (artículo 139.° inciso 8 de la Constitución). Si la ley no ha previsto un hecho violatorio de la libertad individual, la solución está en la Constitución que es autosuficiente para dar respuesta a todas las posibles afectaciones de los derechos fundamentales.

13. En el caso de autos se evidencia del expediente:
Respecto a la condena impuesta en contra del beneficiario por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (4 años de pena privativa de libertad equivalentes a 1460 días) y su cumplimiento con carcelería efectiva: i) que a la fecha de interposición de la demanda el favorecido ha cumplido 901 días de prisión efectiva; ii) que desde el 6 de agosto de 2007 al momento en que se está resolviendo esta causa han transcurrido 217 días más de prisión efectiva que el beneficiario viene cumpliendo; iii) que de acuerdo al informe emitido el 26 de junio de 2007 por el Instituto Nacional Penitenciario y que obra a f. 31, el favorecido ha redimido su pena por trabajo a razón de 134 días de prisión efectiva (aunque sobre este cómputo no existe resolución judicial en el expediente que lo convalide).
Respecto a las medidas preventivas tomadas por el órgano jurisdiccional al momento de iniciar el proceso penal en contra del favorecido con el objeto de asegurar su curso y finalización normal: i) que el beneficiario fue sometido a detención domiciliaria, la misma que se cumplió en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005, haciendo un total de 977 días.

14. En tal sentido, teniendo en cuenta que el beneficiario fue condenado a 4 años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado; que ha cumplido más

de 3 años de prisión efectiva; que ha redimido su pena por trabajo y que ha sufrido más de 2 años de arresto domiciliario, el Tribunal llega a la conclusión luego de un análisis de los hechos en su conjunto (criterio utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia del 6 de diciembre de 1988 – caso Barberá Messegué y Jabardo contra España y que este Colegiado hace suyo para la resolución de la controversia bajo análisis) que se ha producido efectivamente un cumplimiento de condena en exceso como sostiene el favorecido.

15. Por tanto, si bien es verdad que no hay previsión legal que permita actuar en el presente caso y que el Tribunal Constitucional no puede asumir atribuciones que son propias del Parlamento para darle un valor numérico a los días de arresto domiciliario, también es verdad que este Colegiado no puede dejar de administrar justicia más aún si se encuentra ante una situación irrazonable y desproporcionada como la que afecta al beneficiario a consecuencia de la actuación legalista del ente administrativo penitenciario. Es el contenido de la propia Constitución, en consecuencia, la que da respuesta a este problema dado su fuerza normativa y carácter fundante y fundamentador del ordenamiento jurídico y la que respalda a este Colegiado para que estime la demanda, ya que de lo contrario estaríamos validando la arbitrariedad que supone no reconocer valor alguno a los días que el beneficiario sufrió bajo arresto domiciliario.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la presente demanda de hábeas corpus. En consecuencia, el beneficiario deberá ser puesto en libertad de manera inmediata.
2. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que en el menor tiempo que suponga el proceso legislativo previsto por la Constitución, expida una ley que regule la fórmula matemática a aplicarse con ocasión de abonar la detención domiciliaria al cómputo de la pena y evite la violación de los derechos fundamentales de todas aquellas personas que podrían verse inmersas en una situación como la planteada en este caso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ETO CRUZ
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISÉS WOLFENSON
WOLOCH

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Si bien suscribo en su totalidad la sentencia en mayoría, quiero complementar las razones por las cuales estimo que es totalmente pertinente, justo y conforme al principio favor libertatis, utilizar el criterio de la valoración conjunta de los hechos, mutatis mutandis, conforme a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España (fundamento jurídico 14 de nuestra sentencia).

En efecto, no debe confundirse el re examen de los medios probatorios penales - cosa que no se hace en el presente caso ni en el fallo del TEDH- con la apreciación de un conjunto de situaciones fácticas, a saber: 3 años de prisión efectiva, redención de la pena por el trabajo, 2 años de arresto domiciliario, que valoradas globalmente en sede de hábeas corpus, llevan a la mayoría a la convicción de que tales hechos concretos suponen una violación del derecho a la libertad individual del beneficiario.

Una valoración conjunta no significa sustituirse al juez penal en el cómputo de la pena, sino constituye una verificación sistemática de un conjunto de hechos que llevan al juez de la Constitución a la obligación de tomar una decisión que tenga como objeto la reposición del derecho constitucional vulnerado.

Mantener al favorecido en prisión porque el legislador no ha efectuado una equiparación del arresto domiciliario y la prisión, es irrazonable y desproporcionado porque subordina la Constitución a la omisión del legislador, lo que significa un positivismo puro que no se condice con el techo valorativo de la Ley Fundamental. En suma, se trata como diría Gustav Radbruch: que el derecho injusto no es derecho.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

Exp. Nº. 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISES WOLFENSON
WOLOCH

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Por las razones que voy a expresar a continuación, suscribo el fallo de la sentencia en mayoría.
Los derechos fundamentales valen y garantizan a todos por igual. No tienen un doble rostro. Ellos protegen un ámbito de libertad sin hacer reparos en quien los invoca o si quien solicita su tutela cree (o no) en ellos o, acaso, en la democracia, que es el hábitat necesario en el que se desarrollan.

Quien repare lo que este Tribunal ha hecho en su corta y accidentada historia, no podrá negar que ése ha sido su sentir y su leit motiv. Terroristas, narcotraficantes, secuestradores, violadores, corruptos y muchos más han desfilado ante este Tribunal y nunca, que se sepa, la

entidad de los bienes jurídicos transgredidos ha pesado para decidir sus casos.

Nadie puede negar que los delitos por los que el señor Wolfenson fue condenado han pesado mucho en la salud moral de la Nación y que, por tanto, la decisión que hoy adopta este Tribunal va a repercutir indefectiblemente en la opinión pública y en la sensibilidad de la ciudadanía en general. Sin embargo, considero que los derechos fundamentales están más allá de las veleidades de la política y de lo político, en el sentido schmittiano. Y porque estoy firmemente convencido de ello, me resisto a brindar relevancia al delito cometido por el accionante, en un asunto en el que el delito sancionado no lo tiene.

El presente voto particular refleja mi firme convicción de que una democracia donde no se respeten los derechos fundamentales de las personas es igual a una dictadura. De que la única manera de defender firmemente la forma democrática de gobierno es el respeto a las normas establecidas y a los derechos. Por último, el íntimo convencimiento de que una democracia que se defiende de sus enemigos sin respetar las reglas de juego que ella mismo dispuso, es un ataque al corazón mismo de su legitimidad.

Al igual que lo ha hecho la sentencia en mayoría, no creo que hayan razones que justifiquen que en este caso el Tribunal se detenga a recordar su jurisprudencia en torno a los beneficios penitenciarios. Considero que su mención es impertinente, pues el abono del tiempo de duración del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta no constituye un beneficio penitenciario, como pareció sugerirse por quienes han votado en minoría.

Los beneficios son estímulos que forman parte del tratamiento progresivo del penado y responden a las exigencias de individualización de la pena, por lo que para su concesión se toman en cuenta los factores positivos que el condenado hubiera podido alcanzar dentro del proceso de reeducación y reinserción social, como expresa el artículo 161° del Reglamento del Código de Ejecución Penal y cuyo encaje constitucional se encuentra en el artículo 139, inciso 22 de la Constitución.

En cambio, el tema que aquí se ha planteado está relacionado con la duración de la pena. En concreto, si el tiempo que estuvo vigente el arresto domiciliario debe (o no) descontarse de la pena impuesta, lo que explica que el tratamiento de temas análogos (vg. sobre el cómputo de la prisión preventiva) se efectúe en el Código Penal (artículo 47) y no en el Código de Ejecución Penal, que es el ámbito natural de los beneficios penitenciarios.

En efecto, la controversia sometida a este Tribunal es la siguiente: Se alega violación de la libertad personal como consecuencia de la expedición de la Resolución Directoral N.° 005-2007-INPE/16-235-D, de fecha 2 de julio de 2007. Dicha agresión se habría generado tras haberse omitido computar los días que el recurrente permaneció con detención domiciliaria, lo que motivó que se denegara su solicitud de excarcelación.

Tal pretensión sugiere algunos aspectos previos. En primer lugar, no está en cuestión si los efectos de haberse dictado una medida cautelar, como el arresto domiciliario, incide (o no) sobre la libertad personal. Sobre tal asunto ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en casos anteriores:

"(...) No cabe duda de que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. (Exp. N.° 1565-2002-HC/TC y Exp. N.° 0376-2003-HC/TC) (resaltado nuestro)

En la STC 0731-2004-PHC/TC, se volvió a enfatizar que:

(...) la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda, que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo, permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante y evitando el "contagio criminal" al que se expone con la entrada a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, no se puede desconocer que tanto la prisión provisional y la detención domiciliaria, se asemejan por el objeto, es decir, en tanto impiden a una persona autodeterminarse por su propia voluntad a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia. (Exp. N.° 0731-2004-HC/TC FJ 7) (resaltado nuestro).

(...) tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el ius ambulandi se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel. (Exp. N.° 00019-2005-AI/TC FJ 23) (resaltado nuestro)

4. El problema aquí es otro. Consiste en determinar si el tiempo de duración de la detención domiciliaria debería

ser descontado de la pena privativa de libertad prevista en la condena.

En su momento, el tema fue abordado por el artículo único de la Ley 28568. Allí se dispuso que el tiempo que se prolongara la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario se abonara para el cómputo de la pena a razón de un día de pena.

Como se recordará, dicha disposición legislativa fue declarada inconstitucional mediante la STC 00019-2005-PI/TC. Sostuvo el Tribunal que no podía atribuirse consecuencias jurídicas semejantes (abono a razón de un día de pena) a medidas cautelares (arresto domiciliario y detención judicial preventiva) que obedecían a caracteres disímiles.

Lo declarado como inconstitucional, insistimos, no recayó sobre la decisión del legislador de considerar que el tiempo de duración del arresto domiciliario se abonara en el computo de la pena, sino que se hiciera equiparando los días de abono de una y otra medida cautelar, ignorando la desigual injerencia sobre la libertad que una u otra medida comportan.

5. El efecto inmediato de la publicación de la STC 00019-2005-PI/TC, pues, fue anular la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley N.° 28568, por lo que de conformidad con el artículo 204 de la Ley Fundamental, desde el día siguiente a la referida publicación de la sentencia, no existe en nuestro ordenamiento penal una disposición legislativa que establezca a razón de cuantos días de detención domiciliaria debe considerarse un día de pena.

Tal vacío, desde una perspectiva constitucional, planteaba un nuevo problema: ¿debía el legislador cubrir el vacío o este era un asunto que podía decidir en ejercicio de su discrecionalidad legislativa?

6. En cierta forma, este Tribunal absolvió tal cuestionamiento en la STC 00019-2005-PI/TC. En aquella ocasión, si bien con relación a la prisión preventiva, se sostuvo que

"(...) no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado (...) con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza. Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139° (...). Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión. Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán, "(...) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)". (Constitución y Derecho Penal. Lima: Palestra, 2003, p. 32". 9. De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31° del Código Penal de 1863, artículo 49° del Código Penal de 1924 y artículo 47° del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), sino que, strictu sensu, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa" (subrayado añadido).

7. En esencia, se consideró que el abono a la pena del tiempo de duración de la prisión preventiva no era indiferente al contenido constitucionalmente protegido de los principios de dignidad humana así como de aquellos que informan al sistema penitenciario. Su contenido constitucionalmente declarado, decía el Tribunal, involucraba una "obligación legislativa" de regulación, en ausencia del cual se violaban (por omisión) dichos principios constitucionales.
Tal aseveración en torno a la prisión preventiva, plantea ahora si las mismas consideraciones son mutatis mutandis aplicables al arresto domiciliario: ¿existe también en esta materia una "obligación legislativa" o, por el contrario, a diferencia de él, aquí el legislador cuenta con lo que se ha llamado una "libre configuración de la ley penal"?

8. La cuestión arriba formulada fue resuelta por mis colegas disidentes de la siguiente forma:

"(...) el legislador simplemente no ha querido que los días de arresto se abonen al cómputo de la pena privativa de la libertad. Y esta decisión del legislador no contraviene la Constitución del Estado en la medida que (...) a) no existe un mandato constitucional que le obligue a prever beneficios penitenciarios para todos los que han delinquido, de la misma forma como b) su denegatoria no afecta el derecho fundamental a la libertad personal.

Igualmente c) no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva (...)".

No comparto las razones expuestas.

En primer término, no es que el legislador, "simplemente", no haya querido que los días de arresto se abonen en el cómputo de la pena. Lo "quiso" e intentó, pero su opción, contemplada en el artículo único de la Ley 28568, de equiparar el arresto domiciliario a la prisión preventiva, era incompatible con la Constitución. Y así fue declarada en la STC 00019-2005-PI/TC.

En segundo término, y como antes se ha expresado, el abono de los días de arresto domiciliario en el cómputo de la pena no constituye la concesión de un beneficio penitenciario (cf. supra, párrafo 2), de modo que las consideraciones expresadas en el sentido de que no hay un derecho a los beneficios penitenciarios, ni hay una violación al derecho a la libertad personal si es que se deniega una solicitud de esta naturaleza, tampoco es aplicable al presente caso.

9. Finalmente, me parece sumamente grave que se afirme que no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena. Más aún cuando, como se reconocido, en diversas ocasiones este Tribunal ha señalado que sin llegar al extremo de equipararse a la prisión preventiva (Cf. por ejemplo, la STC 00731-2004-PHC/TC), es también grave la aflicción que el arresto domiciliario genera en el ámbito de la libertad personal.
Tan grave es la cuestión que, a nuestro juicio, si los días de arresto domiciliario no fuesen considerados en el cómputo de la pena privativa de libertad, quien sufriera de él y no tenga la posibilidad de poder deducirla, virtualmente quedaría reducido a un mero objeto del proceso penal y, como consecuencia de ello, vulnerado en una serie de derechos fundamentales.
Para empezar, se trataría de una violación de la libertad personal, pues la grave restricción de la libertad locomotoria sufrida con el dictado del arresto domiciliario no tendría ningún "valor". Importaría afirmar, implícitamente, que la aflicción sufrida sobre la libertad locomotoria no es tal. O que constituyéndolo, sin embargo, carece de relevancia para el Derecho Penal pues, al fin y al cabo, el afectado terminó siendo condenado.
Un razonamiento de esta naturaleza desconoce que el arresto domiciliario es una medida cautelar y no una sanción punitiva. Obvia también que mientras no exista una sentencia condenatoria firme, tiene derecho a que se presuma su inocencia. Y constituye también una violación del principio de legalidad penal de las penas, pues, en los términos que este Tribunal se ha referido en torno a la prisión preventiva, cuyas consideraciones mutatis mutandis son aquí pertinentes, la ausencia de reglamentación legislativa implicaría "(...) que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2º de la Constitución)" (STC 00019-2005-PI/TC).

10. Pero todavía queda una cuestión pendiente por dilucidar. ¿Realmente no existe ninguna obligación constitucional de legislar sobre el tema que aquí estamos analizando? O en los términos que se ha expresado en minoría ¿es preciso que la Constitución formule "expresamente" una obligación de legislar para aceptarse la existencia de un deber en ese sentido?

Si así pensáramos, además de incurrir en lo que bien podríamos denominar, no sin cierta paradoja, "positivismo constitucional", desconoceríamos lo que a lo largo de nuestra jurisprudencia hemos venido señalando, no sólo en relación a la libertad personal. En concreto, que del contenido constitucional de todos los derechos fundamentales se derivan 2 obligaciones. Por un lado, una obligación de respetar los derechos, lo que comporta "el deber de no afectar dichos derechos", deber cuyo fundamento se encuentra "en el reconocimiento específico de cada uno de ellos"; pero por otro, la obligación de garantizarlos, que supone el deber
"(...) de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (énfasis añadido)" (STC 0679-2005-PA/TC)
No es pues indiferente, al contenido constitucionalmente protegido de la libertad personal, la ausencia de regulación legislativa. Y no lo es, pues la libertad personal no sólo tiene una dimensión subjetiva, que garantiza la prohibición de injerencias arbitrarias en un ámbito de libertad corporal y locomotoria de todo procesado, sino también una dimensión objetiva, que comporta diversos deberes a cargo del Estado, entre los cuales se encuentra el de prever un orden normativo dirigido a hacer posible que la dimensión subjetiva de la libertad personal no sea perturbada en su disfrute y ejercicio.
Precisamente por ello es que soy de la opinión que la ausencia de reglamentación legislativa constituye una violación de la dimensión objetiva del derecho a la libertad personal y, por tanto, que con independencia de lo que vayamos a resolver en el presente caso, debería exhortarse al legislador para que en ejercicio de sus facultades constitucionales se ponga fin a esta situación de inconstitucionalidad.

11. Ciertamente, tal declaración de condena no soluciona el caso del recurrente. ¿Éste debería esperar que se dicte la ley que establezca los días de arresto domiciliario abonados por cada día de pena? Si la respuesta es negativa, ¿tiene este Tribunal capacidad para tutelar el derecho fundamental lesionado?

No creo que nadie, en su pleno juicio, pueda responder afirmativamente la primera interrogante. Hacerlo significaría renunciar al valor y al significado alcanzado por los derechos fundamentales en estos últimos 60 años, pues importaría volver a la época en la que los derechos valían sólo en el ámbito de las leyes, y no al revés, que es la propia del "Estado de los derechos fundamentales, en el que con propiedad se puede decir que las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos. Pero si no se puede dejar en indefensión al justiciable, ¿es posible que este Tribunal pueda disponer cuántos días de arresto domiciliario equivalen a un día de pena?

Yo también estoy convencido que esta última cuestión es un tema de competencia del Parlamento. Desde el mismo momento que este órgano constitucional pueda considerar indistintamente que 2, 3, 4 o 5 días (por poner algunos ejemplos) de arresto domiciliario puedan descontarse por un día de pena, la elección de una de estas alternativas, a mi juicio todas constitucionalmente conformes, está reservado al Poder Legislativo. Y es que el Juez Constitucional no tiene competencia para decidir, entre diversas opciones constitucionalmente admisibles, cuál de ellas es mejor, sino sólo para controlar que la elegida por el legislador no constituya una lesión de la Ley Fundamental.

Pero es también verdad que, en relación al caso, el Tribunal no puede permanecer indiferente. Ello supondría renunciar al rol que constitucionalmente se nos ha asignado en relación a la tutela de los derechos fundamentales. Nunca lo ha hecho este Tribunal, aunque implementar las técnicas más eficaces, le ha costado no pocos reproches.

En el derecho comparado la tutela de los derechos fundamentales, derivadas de una omisión inconstitucional, como la que se presenta en este caso, normalmente es remediada con la expedición de una sentencia aditiva. Dicha modalidad de sentencia constitucional no es exclusiva del proceso abstracto de inconstitucionalidad de las leyes, ya que también se aplican a los procesos concretos de tutela de derechos fundamentales, como lo refleja diversas experiencias comparadas.

Una sentencia aditiva se expide cada vez que no existe, en relación a una materia determinada, una norma específica que la discipline (omisión), en cuyo caso el Juez Constitucional debe hallar una norma que colme la "laguna técnica", no en base a una libre creación jurisprudencial, sino tomando como marco de referencia el sector del ordenamiento jurídico al cual pertenece la materia en cuestión.

13. En ese sentido, considero que el artículo 47 del Código Penal ofrece un buen marco de referencia. En efecto, en su primera parte éste contempla que por cada día de prisión preventiva corresponde descontar un día de pena. En tanto que en la segunda parte del mismo artículo 47 del Código Penal se ha establecido que 2 días de pena de multa o limitativa de derechos, debe descontarse por cada día de detención sufrida.

El legislador penal, en ambos casos, sólo ha considerado como posible de ser descontado de una pena (privativa de libertad, limitativa de derechos o de multa) el sufrimiento de la prisión preventiva. No lo ha hecho en relación al arresto domiciliario o, mejor aún, la única oportunidad en que éste pretendió regularlo, con la Ley 28568, éste fue declarado inconstitucional, por equiparar sus efectos con la prisión preventiva.

Por ello, tomando en consideración lo que expresara el Tribunal en la STC 00019-2005-PI/TC, en el sentido que la ejecución del arresto domiciliario no supone una injerencia sobre la libertad personal de la misma intensidad que la que ocasiona la prisión preventiva; pero que, de otro lado, ello tampoco significa que no la tenga, considero que la fórmula intermedia más próxima –incluso a la originalmente planteada por el legislador- es aquella que considera que un día de pena debe ser descontado por cada 2 días de arresto domiciliario, si es que éste no se encuentra en ninguno de los supuestos que a continuación se especifican.

Y es que no toda medida de comparecencia con detención domiciliaria afecta con la misma intensidad la libertad personal de los procesados, habida cuenta que dentro de esta medida de coerción personal existen distintos grados de afectación de la libertad personal. Así, por ejemplo, no se puede equiparar una detención domiciliaria en la que se autoriza acudir al centro de trabajo o a estudiar, de aquella detención domiciliaria en la que no existe tal autorización. De igual modo, no se puede equiparar la detención domiciliaria en custodia de otra persona, de aquella detención domiciliaria en custodia permanente de la autoridad policial, etc. Para supuestos como estos, por ejemplo, el legislador podría establecer que se descuente un día de pena por cada tres días de arresto domiciliario.

Por tanto, en los términos anteriormente expuestos, considero que en las circunstancias del caso concreto, las autoridades del INPE deben abonar 2 días de arresto domiciliario por cada día de pena.

S.S.

ETO CRUZ

Expediente Nº 06201-2007-PHC/TC
HUAURA
MOISÉS WOLFENSON WOLOCH

FUNDAMENTOS DE VOTO DEL MAGISTRADO FERNANDO CALLE HAYEN

Coincidiendo con la parte resolutiva de la sentencia y de acuerdo con los fundamentos expuestos por mis honorables colegas de la mayoría, sin embargo considero oportuno, en los siguientes fundamentos de voto, efectuar un análisis respecto del abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena, problema medular que nos trae el presente caso:

1-) En nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940, no se consagró la institución procesal de la comparecencia restrictiva, regulando solamente en sus artículos 79° y 80°, la aplicación de las ordenes de detención y comparencia, como las únicas medidas coercitivas personales.
Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 638, entra en vigencia, entre otros, el artículo 143 del Código Procesal Penal; el cual en su inciso primero, se refiere a la Comparecencia Restrictiva o Arresto Domiciliario.
Es así, que ésta institución ha ido evolucionando, y el Decreto Legislativo N° 957
Nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 290 se refiere al arresto domiciliario de manera mas detallada.

2-) La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2, inciso 24 establece los derechos a la libertad y seguridad personales, proscribiéndose la detención arbitraria, vale decir aquella que no emana de una orden escrita y motivada del juez o se trate de la comisión de flagrante delito.
Las medidas coercitivas de naturaleza personal, establecidas en nuestro ordenamiento procesal penal vigente son:

- Detención Policial
- Detención Judicial.
- Comparecencia Simple
- Comparencia con Restricciones.
- Impedimento de Salida del País
- Incomunicación.

En el caso que nos ocupa, nos referiremos a la Comparecencia con Restricciones, dentro de la que se encuentra el Arresto Domiciliario.

3-) El artículo 143° del Decreto Legislativo N°638, señala: " Articulo 143° Mandato de Comparecencia.
"Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparencia con la restricción prevista en el inciso primero, tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. El Juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes:

Inciso 1.- La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiéndose las ordenes necesarias

Inciso 2.- La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada quien informara periódicamente en los plazos designados.

Inciso 3.- La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

Inciso 4.- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.

Inciso 5.- La presentación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten.

El Juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso y ordenara las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Si el hecho punible denunciado esta penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tales alternativas".

La normatividad procesal señala que se dictará mandato de detención preventiva cuando se den los supuestos señalados en el artículo 135° del código acotado:
" Articulo 135 del Código Procesal Penal.

"...Inciso 1.- Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo (...)

Inciso 2.- Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; y

Inciso 3.- Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intencionalidad de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa..."

Esto quiere decir, que si el Juez, no advierte que de manera concurrente se dan estos requisitos, dictará mandato de comparencia.

4-) Mediante la detención domiciliaria, el Juez o la Sala Penal, limita la libertad del procesado imponiéndole el deber de encontrarse en su propio domicilio bajo vigilancia o sin ella, restringiéndose su libertad ambulatoria, motivo por el cual considero que debe tomarse en cuenta para ser descontada de la pena privativa de libertad.
El Tribunal Constitucional en la STC N° 1565-2002-HC/TC Héctor Chumpitaz Gonzáles señaló " (...) La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad". Resulta por lo demás, razonable, que el tiempo de arresto domiciliario sea tomado en cuenta, para abonarlo a favor del cumplimiento de la pena.

5-) Sólo para efectos pedagógicos, es bueno mencionar que el arresto domiciliario se diferencia de la comparecencia simple en que en el primero de los nombrados, es la libertad ambulatoria o locomotora del inculpado la que se encuentra limitada; mientras que en la segunda, se establecen reglas de conductas, que deberán cumplirse obligatoriamente, pero en libertad, pudiendo ser revocada la misma, en caso de incumplimiento de algunas de ellas

6-) De otro lado, muchas, de las legislaciones procésales penales latinoamericanas, establecen la institución del

arresto domiciliario en sus ordenamientos jurídicos. Asi entonces, trascribo algunos ejemplos:

1.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE BOLIVIA (Ley No. 1970) Ley del 25 de marzo de 1999

LIBRO QUINTO
MEDIDAS CAUTELARES
TÍTULO II
MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL
CAPÍTULO I
CLASES
Medidas sustitutivas a la detención preventiva.
Artículo 240º.- "Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución Fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:
1. La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral (...)".

2.- CÓDIGO PROCESAL PENAL ARGENTINO (Ley N° 23.984)

04 de septiembre de 1991
II.
III. CAPITULO VI: Prisión preventiva
Prisión domiciliaria
Art. 314°. – "El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio."

3.- CÓDIGO ORGANICO PROCESAL PENAL DE VENEZUELA
23 de enero 1998
TÍTULO VIII
DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL
Capítulo IV
De las Medidas Cautelares Sustitutivas
Modalidades
Artículo 265."Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser satisfechos, razonablemente, con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, alguna de las medidas siguientes:
1º. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;(...) "

4.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIA (Ley 600)
24 de julio de 2000
TITULO II
INSTRUCCION
CAPITULO V
Detención preventiva
Artículo 362. Suspensión. La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos:

1. Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida.

2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos (2) meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis (6) meses desde la fecha en que dio a luz.

3. Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales.
En estos casos, el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. El beneficiado suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar sin previa autorización de domicilio y a presentarse ante el mismo funcionario cuando fuere requerido.
Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.
Su incumplimiento dará lugar a la revocatoria de la medida y a la pérdida de la caución (...)".

5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUADOR. (Ley No.000. RO/Sup. 360)
13 de Enero del 2000.
LIBRO TERCERO
LAS MEDIDAS CAUTELARES
CAPITULO IV
LA PRISION PREVENTIVA
Sustitución
Art. 171.- "Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:
1. El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga (...)
Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el artículo 169 de este Código."

6.- CÓDIGO PROCESAL PENAL PARAGUAY (Ley N° 1.286)

08 de Julio 1998
LIBRO CUARTO
MEDIDAS CAUTELARES
TÍTULO II
MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL
MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.
Artículo 245. "Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión

preventiva, alguna de las alternativas siguientes:
1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;
No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.
En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas (...)"

7.- NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE CHILE (Ley 19.696)

12 de octubre de 2000
Título V
Medidas cautelares personales
Párrafo 6°
Otras medidas cautelares personales
Artículo 155.- "Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:
La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
(...)
El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (...)"
7-) No está demás recordar, que el nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957 , aun no vigente en la totalidad de nuestro país, señala en su artículo 290° lo siguiente:

Art.290°.- Detención Domiciliaria.
"1.- Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:
a. Es mayor de 65 años de edad;
b. Adolece de una enfermedad grave o incurable;
c. Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
d. Es una madre gestante.

2.- En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.
3.- La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución – pública o privada – o de tercera persona designada para tal efecto.
Cuando sea necesario, se impondrán límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellos que habitan con él o que lo asisten.
El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.".

8-) En todo Estado Constitucional de Derecho, los procesos constitucionales tienen por finalidad no sólo garantizar la primacía de la Constitución sino la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En tal sentido debe garantizarse el respeto por la libertad y por cierto la tutela procesal efectiva.

9-) En el caso que nos ocupa, nos encontramos frente al denominado hábeas corpus traslativo, previsto en el inciso 14) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional que establece: "Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la l i b e r t a d individual: 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez".

10-) El Tribunal Constitucional en la STC N° 2663-2003-HC/TC Eleobina Aponte Chuquihuanca ha dejado en claro que el habeas corpus traslativo, opera entre otros, en el supuesto que el reo haya cumplido su condena pero todavía se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario. Este supuesto es el aplicable al caso de autos

11-) Si bien es cierto no se ha regulado el arresto domiciliario para el cómputo de la pena, debo recordar que por STC N° 0019-2005-PI/TC, este Tribunal consideró inconstitucional la Ley N° 28568, de fecha 3 de julio de 2005, que modificaba el artículo 47° del Código Penal, permitiendo la posibilidad de abonar el arresto domiciliario al cómputo de la pena, a razón de un día de prisión efectiva por cada día de arresto domiciliario.

12-) Asimismo, no está demás señalar que, el artículo 44° del Código de Ejecución Penal establece: "El interno redime la pena mediante el trabajo, a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva, bajo la dirección y control de la Administración Penitenciaria..." De otro lado, el artículo 47° del Código Penal ha recogido como supuesto del cómputo de la pena: la detención preventiva y la pena de multa o limitativa de derechos, sin considerar al arresto domiciliario.

13-) En consecuencia el hecho de no existir norma expresa que regule el tema del abono del arresto domiciliario al tiempo de detención, no implica que los magistrados constitucionales estén en la imposibilidad de resolver este caso, toda vez que no se puede permitir que se vulnere el derecho fundamental a la libertad del ser humano y por que se debe tener en cuenta el principio pro homine y pro libertate por lo que debe efectuarse una labor integradora del derecho, casualmente para garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales conforme a

lo señalado por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

14-) En ese sentido, sin perjuicio de exhortar al Congreso a que dicte una norma contemplando el arresto domiciliario para el cómputo de la pena efectiva, cabe precisar que no sería inconstitucional que el legislador le otorgue un valor jurídico al mismo, siempre que se cumplan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, vale decir que cualquier plazo superior al señalado en la STC Nº 0019-2005-PI/TC, sería constitucional.

SS

CALLE HAYEN

EXP N.º 6201-2007-PHC/TC
LIMA
MOISÉS WOLFENSON
WOLOCH

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por el voto de nuestros colegas magistrados expresamos los fundamentos de nuestro voto singular en el presente caso.

1. Resumen de los hechos

Con fecha 6 de agosto de 2007 Ángel Alvarado Rabanal interpone demanda de hábeas corpus a favor de Moisés Wolfenson Woloch a fin de que se ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Manifiesta que el favorecido habría cumplido en exceso la pena impuesta sobre la base del cálculo siguiente:

- El beneficiado con la demanda de hábeas corpus se encontró bajo arresto domiciliario en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005; sumando un total de 977 días.
- El favorecido estuvo en el Establecimiento Penal para Presos Primarios de Lima (ex San Jorge) entre el 25 de enero de 2005 y el 8 de julio de 2005; y entre el 25 de julio de 2005 y la fecha de interposición de la demanda; habiendo acumulado 901 días.
- A partir del reingreso al establecimiento penal, argumenta, el favorecido ha redimido la pena por el trabajo a razón de 5 días de labor efectiva por 1 de pena, en aplicación de la Ley N.º 27770. Así las cosas, habría acumulado 901 días de labor efectiva, lo que equivale a la redención de 180 días de pena.
- Atendiendo a lo anterior, a los 1460 días deben restarse 180 días de redención de la pena. Seguidamente, de los 1280 días resultantes, debe restarse 901 de prisión efectiva, obteniendo como resultado 379 días de pena privativa de la libertad, los mismos que deberían ser computados con los días de arresto domiciliario.

Precisamente respecto a la figura del arresto domiciliario, el recurrente sostiene que no existe una regla legal para el cómputo del periodo de arresto domiciliario a la pena privativa de la libertad y correspondiente interposición de solicitud de excarcelación por cumplimiento de la pena. En ese sentido afirma que la STC 0019-2005-PI/TC no prohíbe el establecimiento de fórmulas de abono del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta, siempre que las mismas sean razonables y proporcionales.

Para el demandante resulta admisible, razonable y constitucional que se computen dos días de arresto domiciliario por uno de pena privativa de la libertad, puesto que la ausencia de identidad de ambos institutos no elimina los efectos aflictivos que producen en la persona que los sufre y tampoco afecta los fines preventivos y especiales del poder punitivo del Estado; ni conspira tampoco contra la rehabilitación y resocialización del penado, pues se habría producido un efecto intimidatorio suficiente en éste. Inclusive sostiene que lo expuesto en la STC 0019-2005-PI/TC permitiría convalidar la fórmula del cómputo planteada en la demanda para el arresto domiciliario.

Finalmente sostiene que debe aplicarse el principio non liquet en la función jurisdiccional, reconocido en el artículo 139º inciso 8 de la Constitución y que señala que es derecho del justiciable el que no se deje de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

El encargado de la Dirección del Establecimiento Penal de Presos Primarios de Lima (Ex San Jorge), John Alejandro Fernández Morales, señala que la solicitud de excarcelación de Moisés Wolfenson Woloch fue declarada improcedente porque el cómputo de la pena impuesta se inicia a partir del día en que se inicia la privación de la libertad, atendiendo a lo señalado en la STC 0019-2005-PI/TC.

Por su parte, la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia considera que la demanda debe ser desestimada, en tanto no se acredita la lesión del derecho constitucional invocado, toda vez que el beneficiario no ha cumplido con la condena impuesta, ya que los cuatro años de pena privativa de la libertad deben computarse a partir de 26 de enero del 2005, conforme lo dispone la Ejecutoria Suprema Aclaratoria del 2 de marzo de 2006.

Asimismo, manifiesta que la solicitud del beneficiario con la demanda de hábeas corpus fue declarada improcedente al no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 219º del Decreto Supremo N.º 015-2003-JUS – Reglamento del Código de Ejecución Penal; luego de un análisis técnico-jurídico.

Manifiesta, además, que la pretensión de equiparar dos días de privación de la libertad en forma de arresto domiciliaria por cada día de detención, no toma en cuenta que la Ley N.º 28568 fue declarada inconstitucional mediante STC 0019-2005-PI/TC.

Con fecha 12 de octubre de 2007, el Primer Juzgado Transitorio de Huaral declara fundada en parte la demanda, al considerar que los 467 días pendientes de reclusión efectiva deben ser abonados al periodo

que padeció arresto domiciliario. En dicha resolución se señala que en la STC 0019-2005-PI/TC se declaró inconstitucional permitir que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario. En esa medida los alcances de la sentencia que vinculan a los poderes públicos deben estar circunscritos a dicha consideración, resultando viable que se utilicen otras fórmulas del cómputo del arresto domiciliario.

Menciona que atendiendo al distinto grado de intervención el derecho a la libertad personal que existe entre el arresto domiciliario y la privación de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario, debe resolverse la controversia aplicando el test de proporcionalidad. En esa medida, establece como regla jurisprudencial que se permita que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada cuatro días de arresto domiciliario, y no por cada dos días, como pretende el demandante.

Con fecha 19 de noviembre de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura declara infundada la demanda, al considerar que no existe norma que determine que el arresto domiciliario sea homologado como parte de la pena privativa de la libertad, y pretender que el juez constitucional asuma funciones que son propias del Poder Legislativo (dado que no existe norma que disponga el cómputo del arresto domiciliario para el cómputo de la pena privativa de la libertad), resultaría inválido y atentaría contra la seguridad jurídica.

2. Argumentos de fondo

Precisión del petitorio de la demanda

1. El demandante solicita al Tribunal Constitucional ordene su excarcelación por haber cumplido, a su parecer, en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días, según afirma) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Manifiesta que el favorecido habría cumplido en exceso la pena impuesta.

Naturaleza de los beneficios penitenciarios

2. Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (STC 010-2002-AI/TC), la previsión de los beneficios penitenciarios es compatible con el fin resocializador de la pena(artículo 139°, inciso 22 de la Constitución). Sin embargo, no se deriva de dicho dispositivo constitucional un mandato al legislador para que los prevea en la ley. Por lo que la ausencia de beneficios penitenciarios o la imposibilidad de acceder a ellos no comporta per se una violación constitucional.

3. Los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno (STC 00965-2007-PHC/TC, FJ 4); de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 1593-2003-HC/TC) la denegatoria de un beneficio penitenciario no constituye necesariamente una afectación a la libertad personal. Más aún, los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, por cuanto su goce y ejercicio están limitados por otros derechos y bienes constitucionales (STC 003-2005-AI/TC, FJ 42, STC 2440-2007-PHC/TC, FJ 5, entre otras).

Excarcelación por beneficios penitenciarios y resocialización

4. El Código de Ejecución Penal (artículos 50° y 55°) establece respecto a los beneficios de liberación condicional y semilibertad, que el solo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos no obliga al órgano jurisdiccional a proceder a su concesión, sino que es preciso que el juez evalúe el grado de resocialización alcanzado por el interno[1]. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado que la excarcelación por beneficios penitenciarios sólo puede darse en caso de que el juez compruebe que, en efecto, se han cumplido en el interno los fines resocializadores de la pena:

14. La determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, en realidad, no debe ni puede reducirse a verificar si aquél cumplió o no con los supuestos formales que la normatividad contempla (plazo de internamiento efectivo, trabajo realizado, etc). Dado que el interno se encuentra privado de su libertad personal por virtud de una sentencia condenatoria firme, la concesión de beneficios está subordinada a la evaluación del juez, quien estimará si los fines del régimen penitenciario [inciso 22) del artículo 139° de la Constitución] se han cumplido, de manera que corresponda reincorporar al penado a la sociedad aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que éste ya demuestra estar reeducado y rehabilitado (STC 1593-2003-HC/TC).

5. Es este sentido, conforme a la naturaleza de los beneficios penitenciarios corresponde reincorporar al penado a la sociedad (antes de que se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta) sólo en el caso de que aquél esté reeducado y rehabilitado. El Tribunal Constitucional ha determinado que la denegatoria de excarcelación por beneficios penitenciarios está sujeta a una debida motivación, en la que el órgano jurisdiccional valore el grado de resocialización alcanzado por el sentenciado (STC 1593-2003-HC/TC).

El abono del plazo de arresto domiciliaría a la pena privativa de la libertad. Detención y arresto domiciliario

6. Conforme lo hemos puesto de manifiesto no cabe duda que el arresto domiciliario supone una intromisión a la libertad personal menos gravosa que la detención. Los efectos personales del dictado de una medida de detención llevada a cabo en un establecimiento penal son sustancialmente análogos al cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad (produciendo el mismo grado de afectación a la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática).

Por tanto, lo establecido en el articulo 47° del Código Penal en el sentido de compurgar el plazo transcurrido a título de detención preventiva a la pena privativa de libertad impuesta resulta una exigencia derivada del principio-derecho de dignidad de la persona humana (STC 0019-2005-PI/TC).

7. No ocurre lo mismo con el arresto domiciliario cuyos efectos evidentemente son menos gravosos. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado que los plazos de detención y de arresto domiciliario no pueden equipararse (STC 1565-2002-HC/TC, STC 0209-2002-HC, STC 0376-2003-HC). Es en atención a dicho criterio que cuando el Tribunal tuvo la ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de la Ley N.° 28568, que modificando el Código Penal equiparaba el plazo de detención con el del arresto domiciliario a razón de un día de arresto domiciliario por un día de pena privativa de libertad, estableció que ello resulta abiertamente atentatorio del principio de igualdad, así como de los fines preventivos de la pena constitucionalmente garantizados (STC 0019-2005-PI/TC).

8. Sin embargo, aunque no son equiparables la detención y el arresto domiciliario, en tanto ambos constituyen (en grados distintos) restricciones de la libertad personal, este Tribunal ha reconocido que la inexistencia de un plazo máximo de arresto domiciliario puede resultar lesivo del derecho al derecho al plazo razonable (STC 731-2004-PHC/TC). Tal vulneración se verificaría, por ejemplo, cuando no exista sentencia condenatoria y el arresto domiciliario se prolongue más allá de la prognosis de la pena, o peor aún, sine die. No obstante, la vulneración del plazo razonable del arresto domiciliario habrá cesado al dictarse una sentencia de primer grado, con lo que la medida cautelar personal –el arresto domiciliario– queda sin efecto. Ello no implica, además, que el plazo de arresto domiciliario tenga necesariamente que abonarse al plazo de la pena privativa de la libertad; más aún si el legislador no lo ha previsto así. En este caso el Tribunal Constitucional ha mantenido una jurisprudencia respetuosa de la legislación penal democrática sustantiva y adjetiva, más aún si se trata de delitos especiales (terrorismo, tráfico ilícito de drogas y corrupción).

La STC 0019-2005-PI/TC y el arresto domiciliario

9. Conforme puede advertirse de autos tanto el demandante como la demandada sustentan sus posiciones en lo señalado en la STC 0019-2005-PI/TC. Mientras el demandante argumenta que dicha sentencia proscribe exclusivamente el cómputo de un día de arresto domiciliario como un día de pena privativa de la libertad, por lo que resultaría factible y constitucional el establecimiento de fórmulas distintas como el "2 por 1"; la parte demandada considera que dicha sentencia excluiría toda posibilidad de que el periodo de arresto domiciliario sea computado como parte del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

10. Atendiendo a ello estimamos conveniente reafirmar la jurisprudencia expuesta en la STC 00019-2005-PI/TC. En efecto, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de una restricción del derecho a la libertad personal en el arresto domiciliario; sin embargo, de ninguna manera puede equipararse a una detención preventiva o al cumplimiento de una pena privativa de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario. Esto no significa que el arresto domiciliario no pueda ni deba ser considerado para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta, pero esa es una cuestión que está en la competencia legislativa del Congreso de la República y no en la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

11. Sin embargo en dicha tarea el legislador no puede soslayar que ya se determinó la inconstitucionalidad del sistema de un día de arresto domiciliario por un día de prisión efectiva (STC 019-2005-PI/TC); por el contrario, el sistema que establezca el legislador debe ser proporcional y considerar: a) que no exista un menoscabo en los fines que persiguen tanto la pena como la ejecución de la misma; b) el grado de intensidad del daño que produce el delito cometido (lo que supondrá, a su vez, evaluar el número de bienes jurídicos afectados por una conducta delictiva, así como la relevancia constitucional de dichos bienes); y c) la frecuencia e incidencia de la comisión de determinados tipos penales especiales en el país.

12. Ello resulta particularmente atendible en los casos de la comisión de delitos de corrupción porque

"48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad"[2] (énfasis agregado).

13. Esta posición no supone abdicar del rol tutelar de la persona humana por dos razones principales. Primero, porque los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales y, en todo caso, los derechos fundamentales no son absolutos. En segundo lugar, porque de la Constitución no se deriva que exista un mandato constitucional que obligue al legislador a prever beneficios penitenciarios; y en tercer lugar, porque no se presenta una violación de los derechos fundamentales cuando se persigue y castiga un delito, dentro del marco constitucional y legal establecido. De modo tal que la ausencia de estos o la imposibilidad de acceder a los ya previstos en la ley no comporta per se una inconstitucionalidad; más aún si se trata de delitos especiales como la corrupción que puso en estado de crisis al propio Estado democrático constitucional, si bien de manera diferente que el terrorismo y el narcotráfico.

14. En ese sentido, no compartimos lo señalado en el fundamento 9 de la sentencia, por cuanto la Constitución no consagra únicamente derechos

fundamentales (que por cierto no son absolutos); sino que también protege otros bienes constitucionales que son igualmente valiosos. Por ejemplo, del artículo 2º-24-f de la Constitución jurídico se deriva que hay bienes constitucionales como la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo; contra la corrupción (artículos 39º-42º, 45º y 139º-4) que deben ser protegidos por el Tribunal Constitucional; al igual que el principio de persecución y sanción del delito y el principio de no impunidad. De ahí que no sea consistente argumentativamente desconocer la dimensión axiológica de nuestra Ley Fundamental al resolver este caso únicamente desde el prisma de los derechos fundamentales –no siendo los beneficios penitenciarios derechos fundamentales–, desvinculándolo del cuadro de valores de la Constitución; más aún sin realizar ponderación alguna con los principios constitucionales de persecución y sanción del delito y con el principio de no impunidad.

Análisis del caso concreto

15. Para el demandante el Tribunal Constitucional tiene la obligación en el presente caso de formular, a fin de no afectar el derecho fundamental a la libertad personal del beneficiado, una regla jurisprudencial en relación con el cómputo de los días de arresto domiciliario como parte de la pena privativa de la libertad. A criterio del demandante "[l]a expulsión del ordenamiento de la Ley N.º28568 originó una laguna normativa por la cual una grave intervención estatal dentro del contenido protegido del derecho a la libertad personal (la aplicación del arresto domiciliario a un procesado), dictada preventivamente, quedó sin consecuencia jurídica respecto de la decisión definitiva (el abono del tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta)"[3]. Además de ello argumenta que este Colegiado en aplicación del principio de no dejar de administrar justicia debe proceder de acuerdo con el artículo 139º inciso 8 de la Constitución.

16. Este argumento, así planteado del demandante, exige dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿existe realmente en el presente caso un vacío legislativo que obligue al Tribunal Constitucional a formular una regla jurisprudencial al respecto? La respuesta es negativa. Una laguna jurídica se presenta cuando el legislador no ha previsto regular una situación jurídica sustancialmente idéntica a otra que sí se halla expresamente regulada en sus consecuencias jurídicas. En el caso del arresto domiciliario se ha demostrado que éste no puede ser asimilado ni a la detención preventiva ni a la prisión efectiva en cumplimiento de una sentencia condenatoria, dada su naturaleza diversa.

17. El Tribunal Constitucional ya precisó las diferencias existentes entre dicha figura y cualquier forma de detención al interior de un establecimiento penitenciario: "Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aún cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el ius ambulandi se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menos importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel." (STC 0019-2005-PÍ/TC, FJ 23) (subrayado agregado).

18. En consecuencia, no puede concluirse que tal vacío legislativo exista para el caso del arresto domiciliario. Por el contrario, más bien se aprecia que, en función de su facultad de libre configuración de la ley penal, el legislador simplemente no ha optado, hasta ahora, porque los días de arresto domiciliario se abonen al cómputo de la pena privativa de la libertad. Y esta decisión del legislador no contraviene la Constitución del Estado en la medida que, como se dijo supra: a) no existe un mandato constitucional que le obligue a prever beneficios penitenciarios para todos los que han delinquido;b) su denegatoria no afecta propiamente el derecho fundamental a la libertad personal; y c) no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva. Lo que no obsta que, una vez agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en sus derechos pueda recurrir a los tribunales internacionales, de conformidad con el artículo 205º de la Constitución.

19. Ahora bien, es necesario precisar que el principio de no dejar de administrar justicia previsto en el artículo 139º inciso 8 de la Constitución exige que los órganos jurisdiccionales no abdiquen de su deber de administrarla, aun cuando exista un vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso se aplican los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario. Como es evidente éste no es el supuesto que se configura en el presente caso, por cuanto no existe tal vacío legislativo. Debe quedar claro que el artículo 139º inciso 8 de la Constitución lo que garantiza es que los órganos jurisdiccionales no se abstengan de resolver una controversia jurídica amparándose en un vacío o deficiencia de la ley; lo cual no sucede, como se ha visto, en el presente caso.

20. Más aún, si este Colegiado habría entendido que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N.º 28568 daba lugar a un vacío legislativo y, además, que de dicho vacío se derivaba una afectación a la libertad personal, hubiera tenido la obligación de recurrir a las técnicas jurídico-constitucionales a fin de colmar dicha laguna. Pero no lo hizo porque, como nuevamente se repite, no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva. Sin embargo, no sería inconstitucional si el legislador decide otorgarle un valor jurídico a los días del arresto domiciliario a efectos del cómputo de la pena efectiva, siempre que ello sea razonable y proporcional y se respete lo señalado al respecto en la STC 019-2005-PI/TC y en el fundamento 11 del presente voto.

21. De otro lado, el demandante también afirma que el Tribunal Constitucional, aplicando el principio pro homine se debe pronunciar a favor de la excarcelación del favorecido. En el fundamento 8 de la presente sentencia se ha reconocido que la inexistencia de un plazo máximo de arresto domiciliario puede resultar lesiva del derecho al derecho al plazo razonable (STC 731-2004-PHC/TC). La vulneración se verificaría, por ejemplo, cuando no exista sentencia condenatoria y el arresto domiciliario se prolongue sine die. Sin embargo, tal vulneración no se configura si se ha dictado una sentencia de primer grado, con lo que la medida cautelar personal –el arresto domiciliario– queda sin efecto. Ello no implica, por lo demás, que el plazo de arresto domiciliario tenga necesariamente que abonarse al plazo de la pena privativa de la libertad; salvo que el legislador lo prevea así.

22. En el presente caso el favorecido estuvo, como él mismo lo afirma, bajo arresto domiciliario entre el 24 de mayo de 2002 hasta el 26 de enero de 2005[4]. Sin embargo, fue sentenciado por la comisión del delito de peculado a cuatro años de pena privativa de la libertad y al pago de tres millones de nuevos soles como reparación civil. De acuerdo con lo que obra en el expediente (folio 31) el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se inició el 26 de enero de 2005 y finalizará el 25 de enero de 2009. Al existir una sentencia condenatoria dictada dentro de un proceso penal en el cual se ha respetado el debido proceso y que el demandante no ha cuestionado en el presente proceso constitucional, no se puede concluir que la restricción del derecho fundamental a la libertad personal sea inconstitucional en el presente caso.

23. Sin embargo, para estimar la demanda, la sentencia en mayoría (fundamento jurídico 14) realiza, en primer lugar, un análisis que sólo le corresponde al juez penal ordinario, como es el cómputo de la pena, más aún si existe sentencia condenatoria en contra del demandante y sin que se considere si éste ha cumplido o no con pagar la reparación civil correspondiente. En segundo lugar, se invoca la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estraburgo, Caso Barberà, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre de 2008, para "hacer suyo", según se dice, el criterio "análisis de los hechos en su conjunto". La cita es impertinente porque no se ha reparado en que las consideraciones de dicho Tribunal Internacional sobre el análisis de los hechos en su conjunto están referidas a la apreciación conjunta de los medios probatorios penales; siendo evidente que esta tarea no le corresponde al Tribunal Constitucional pues éste no determina responsabilidades penales ni mucho menos valora los medios probatorios actuados en un proceso penal específico. Por tanto, es inoportuno asumir un criterio sobre una cuestión que es ajena a la función constitucional de este Tribunal.

Sobre la aplicación del nuevo Código Procesal Penal

24. Del expediente de autos se puede advertirr que la demanda ha sido interpuesta en la ciudad de Huaral, no obstante que el favorecido ha sido procesado, sentenciado y cumple su condena en el distrito judicial de Lima. Si bien el artículo 399° del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 957), vigente sólo en los distritos judiciales de Huaura, Callao y La Libertad, establece que en caso se imponga pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo, se descontará el plazo de detención preventiva sufrida: " (...) [s]i se impone pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido (...)".

25. Sin embargo, también es necesario señalar que, a diferencia de la regulación establecida en el Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638) vigente en Lima, el arresto domiciliario únicamente se impone en circunstancias regladas, cuando la medida restrictiva de libertad que corresponda imponer sea la detención. Así, el artículo 290° inciso 1 del citado Código establece lo siguiente: "[s]e impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado: a) Es mayor de 65 años de edad; b) Adolece de una enfermedad grave o incurable; c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; d) Es una madre gestante".

26. Como es de verse, en el Código Procesal Penal que es de aplicación en el distrito judicial de Huaura, el arresto domiciliario únicamente es concedido cuando corresponda imponer detención y sólo por las características personales del imputado. No ocurre lo mismo con el Código Procesal Penal vigente en el distrito judicial de Lima (Decreto Legislativo N.° 638), en el que el arresto domiciliario es considerado una forma de comparecencia restringida, esto es, que procede en aquellos casos en los que quepa una forma de restricción de la libertad individual menos gravosa que la detención:

Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolescan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.

El juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes :
1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiéndose las órdenes necesarias(...).

27. De modo tal que sólo en el caso de que el arresto domiciliario hubiera sido dictado bajo las normas del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 957) vigente en el Distrito Judicial de Huaura, correspondería compurgar el plazo de arresto domiciliario sufrido con el de la pena efectiva. Aún así, tampoco el nuevo Código establece la obligatoriedad de compurgar el arresto domiciliario con la pena efectiva, pues ello sólo será procedente "de ser el caso" y cuando se configuren

los supuestos previstos en dicha disposición, que no es el caso del demandante. Esta no obligatoriedad se refleja también en el hecho de que no se ha previsto la proporción de dicho abono.

28. Con todo debe resolverse si corresponde que el nuevo Código Procesal Penal sea aplicado al demandante. Del solo hecho que el demandante haya interpuesto su demanda en la ciudad de Huaral no se sigue que el nuevo Código Procesal Penal le sea aplicable. Ello por cuanto lo determinante es el distrito judicial
donde se llevó a cabo el proceso penal y donde se ejecuta la pena; de lo contrario, cualquier persona procesada o sentenciada a nivel nacional podría pretender que se revise las resoluciones judiciales, incluso las que tienen la autoridad de cosa juzgada, en el distrito judicial de Huaura. Por tanto, en cuanto a la ley aplicable por razón de territorio, conforme a la Primera Disposición Final del Nuevo Código Procesal Penal, su entrada en vigencia en el territorio nacional será progresiva, estando actualmente vigente en el distrito judicial ante el cual se interpuso la demanda de hábeas corpus conforme al Calendario Oficial de Aplicación progresiva del Código Procesal Penal (Decreto Supremo N.º 007-2006-JUS), no estando en vigor aún en el distrito judicial de Lima.

29. Cabe señalar que tal distinción en cuanto a las normas de proceso penal aplicables en los distintos distritos judiciales no resulta lesiv al principio-derecho de igualdad, concretamente de igualdad ante la ley, toda vez que su contenido admite el trato diferenciado siempre que se funde en causas objetivas y razonables (STC 0048-2006-AI/TC, FJ 62). En el presente caso se estima que la vigencia progresiva del nuevo Código es un criterio de diferenciación objetiva y obedece a la necesidad de que su implementación se realice paulatinamente y sin que se altere de manera arbitraria la aplicación progresiva del nuevo ordenamiento procesal penal. Por ello las normas del arresto domiciliario que fueron aplicables al proceso seguido contra el favorecido en la Corte Superior de Justicia de Lima son las del Código Procesal de 1991 (Decreto Legislativo N.º 638), por lo que resultaría evidentemente inconstitucional la aplicación del nuevo Código al presente caso.

3. Conclusión

Por lo expuesto precedentemente, consideramos que la presente demanda de hábeas corpus debe declararse INFUNDADA.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS

---

[1] Artículo 50, in fine: "El beneficio (de semilibertad) será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito. Contra la resolución procede recurso de apelación, en el plazo de tres días."
Artículo 55 "(...) El beneficio (de liberación condicional) será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito(...)".

[2] STC 0019-2005-PI/TC (FJ 48).

[3] Folio 340 del expediente.

[4] Folio 2 del expediente.

Exp. N° 0728-2008-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares. Sobre el hábeas corpus contra resoluciones judiciales y derecho a la motivación de las resoluciones judiciales].*

Fecha de Resolución: 13 de octubre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de octubre de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) declaró fundada en parte la demanda de hábeas corpus interpuesta por Guiliana Flor de María Llamoja Hilares en el extremo que solicitaba la nulidad de la sentencia emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima; e improcedente en el extremo que solicitaba su inmediata libertad, en razón a que la nulidad no alcanzaba a la sentencia condenatoria emitida por la Sala Superior Penal. Así lo dispuso el TC, debiendo emitirse en la instancia de la Corte Suprema nueva resolución según corresponda.

La demandante alegaba la vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente a la debida motivación de las resoluciones judiciales, agregando que las sentencias cuestionadas, se basaban en criterios desproporcionados, irracionales e ilógicos, entre otros.

El TC de acuerdo a su reiterada jurisprudencia señaló que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.

Así pues, advirtió que la sentencia emitida por la Sala Suprema Penal incurrió en dos supuestos de indebida motivación de las resoluciones judiciales que tiene sobrada relevancia constitucional. En primer lugar, presentaba una deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia narrativa; y, en segundo lugar, presentaba una deficiencia en la justificación externa.

El Colegiado señala además, que al haberse sustentado la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios); ésta no había explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no había explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico había motivado dicha conclusión. En consecuencia, al no haberse obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resultaba arbitraria, y por tanto inconstitucional.

También señaló el TC, que la Corte Suprema de Justicia de la República está habilitada para evaluar cualquier tipo de razonamiento contenido en la sentencia condenatoria expedida por la Sala Superior Penal, esto es, para verificar la falta de corrección lógica de las premisas o de las conclusiones, así como la carencia o incoherencia en la narración de los hechos; pero además para verificar la deficiencia en la justificación externa, incluso para resolver sobre el fondo del asunto si es que los medios probatorios o la prueba indiciaria le genera convicción, sólo que en éste último caso deberá cumplir con el imperativo constitucional de la debida motivación.

Temas claves: Control constitucional de resoluciones judiciales - derecho a la motivación de resoluciones - derecho a la presunción de inocencia - estructura de la motivación de sentencias - excarcelación - hábeas corpus contra resoluciones judiciales - motivación externa - motivación interna - principio de *in dubio pro reo* - prueba directa - prueba indiciaria.

EXP. N.° 00728-2008-PHC/TC
LIMA
GIULIANA FLOR DE MARIA
LLAMOJA HILARES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo Beamount Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia y con el fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda, que se adjunta

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Giuliana Flor de María Llamoja Hilares contra la sentencia expedida por la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 2488, su fecha 23 de noviembre de 2007, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de agosto de 2007, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus, contra los Vocales integrantes de la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Josué Pariona Pastrana, Manuel Carranza Paniagua y Arturo Zapata Carbajal; y contra los Vocales integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Javier Román Santisteban, Hugo Molina Ordóñez, Daniel Peirano Sánchez y Ricardo Vinatea Medina, con el objeto de que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria de fecha 26 de julio de 2006, y su confirmatoria mediante ejecutoria suprema de fecha 22 de enero de 2007, ambas recaídas en el proceso penal N.° 3651-2006, y que en consecuencia, se expida nueva resolución con arreglo a Derecho, así como se ordene su inmediata libertad. Alega la vulneración de su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, específicamente, los derechos a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como los principios de presunción de inocencia e indubio pro reo, relacionados con la libertad individual.

Refiere que el día de los hechos solo procedió a defenderse, ya que estando en la cocina, la occisa le lanzó violentamente dos cuchillos, los cuales logró esquivar; que luego, empuñando un tercer cuchillo la persiguió alrededor de la mesa, y la alcanzó en una esquina, infiriéndole un corte en la palma de su mano derecha; ante ello, agrega que cogió un cuchillo que estaba en la mesa y que, forcejeando, ambas avanzaron hacia la pared, donde chocaron con el interruptor, apagándose la luz. Señala, asimismo, que en tal contexto de forcejeo y de lucha ciega entre ambas (al haberse apagado la luz de la cocina), se produjeron movimientos no de ataque, sino motivados por el pánico y la desesperación, razón por la cual ambas se infirieron heridas accidentales (no intencionales), a consecuencia de las cuales cualquiera de las dos pudo terminar muerta, pues cada una estuvo premunida de un cuchillo de cocina. Ya con relación al fondo del asunto, refiere que luego de producido el evento: i) la occisa presentó 60 heridas, las cuales (todas) fueron superficiales, pues 56 se hallaron solo en la epidermis (sin sangrado); 3 menos superficiales, que tampoco fueron profundas (el protocolo de necropsia no señalo profundidad por ser ínfimas), y una (1) que, aun siendo también superficial, fue la única fatal (el protocolo de necropsia tampoco le asignó profundidad), mientras que su persona presentó 22 heridas aproximadamente; sin embargo, refiere que el juzgador sólo ha valorado 4 de ellas y no las demás, esto es, que se ha minimizado las heridas cortantes que presentó su persona (para señalar que sólo fueron 4), y se ha maximizado las heridas que presentó la occisa (ocultando que fueron sumamente superficiales, sólo en la epidermis y sin sangrado). En este extremo concluye que, si sólo se tomó en cuenta 4 de las 22 heridas, con el mismo criterio debió excluirse las 56 heridas de la agraviada, y entonces de esa manera efectuar una valoración más justa, pues sólo incidiría sobre las 4 heridas que presentaron cada una; ii) no ha quedado probado quién produjo la única herida mortal, mucho menos existe pericia o prueba alguna que determine de manera indubitable que fue su persona quien produjo dicha herida; pues ni los jueces ni los peritos, nadie sabe cómo se produjo ésta, ni qué mano la produjo, la izquierda o la derecha, pues arguye que el día de autos ambas se encontraban en una situación de la que no podían salir, y en la que cualquiera de las dos pudo terminar muerta; no obstante, alega que fue juzgada y sentenciada de manera arbitraria, sin existir prueba indubitable de ser la autora de la única herida mortal, pues pudo habérsela ocasionado la misma agraviada, más aún, si los peritos oficiales ante la pregunta de si la herida mortal pudo haber sido ocasionada por la misma víctima, respondieron que "era poco remoto", lo que denota que era posible. Además de ello señala que, de acuerdo a la lógica, tampoco hubo de su parte intencionalidad de lesionar a la occisa; iii) agrega asimismo que se distorsionaron totalmente los hechos, introduciendo, por ejemplo, que fue la acusada quien cogió primero el cuchillo para atacar, cuando la que cogió primero el cuchillo para atacar y, de hecho, atacó fue la occisa, alterando así los hechos sin prueba alguna; y, finalmente iv) señala que ambas sentencias están basadas en falacias, argucias y premisas falsas que distorsionan el orden de los hechos,

así como adulteran y tergiversan los mismos, a la vez que existe ocultamiento y manipulación de evidencias en su perjuicio, así como una notoria parcialización en las premisas y conclusiones. En suma, aduce que se trata de una sentencia condenatoria parcializada en su contra.

Realizada la investigación sumaria y tomadas las declaraciones explicativas, la accionante se ratifica en todos los extremos de su demanda. Los magistrados emplazados, por su parte, coinciden en señalar que el proceso penal que dio origen al presente proceso constitucional ha sido desarrollado respetando las garantías y principios del debido proceso, en el que, tanto la procesada como la parte civil hicieron valer su derecho a la defensa y otros derechos en todas las etapas del proceso, tanto es así que, en el caso, la recurrente presentó peticiones, así como medios impugnatorios. Agregan asimismo que lo que en puridad pretende la recurrente es que se efectúe un nuevo análisis del acervo probatorio que se incorporó en el proceso, extremos estos que no son materia de un proceso constitucional, sino más bien de un proceso ordinario.

El Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de octubre de 2007 declaró improcedente la demanda contra los magistrados de la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel, e infundada contra los magistrados de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por considerar que la sentencia condenatoria no puede ser considerada resolución firme, toda vez que contra ella oportunamente se interpuso recurso de nulidad; en cuanto a la sentencia confirmatoria (ejecutoria suprema), señala que el Supremo Colegiado ha actuado conforme a ley, teniendo en cuenta todas las garantías del debido proceso, y en las que la accionante tuvo la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a la defensa, así como de acceder a la pluralidad de instancias, por lo que no se puede pretender hacer de esta vía una instancia más del proceso penal.

La Primera Sala Penal Superior para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 23 de noviembre de 2007, confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Según la demanda de hábeas corpus de autos, el objeto es que este Alto Tribunal declare: i) la nulidad de la sentencia condenatoria de fecha 26 de julio de 2006, y su confirmatoria mediante ejecutoria suprema de fecha 22 de enero de 2007, ambas recaídas en el proceso penal seguido contra la accionante por el delito de parricidio (Exp. N.º 3651-2006), así como ii) se ordene su inmediata libertad, por cuanto, según aduce, vulneran su derecho a la tutela procesal efectiva, derecho que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, específicamente los derechos a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como los principios de presunción de inocencia e indubio pro reo, relacionados con la libertad personal.

2. Sin embargo, del análisis de lo expuesto en dicho acto postulatorio, así como de la instrumental que corre en estos autos, se advierte que lo que en puridad denuncia la accionante es la afectación de su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y ello es así, porque, además de lo señalado en los puntos iii) y iv) de los Antecedentes, en su extenso escrito de demanda de más de cien (100) páginas, enfáticamente señala que, tanto la sentencia condenatoria como su confirmatoria mediante ejecutoria suprema se basan principalmente en: a) criterios abiertamente desproporcionados, irracionales e ilógicos (razonamientos absurdos), ilegales, sostenidos en falacias, hechos falsos, falsa motivación (sesgada, subjetiva, falaz, etc.); que asimismo presentan b) manipulación de pruebas y alteración del orden de los hechos en su perjuicio. Por tanto, siendo de fácil constatación la alegada denuncia de vulneración de su derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sobre ella incidirá el análisis y control constitucional de este Colegiado.

El hábeas corpus contra resoluciones judiciales

3. La Constitución establece expresamente en su artículo 200º, inciso 1, que el hábeas corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos a ella. A su vez, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4º, segundo párrafo, que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

4. En efecto, cabe precisar que no todas las resoluciones judiciales pueden ser objeto de control por el proceso constitucional de hábeas corpus; antes bien y en línea de principio, solo aquellas resoluciones judiciales firmes que vulneren en forma manifiesta la libertad individual y los derechos conexos a ella, lo que implica que el actor, frente al acto procesal alegado de lesivo previamente haya hecho uso de los recursos necesarios que le otorga la ley. Y es que, si luego de obtener una resolución judicial firme no ha sido posible conseguir en vía judicial la tutela del derecho fundamental presuntamente vulnerado (libertad individual y conexos a ella), quien dice ser agredido en su derecho podrá acudir al proceso constitucional, a efectos de buscar su tutela.

5. En el caso constitucional de autos, dado que en el proceso penal seguido a la actora (Exp. N.º 3651-2006) se han establecido restricciones al pleno ejercicio de su derecho a la libertad individual tras el dictado en forma definitiva de una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, según se alega ilegítima, este Colegiado tiene competencia, ratione materiae, para evaluar la legitimidad o no de tales actos judiciales invocados como lesivos. Esto es, para verificar si se presenta o no la inconstitucionalidad que aduce la accionante.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

6. Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que

"el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos".

7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, en el Exp. N.º 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.º 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones

planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) Motivaciones cualificadas.- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

La sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad

8. De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.° 05601-2006-PA/TC. FJ 3) ha tenido la oportunidad de precisar que "El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional".
En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

9. Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3° y 43° de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo ((Exp. N.° 0090-2004-AA/TC. FJ 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44°, de la Norma Fundamental).
Canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales

10. Al respecto, este Colegiado en el Exp. N.° 03179-2004-AA/TC. FJ 23, ha precisado que el canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

a) Examen de razonabilidad.– Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión del (...) proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.
b) Examen de coherencia.– El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con (...) la decisión judicial que se impugna (...).
c) Examen de suficiencia.– Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión [de la resolución judicial], a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

Análisis de la controversia constitucional

11. Considerando los criterios de razonabilidad y de coherencia, el control de constitucionalidad debe iniciar a partir de la ejecutoria suprema de fecha 22 de enero de 2007, en la medida que es ésta la que goza de la condición de resolución judicial firme, y porque de superar el examen, esto es, si resulta constitucional, carecería de objeto proceder al examen de la resolución inferior impugnada. Por ello, a efectos de constatar si se ha vulnerado o no el derecho a la debida motivación de

las resoluciones judiciales, este Tribunal Constitucional reitera que el examen partirá fundamentalmente de los propios fundamentos expuestos en aquella; de modo tal que las demás piezas procesales o los medios probatorios del proceso solo sirvan para contrastar o verificar las razones expuestas, mas no para ser objeto de una nueva evaluación. Ello debe ser así, ya que como dijimos supra, en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución judicial. Y es en atención a esta línea de evaluación que resulta pertinente explicar -qué duda cabe- los fundamentos de las resolución judicial impugnada a fin de comprobar si son o no el resultado de un juicio racional y objetivo desde la Constitución, en las que el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad, o por el contrario, ha caído en arbitrariedades, subjetividades o inconsistencias.

12. La ejecutoria suprema señala que "del análisis y valoración de la prueba acopiada en la instrucción como lo debatido en el juicio oral, se ha llegado a determinar fehacientemente que el 5 de marzo de 2005, después de haber realizado sus labores cotidianas la acusada en el gimnasio que había contratado, retornó a su domicilio ubicado en la Calle Las Magnolias N.º 155, Urb. Entel Perú, San Juan de Miraflores, a las 3 de la tarde, ingiriendo un almuerzo ligero, quedándose dormida después de ver la televisión, despertándose cuando percibió que tocaban la puerta de su casa, ingresando y saliendo inmediatamente su hermano Luis Augusto después de coger el skate, quedándose sola la acusada realizando varias actividades al interior, siendo la más resaltante (...), el de probarse la ropa que había adquirido con anterioridad, sacando el espejo ubicado en el baño y llevarlo a la sala; que, cuando la acusada se estaba probando la ropa, hace su ingreso la agraviada [María del Carmen Hilares Martínez] como a las 9 de la noche, cerrando con llave la puerta principal, produciéndose un incidente entre ambas por haber sacado el espejo del lugar, siendo retornado al sitio por la damnificada, ocasionando que se agredieran verbalmente, así como la occisa cogiendo un objeto cerámico lo avienta, no impactándole, dando lugar a que la acusada se retire hacia la cocina, siendo seguida por la damnificada, donde continuaron los insultos mutuos, momentos en que la acusada se percata de la existencia de un cuchillo ubicado encima [de] la mesa, cogiéndolo, golpea la mesa con el fin de callarla, produciéndose con dicha actitud una reacción de la agraviada, quien tomando dos cuchillos de mantequilla las arrojó contra su oponente, cayendo uno en la pared y otro en el suelo, a la vez que le insultaba, para luego agarrar otro cuchillo con el que la atacó [ocasionándole un corte en la región palmar de la mano derecha (según el voto dirimente del vocal supremo, Javier Román Santisteban)], dando lugar a que la acusada que portaba un cuchillo de cocina que había cogido anteriormente, comenzó a atacarla, mientras que la damnificada hacía lo mismo, y en esos momentos de ira de las partes, producto de la pelea con arma blanca, ambas resultan con lesiones en diversas partes del cuerpo, teniendo mayor cantidad la agraviada, para posteriormente en el interin de la pelea, la acusada infiere un corte a la altura de la zona carótida izquierda de la agraviada que fue el causante de la muerte, lo cual se produjo cuando se había apagado la luz de la cocina, cayéndose ambas al piso".

13. Sobre la base de estos hechos, los Vocales integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Hugo Molina Ordóñez, Daniel Peirano Sánchez, Ricardo Vinatea Medina y Javier Román Santisteban (vocal dirimente), por mayoría confirmaron la condena, pero le reducen a 12 años de pena privativa de la libertad. Por su parte, los magistrados supremos Robinson Gonzales Campos y César Vega Vega absolvieron a la accionante (voto en discordia). Es así que, tras la imposición de dicha sanción penal, la accionante ahora acude ante la justicia constitucional para que se analice en esta sede la alegada vulneración al derecho constitucional invocado.

Sentencia confirmatoria (ejecutoria suprema)

14. La sentencia, de fojas 2354, su fecha 22 de enero de 2007, que comprende el voto dirimente del magistrado Javier Román Santisteban, de fojas 2399, presenta el siguiente esquema argumentativo:

a) En primer lugar, señala que "luego de las agresiones verbales se inició la pelea entre la acusada Giuliana Flor de María Llamoja Hilares y María del Carmen Hilares Martínez, y la primera de las nombradas le infirió tres heridas contusas a colgajo (en la cabeza, cuello y los miembros superiores), una herida cortante penetrante que penetró a plano profundo y laceró la artería carótida izquierda (que le causó la muerte)".

b) En segundo lugar, la Sala Penal Suprema alude también a la desproporcionalidad en las heridas, cuando señala que "la acusada Flor de María Llamoja Hilares no se defendía del ataque de la occisa, sino por el contrario atacó a ésta con una ingente violencia – tanto más si esta presentaba sólo 4 heridas cortantes pequeñas (...), por tanto, resulta evidentemente desproporcional con el número de lesiones que tenía la occisa".

c) En tercer lugar, la Sala apelando a las reglas de la lógica y la experiencia da por sentado que la acusada tenía la intención de matar, al señalar que "el conjunto de circunstancias descritos, permiten inferir, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, que la acusada Giuliana Flor de María Llamoja Hilares agredió a su madre agraviada María del Carmen Hilares Martínez con indubitable animus necandi o intención de matar, que es de precisar que dicha conclusión no es el resultado de simples apreciaciones subjetivas o de suposiciones, sino de una verdadera concatenación y enlaces lógicos entre las múltiples pruebas recaudadas, en tanto en cuanto, existe una concordancia entre los resultados que las pruebas suministraron".

d) En cuarto lugar, el voto dirimente también alude a la desproporcionalidad en las heridas, al señalar que "cómo una mujer como la occisa, de 47 años de edad, robusta, sin impedimentos físicos, temperamental, enfurecida y con un puñal en la mano sólo infligió 4 heridas cortantes a su oponente, y cómo la supuesta víctima del ataque ocasionó más de 60 cortes (uno de ellos mortal)

a la agraviada. Nótese además, que la mayoría de las lesiones que presentaba la encausada –como ya hemos señalado– fueron excoriaciones y equimosis; en efecto, ello revela que Llamoja Hilares también fue atacada por la agraviada; sin embargo, aquí debemos anotar otra desproporción entre ambos ataques: mientras la occisa privilegió la agresión con un elemento de menor peligrosidad (objeto contundente duro o inclusive sus propios puños), la encausada utilizó primordialmente el arma cortante que portaba en la manos".

15. Así pues, a juicio de este Alto Tribunal la sentencia impugnada incurre en dos supuestos de indebida motivación de las resoluciones judiciales que tiene sobrada relevancia constitucional. En primer lugar, presenta una deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia narrativa; y, en segundo lugar, presenta una deficiencia en la justificación externa, tal como se detallará en los siguientes fundamentos.

Falta de corrección lógica

16. Del fundamento 14. b) y d), se desprende que el Tribunal penal parte de la sentada premisa de que al existir desproporcionalidad en las heridas, esto es, supuestamente 4 heridas en la accionante frente a las 60 heridas que presentó la occisa, la recurrente "es autora del resultado muerte", y más aún que [estas heridas] fueron ocasionadas "con violencia". Y es que el Tribunal penal parte de la premisa de que en un contexto de forcejeo y de lucha entre madre e hija con el uso de instrumentos cortantes (cuchillos), ambas partes contendientes necesariamente deben presentar igual cantidad de heridas en el cuerpo; de no ser así, concluye que quien presente menos heridas, será sin duda el sujeto activo del delito de parricidio, mientras que aquel que presente más heridas será el sujeto pasivo de dicho ilícito.

17. De esta conclusión, se advierte que el razonamiento del Tribunal penal se basa más en criterios cuantitativos antes que en aspectos cualitativos como sería de esperar [más aún, si se trata de una sentencia condenatoria que incide en la libertad personal], permitiendo calificar de manera indebida los criterios cuantitativos como supuestos jurídicamente no infalibles, lo que es manifiestamente arbitrario; pues, en efecto, puede ocurrir todo lo contrario, que quien presente menos heridas sea en realidad el sujeto pasivo del delito de parricidio (incluso con una sola herida), y que quien presente más heridas en el cuerpo sea en puridad el autor de dicho ilícito; de lo que se colige que estamos ante una inferencia inmediata indeterminada o excesivamente abierta, que da lugar a más de un resultado posible como conclusión.

18. Así las cosas, efectuado un examen de suficiencia mínimo, resulta evidente que no estamos ante una sentencia válida y constitucionalmente legítima, sino, por el contrario, ante una decisión arbitraria e inconstitucional que contiene una solución revestida de la nota de razonabilidad, y que no responde a las pautas propias de un silogismo jurídico atendible, sino a criterios de voluntad, y es precisamente aquí donde se ha enfatizado nuestro examen, ya que la balanza de la justicia constitucional no puede permitir la inclinación hacia una conclusión en un determinado sentido cuando de por medio existen otras conclusiones como posibles resultados (cuanto mayor es la distancia, y por tanto mayor es el número de probabilidades, menor es el grado de certeza de la inferencia). En síntesis, toda apariencia de lógica nos conduce a resultados absurdos e injustos. Si ello es así, la sentencia expedida es irrazonable, y por tanto inconstitucional, porque su ratio decidendi se halla fuera del ámbito del análisis estrictamente racional.

19. Con base a lo dicho, de la argumentación del Tribunal penal, se observa que las conclusiones que se extraen a partir de sus propias premisas son arbitrarias y carecen de sustento lógico y jurídico; pues exceden los límites de la razonabilidad, esto es, que no resisten el test de razonabilidad, por lo que este Colegiado Constitucional encuentra que existen suficientes elementos de juicio que invalidan la decisión cuestionada por ser arbitraria y carente de un mínimo de corrección racional, no ajustada al principio de interdicción de la arbitrariedad (artículos 3º, 43º y 44º, de la Constitución) y a la debida motivación de las resoluciones judiciales (artículo 139º, inciso 5, de la Constitución).

Falta de coherencia narrativa

20. La incoherencia narrativa se presenta cuando existe un discurso confuso, incapaz de trasmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión, produciéndose así una manifiesta incoherencia narrativa, y cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la hace incongruente e inconstitucional.

21. El magistrado Román Santisteban, en su voto dirimente, en un primer momento señala que,
la occisa agarró "otro cuchillo [el tercero] con el que la atacó [a la acusada, ocasionándole un corte en la región palmar de la mano derecha], dando lugar a que la acusada que portaba un cuchillo de cocina que había cogido anteriormente, comenzó a atacarla, mientras que la damnificada hacía lo mismo";
sin embargo, en líneas posteriores, sin mediar fundamentación ni explicación alguna, concluye que
"la occisa privilegió la agresión con un elemento de menor peligrosidad (objeto contundente duro o inclusive sus propios puños), la encausada utilizó primordialmente el arma cortante que portaba en la manos".

22. Se ha dicho que toda sentencia debe ser debidamente motivada, clara, contundente, y sobre todo "no contradictoria"; sin embargo, según se puede apreciar de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, ésta presenta una gruesa incoherencia en su narración que no permite establecer con claridad la línea de producción de los hechos, y más arbitrariamente, invierte la realidad de los mismos, los que, según la propia Sala penal estuvieron "fehacientemente probados", por lo que este Colegiado Constitucional encuentra que existen suficientes elementos de juicio que invalidan la decisión cuestionada por ser arbitraria e incoherente. Una motivación ilógica

e incongruente vulnera el principio de prohibición de la arbitrariedad (artículos 3°, 43° y 44°, de la Constitución) y la obligación de la debida motivación establecida por el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución.

Falta de justificación externa

23. De otro lado, del fundamentos 14. a) y c), se desprende que el Tribunal penal ha establecido que i) se ha producido como resultado la muerte de María del Carmen Hilares Martínez, y luego ii) ha llegado a la conclusión de que ese resultado ha sido causado por la accionante Giuliana Flor de María Llamoja Hilares, al inferirle una herida cortante en la zona de la carótida izquierda; sin embargo, no se han expuesto las razones objetivas que sustentan la vinculación de la acusada con el hecho atribuido. Es decir, que en el camino a la conclusión no se ha explicitado o exteriorizado las circunstancias fácticas que permiten llegar a dicha conclusión, esto es, que no se identifican debidamente las razones o justificaciones en la que se sustentarían tales premisas y su conclusión, pareciendo más bien, que se trataría de un hecho atribuido en nombre del libre convencimiento y fruto de un decisionismo inmotivado antes que el producto de un juicio racional y objetivo. Y es que, si no se dan a conocer las razones que sustentan las premisas fácticas, tal razonamiento efectuado se mantendrá en secreto y en la conciencia de sus autores, y por consiguiente fallará la motivación en esta parte. Siendo así, se advierte que la sentencia cuestionada incurre en una falta de justificación externa, y por tanto es pasible de ser sometida a control y a una consecuente censura de invalidez.

Sin embargo, cabe precisar que lo aquí expuesto en modo alguno está referido a un problema de falta de pruebas, o a que las mismas serían insuficientes para dictar una sentencia condenatoria; por el contrario, como ha quedado claro, éstas están referidas en estricto a las premisas de las que parte el Tribunal penal, las mismas que no han sido debidamente analizadas respecto de su validez fáctica.

La prueba penal indirecta y la prueba indiciaria

24. Ahora bien, independientemente de lo dicho, se advierte que la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, no obstante acudir a la prueba indiciaria para sustentar la condena contra la accionante (fundamento 14. c de la presente), tampoco cumple los requisitos materiales que su uso exige, tanto al indicio en sí mismo como a la inferencia, por lo que este Colegiado considera que se trata de un asunto de sobrada relevancia constitucional. Y es que, si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudirse a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un "hecho inicial -indicio", que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del "hecho final - delito" a partir de una relación de causalidad "inferencia lógica".

El uso de la prueba indiciaria y la necesidad de motivación

25. Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

26. Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí.

27. Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos supra, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los

efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.
Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). Con este único afán, este Colegiado Constitucional considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada.

28. Sobre lo mismo, cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias, si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

29. En el caso constitucional de autos, del fundamento 14. c de la presente, se aprecia que la Sala Penal Suprema sustentó la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios); sin embargo, resulta evidente que no ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión. No ha motivado debidamente el procedimiento de la prueba indiciaria. En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resulta una vez más arbitraria y, por tanto, inconstitucional. ¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.
No pretendiendo dar por agotada la discusión, y solo a modo de aproximación, podemos graficar lo siguiente:
A testifica que ha visto a B salir muy presuroso y temeroso de la casa de C con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada (hecho base). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (razonamiento deductivo). Al haber sido hallado muerto C producto de una cuchillada, podemos inferir que B ha matado a C (hecho consecuencia). Esto último es consecuencia del hecho base.
Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final. O si se quiere, hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido.

30. En este orden de cosas, cabe anotar que la debida motivación del procedimiento de la prueba indiciaria ya ha sido abordada ampliamente por la justicia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional español en la STC N.º 229/1988. FJ 2, su fecha 1 de diciembre de 1988, y también de modo similar en las STC N.º 123/2002. FJ 9, su fecha 20 de mayo de 2002; N.º 135/2003. FJ 2, su fecha 30 de junio de 2006; y N.º 137/2005. FJ 2b, su fecha 23 de mayo de 2005, ha precisado que:
"el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales. Los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento, en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito (...). En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...), que el órgano judicial explicite no sólo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales".

31. Incluso, la propia Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en el Acuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias), su fecha 13 de octubre de 2006, publicada en el diario oficial "El Peruano", el 29 de diciembre de 2006 ha establecido como principio

jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales (jurisprudencia vinculante) el fundamento cuarto de la Ejecutoria Suprema, recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1912-2005, su fecha 6 de setiembre de 2005 que señala los presupuestos materiales legitimadores de la prueba indiciaria, única manera que permite enervar la presunción de inocencia.

"Que, respecto al indicio, (a) éste – hecho base – ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley -, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar – los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia – no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí– (...); que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo".

32. Llegado a este punto, este Colegiado Constitucional considera que, definitivamente, la sentencia impugnada no se encuentra dentro del ámbito de la sentencia penal estándar, sino que forma parte de aquellas que se caracterizan por el hábito de la declamación demostrativa de dar ciertos hechos como probados; luego de lo cual tales hechos son declarados de manera sacramental y sin ninguna pretensión explicativa como constitutivos de un ilícito penal como si de una derivación mecánica se tratase. Esta forma de motivar aún sigue siendo práctica de muchos juzgados y tribunales de nuestro país, aunque no hace mucho se vienen experimentando ciertos cambios en ella, lo que tampoco sería justo desconocer. Y es que tal cometido no tiene otra finalidad que se abra entre nosotros una nueva cultura sobre la debida motivación de las resoluciones en general, y de las resoluciones judiciales en particular, porque solo así estaremos a tono con el mandato contenido en el texto constitucional (artículo 139°, inciso 5, de la Constitución). Y todo ello a fin de que las partes conozcan los verdaderos motivos de la decisión judicial, lejos de una simple exteriorización formal de esta, siendo obligación de quien la adopta el emplear ciertos parámetros de racionalidad, incluso de conciencia autocrítica, pues, tal como señala la doctrina procesal penal, no es lo mismo resolver conforme a una corazonadaque hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados, sobre todo en un sistema procesal como el nuestro, que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, regla que tantas veces obliga a resolver incluso contra la propia convicción moral.

33. Tal como dijimos supra, la ejecutoria suprema carece de una debida motivación. En primer lugar, presenta una deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia narrativa; y, en segundo lugar, presenta una deficiencia en la justificación externa. Pero además, presenta una indebida motivación respecto al procedimiento de la prueba indiciaria. Ahora, si bien habría que reconocer a la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que optó por pronunciarse sobre el fondo del asunto antes que acudir a cualquier vicio procesal y declarar la nulidad, es justamente en ese cometido que incurrió en similares vicios; sin embargo, por ello no se podría autorizar al Tribunal Supremo a rebajar el nivel de la racionalidad exigible y, en tal caso, validar dicha actuación; por el contrario, debe quedar claro que la exigencia constitucional sobre la debida motivación de la resoluciones judiciales es incondicional e incondicionada, conforme lo señalan los artículos 1°, 3,° 44° y 139°, inciso 5, de la Constitución Política.

Desde luego que el nivel de dificultad en la elaboración de la motivación (discurso motivador) puede crecer en el caso de los tribunales colegiados, pero ello responde a la lógica del propio sistema, toda vez que a estos se les atribuye generalmente la resolución de los casos más complejos o de mayor trascendencia, así como el reexamen de lo actuado y resuelto por los órganos judiciales inferiores.

34. Ahora bien, dado que la Corte Suprema de Justicia de la República tiene completo acceso al juicio sobre el juicio (juicio sobre la motivación), así como al juicio sobre el hecho (juicio de mérito), es ésta la instancia que está plenamente habilitada para evaluar cualquier tipo de razonamiento contenido en la sentencia condenatoria expedida por la Sala Superior Penal, esto es, para verificar la falta de corrección lógica de las premisas o de las conclusiones, así como la carencia o incoherencia en la narración de los hechos; pero además para verificar la deficiencia en la justificación externa, incluso para resolver sobre el fondo del asunto si es que los medios probatorios o la prueba indiciaria le genera convicción, solo que en este último caso –como quedó dicho– deberá cumplirse con el imperativo constitucional de la debida motivación; es por ello que este Colegiado considera que la demanda ha de ser estimada en parte, declarándose solamente la nulidad de la ejecutoria suprema, debiendo el Tribunal Supremo emitir nueva resolución, según corresponda.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio indubio pro reo

35. No obstante lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera pertinente efectuar algunas precisiones desde una perspectiva estrictamente constitucional con relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia y al principio indubio pro reo.

36. El texto constitucional establece expresamente en su artículo 2°, inciso 24, literal e), que "Toda persona es considerada inocente mientas no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello

no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal. El principio indubio pro reo, por otro lado, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, debe estarse a lo que sea más favorable a éste (la absolución por contraposición a la condena). Si bien es cierto que el principio indubio pro reo no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Carta Fundamental).

37. Ahora bien, cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el indubio pro reo inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absolutoria, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas - desde el punto de vista subjetivo del juez - genera duda de la culpabilidad del acusado (indubio pro reo), lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente.

38. Por lo dicho, cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia habilita a este Tribunal Constitucional verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba). Y es que, más allá de dicha constatación no corresponde a la jurisdicción constitucional efectuar una nueva valoración de las mismas, y que cual si fuera tercera instancia proceda a valorar su significado y trascendencia, pues obrar de ese modo significa sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Ahora bien, en cuanto al principio indubio pro reo que como dijimos supra forma parte del convencimiento del órgano judicial, pues incide en la valoración subjetiva que el juez hace de los medios de prueba, este no goza de la misma protección que tiene el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, no corresponde a la jurisdicción constitucional examinar si está más justificada la duda que la certeza sobre la base de las pruebas practicadas en el proceso, pues ello supondría que el juez constitucional ingrese en la zona (dimensión fáctica) donde el juez ordinario no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas.

La excarcelación por exceso de detención

39. En cuanto al extremo de la inmediata excarcelación, resulta necesario precisar que la nulidad de la resolución judicial declarada en el presente proceso constitucional sólo alcanza al acto procesal mencionado, quedando subsistentes y surtiendo plenos efectos jurídicos los demás actos procesales precedentes; en consecuencia, el auto que dispone la apertura de instrucción contra la recurrente, el mandato de detención decretado en él, la sentencia condenatoria de la Sala Penal Superior, entre otros, continúan vigentes.

En efecto, tal como ha señalado este Alto Tribunal en anterior jurisprudencia (Exp. N.° 2494-2002-HC/TC. FJ 5; Exp. N.° 2625-2002-HC/TC. FJ 5), "no procede la excarcelación, toda vez que, como se ha expuesto, al no afectar la nulidad de algunas etapas del proceso penal al auto apertorio de instrucción, al mandato de detención, [y a la sentencia condenatoria, ésta] recobra todos sus efectos (...)", por lo que la demanda, en este extremo, debe ser declarada improcedente.

Consideraciones finales

40. Por lo demás, este Tribunal Constitucional considera que el hábeas corpus contra resoluciones judiciales firmes no puede ni debe ser utilizado como un deux ex machina, esto es, como algo traído desde afuera para resolver una situación, donde se pretenda replantear una controversia ya resuelta debidamente por los órganos jurisdiccionales ordinarios, sino que debe ser utilizado, sí y solo sí, cuando sea estrictamente necesario, con el único propósito [finalidad constitucionalmente legítima] de velar por que en el ejercicio de una función no se menoscaben la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales reconocidos a los justiciables, y que ello signifique una restricción al derecho a la libertad individual o los derechos conexos a ella.

41. De otro lado, cabe precisar que el desarrollo expositivo del esquema argumentativo de la sentencia cuestionada en modo alguno afecta la independencia judicial en la resolución del caso concreto, en tanto que tiene como fin único y exclusivo el de verificar la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al amparo de lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución Política. En efecto, este Colegiado enfatiza que el objetivo de este examen es estrictamente constitucional con la finalidad de compatibilizar la actuación jurisdiccional con los preceptos constitucionales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar **NULA** la ejecutoria suprema expedida por la Primera Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 22 de enero de 2007, recaída en el proceso penal N.° 3651-2006 seguido contra la accionante por el delito de parricidio, debiendo dicha instancia judicial emitir nueva resolución, según corresponda, conforme al fundamento 34 de la presente Sentencia.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que la recurrente solicita la excarcelación.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC
LIMA
GIULIANA FLOR DE MARÍA
LLAMOJA HILARES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

1. Suscribo la presente sentencia porque estoy de acuerdo, en parte, con su fundamentación, así como con lo decidido en ella.
2. Sin embargo, no me ocurre lo mismo con respecto a lo consignado, esencialmente, en los Fundamentos N.[os] 24 a 34 referidos al uso de la prueba indiciaria, asunto respecto del cual discrepo y considero, con el debido respeto por la opinión de los demás miembros del Tribunal Constitucional, que es un tema de competencia del juez penal y no de este Colegiado, razón por la que emito el presente fundamento de voto para dejar constancia de ello y, por tanto, a salvo mi opinión.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. Nº 1317-2008-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Felipe Tudela y Barreda. Sobre la prueba circunstancial a propósito de la promoción de un hábeas corpus atípico].*

Fecha de Resolución: 4 de junio de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 4 de junio de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por los hermanos Francisco y Juan Felipe Tudela Van Breugel Douglas a favor de su padre Felipe Tudela y Barreda en contra de Graciela Losada de Marrou por violación y privación arbitraria de su libertad.

En la sentencia el Tribunal, reponiendo las cosas al estado anterior de la interposición de la demanda, ordenó: i) que los recurrentes "ingresen libremente al domicilio de su padre o a cualquier lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros", y, ii) que la demandada "se abstenga de cualquier obstrucción y acción destinada a impedir el libre ejercicio del derecho de los accionantes".

Luego del análisis de todos los hechos que propiciaron la promoción de este hábeas corpus atípico, así como los ocurridos durante su tramitación, el Tribunal se convenció que estos traducían la existencia de un cuadro generalizado de situaciones anómalas alrededor de la persona de Felipe Tudela y Barreda que generaban duda razonable sobre el libre goce de sus derechos de libertad individual e integridad personal.

Por ello, apelando a la doctrina esbozada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional hizo suya la tesis de la "prueba circunstancial" –según la cual, en los procesos de la libertad, los indicios y las presunciones también pueden servir de argumento siempre que de éstos se desprendan conclusiones consistentes sobre los hechos– para fundamentar su decisión.

En esa lógica el Tribunal Constitucional advirtió que habiendo evaluado con libertad –sin obligarse a tomar en consideración necesariamente el *quantum* o las formalidades de las pruebas– los acontecimientos que tuvieron lugar fuera del proceso, en la medida que eran hechos de conocimiento público que no necesitaban de probanza, como por ejemplo la entrevista ofrecida por el favorecido "en algún lugar" de Lima a una revista local, la visita inopinada de la jueza que tenía a su cargo el proceso de interdicción contra el favorecido y que constató que ya no se encontraba en su domicilio legal desde hacía dos semanas, así como el traslado del favorecido a la ciudad boliviana de Santa Cruz; arribó a la conclusión que Graciela de Losada vulneró la libertad individual de Felipe Tudela y Barreda poniendo en riesgo su vida, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad, libertad física y de tránsito así como su derecho a la salud (carácter integral e indivisible de los derechos humanos).

No obstante el Tribunal, si bien reconoció que la denominada prueba circunstancial era determinante para la fundamentación de su sentencia, también aceptó que ésta podía desvanecerse desde la directa e indubitable razón de los hechos como la negativa del padre de ver a sus hijos. Sin embargo, prefirió optar por una posición garantista y proteccionista inspirada en el principio *pro homine* en beneficio de Felipe Tudela y Barreda, a fin de que no sea víctima de una incomunicación forzada atentatoria de su libertad y derechos conexos.

Temas claves: Derecho a la libertad personal - doble dimensión del derecho a la libertad - hábeas corpus atípico.

EXP. N.º 1317-2008-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO ANTONIO GREGORIO Y
JUAN FELIPE GASPAR JOSÉ
TUDELA VAN BREUGEL DOUGLAS
A FAVOR DE
FELIPE TUDELA Y BARREDA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de junio de 2008 (Fecha de Vista: 22 de mayo de 2008), la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, con el voto en discordia del Magistrado Vergara Gotelli, que se adjunta, y llamado el Magistrado Eto Cruz para dirimir, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Francisco Antonio Gregorio Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Gaspar José Tudela van Breugel Douglas contra la sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 610, su fecha 28 de enero de 2008, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

§. Demanda

Con fecha 6 de noviembre de 2007, Francisco Antonio Gregorio Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Gaspar José Tudela van Breugel Douglas, se presentaron ante el Juzgado Penal de Turno de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fin de plantear verbalmente una demanda de hábeas corpus a favor de su padre Felipe Tudela y Barreda en contra de Graciela De Losada Marrou, por supuesta violación y privación arbitraria de su libertad.

Sostienen los accionantes que su padre fue sacado a las 10:30 am de la casa en la que vive hace cuarenta y dos años para ser llevado al domicilio de la emplazada donde se encuentra retenido. Advierten al respecto que tal hecho obedece a una decisión unilateral que no fue consultada con la familia y los hace temer por su salud ya que "se trata de una persona de 92 años de edad, que sufre de pérdida de memoria y demencia senil, que no puede desplazarse por sus propios medios, que es ciego y tiene cáncer de próstata e insuficiencia renal" (sic).

De otro lado, también señalan los accionantes, que la demandada ha colocado vigilancia en la casa de su padre y que llamó al señor Gabriel Tudela Garland para comunicarle que el favorecido no regresaría a la casa. Por tanto, atendiendo que lo acontecido genera la sospecha de que su padre ha sido objeto de una detención arbitraria, solicitan que cese la privación de su libertad a fin de ser trasladado a una clínica o centro de salud donde se garantice su seguridad y, posteriormente, sea llevado a su casa quedando bajo el cuidado de sus hijos (sic).
Posteriormente, mediante su manifestación indagatoria de los hechos, Francisco Tudela amplió su petitorio y solicitó que se le permita ver a su señor padre sin restricción alguna.

§. Investigación sumaria

Admitida a trámite la demanda y abocándose la Juez Raquel Beatriz Centeno Huamán al conocimiento de la causa, ordenó la realización de la correspondiente investigación sumaria.
Ante el local del Juzgado, siendo las 9:20 am del 8 de noviembre de 2007, Francisco Tudela rinde su declaración indagatoria (f. 43) ratificándose en los extremos de su demanda pero señalando además algunos cambios y circunstancias:

- Que el día 7 de noviembre a las tres de la tarde, aproximadamente, se constituyó en el domicilio de su padre acompañado de un efectivo policial para realizar una diligencia, toda vez que había observado la presencia de vigilantes privados, que no fueron contratados por él, en la puerta de la casa, sino que fueron contratados, como después ellos mismos señalaron, por el señor Miguel Aljovín De Losada que es hijo de la demandada.
- Que uno de los vigilantes le entregó una lista manuscrita de las personas que podían ingresar a la casa y donde obviamente no estaba su nombre ni el de sus hermanos.
- Que atendiendo el requerimiento del oficial de la Policía, los empleados de la casa lo dejaron ingresar y pudo ver a su padre que se encontraba tomando un café en el comedor.
- Que en ese momento el policía le preguntó a su padre quién era la persona que autorizaba el ingreso a la casa, a lo que el favorecido señaló que él mismo. Luego, se contradijo al indicar que la persona encargada era la cocinera.
- Que acto seguido procedieron a retirarse.
- Que ante la pregunta sobre ¿cuál es el vínculo que une al favorecido con Graciela De Losada?, manifestó que ninguno.
- Que finalmente agregó que desea que "su padre sea cuidado por sus hijos y no por personas extrañas, que nos consta que no quieren que tenga contacto con sus hijos ya que lo trasladan de un lugar a otro sin una manifestación clara de su voluntad y que recuperemos el derecho de ver a nuestro padre sin restricción alguna".

  El mismo día de recibida la manifestación del accionante, la Juez se constituyó a las 11:10 am en el domicilio del beneficiario ubicado en la calle Lizardo Alzamora N.° 185 – San Isidro, a efectos de llevar a cabo la diligencia de verificación, dejando constancia de los siguientes hechos (Acta de Verificación que obra a f. 47):

- Que las personas encargadas de la vigilancia le facilitaron el acceso a la vivienda.
- Que al preguntarle al señor Fredy Gustavo Meza Pérez, uno de los encargados de la vigilancia de la casa, por la ubicación del favorecido, éste señaló: "Cuando yo ingresé a las ocho y media de la mañana él ya no estaba en la vivienda". Asimismo, respecto a las actividades realizadas por el favorecido en los últimos días, dijo que "estuvo en la casa y se iba a la casa de la señora Chela, estaba que iba y volvía, era una rutina de casi siempre, lo lleva su chofer y su enfermera, el día de ayer lo vi al señor y lo dejé en esta casa hasta las cinco de la tarde".
- Que al preguntarle a la encargada de la cocina, Juana Torres Niño, sobre si el favorecido se encontraba en la vivienda, ésta señaló que "cuando llegué a las ocho y treinta de la mañana, (...) no estaba dicho señor y la señora Elsa que se releva conmigo me comunicó que el señor se había ido a Cañete temprano". Frente a la interrogante sobre si el favorecido había estado en el domicilio durante los últimos días, refirió que "sí, incluso el día de ayer lo dejé tomando café cuando me retiré a eso de las cinco y media de la tarde". Cuando se le consultó quién había cambiado las cerraduras de las puertas de ingreso a la vivienda, manifestó que "el mismo señor Felipe mandó cambiar el candado nuevo y a todo el personal nos indicó que como no tenía privacidad en su casa solo le hacíamos [sic] pasar a sus hijos". Finalmente se le consultó si los vigilantes siempre habían estado en el domicilio, a lo que respondió que "uno siempre ha estado, pero el señor vigilante de uniforme marrón que responde al nombre de Ángel Marchán Lazo se encuentra desde hoy, pero el día de ayer hubo otro vigilante, desde hace dos días que se encuentra en esta vivienda, haciendo vigilancia, desconociendo por orden de quien lo contrataron".
- Que al preguntarle al referido Ángel Marchán Lazo desde cuándo se encuentra cumpliendo la labor de vigilancia en el domicilio, respondió que "desde el día de hoy, desde las siete de la mañana, hasta las siete de la noche estaré". También sostuvo que la empresa de vigilancia en la que labora es Planinvest.
- Que durante la diligencia de verificación estuvo presente Francisco Tudela acompañado de su abogado Juan de Dios Zorrilla Quintana.
- Que en ese estado se dio por concluida la diligencia. Como no encontró en su casa al favorecido, a las 12:00 pm se constituyó en el domicilio de la demandada ubicado en la calle Bernardo Monteagudo N.° 320 – Magdalena del Mar, dejando constancia de los siguientes hechos (Acta de Verificación que obra a f. 51):
- Que tocó el timbre y la puerta en repetidas oportunidades y de forma insistente pero no recibió respuesta.
- Que afuera del domicilio se encontraban estacionados numerosos vehículos, de los cuales tomó la placa de rodaje.
- Que se hizo presente el abogado Renzo Santiago Carrasco Domhoff, quien en forma amenazante le indició que de ninguna manera ingresaría a la vivienda y, ante tal situación, ella lo exhortó para que se calme, le guarde respeto y no la amenace. Asimismo, dejó constancia que dicho abogado fue llamado desde una ventana por una persona de sexo femenino para entregarle unos papeles, mientras que Renzo Santiago Carrasco Domhoff le ordenaba que de ninguna manera abra la puerta de la casa.
- Que, cuarenta minutos después, recién fue recibida por el abogado Domingo Renzo Alejandro Orezzoli, quien le facilitó el ingreso a la vivienda. En el interior se topó con un número aproximado de quince personas.
- Que entre ellos se hallaba el favorecido al que le solicitó su documento de identificación. Pero no fue él sino el abogado Renzo Santiago Carrasco Domhoff quien se lo entregó.
- Que acto seguido procedió a iniciar la diligencia judicial. Preguntó al favorecido si salió de su casa por sus propios medios y éste respondió: "sí, con mis propios medios y nadie me ha privado de mi libertad". La juez procedió a preguntarle si es que recordaba lo que había pasado el lunes cinco de noviembre (día en que sus hijos lo sometieron a un peritaje médico). El favorecido expresó: "no recuerdo bien, pero creo que estuve en mi casa, el martes también estuve en mi casa donde dormí, soy una persona solitaria ya que no tengo esposa, y para no quedarme solo por eso me quiero casar, un poco tardío pero en fin, mis hijos no están a mi lado, yo cuando quiero o me da la gana salgo y entro de mi casa, cuando quiero, hago mis cosas normalmente, me encuentro perfectamente bien (...)". También se le interrogó si recordaba haberse hecho una evaluación médica. El favorecido respondió: "sí pero no recuerdo el nombre". La incoherencia de la respuesta lo obliga a consultar con Graciela De Lozada y ésta responde por él que el apellido del médico es Alhalel.
- Que Luis Eduardo Gonzales Saldaña, médico legista, presente en la diligencia, procedió a examinar medicamente al favorecido. Al finalizar el examen, el profesional deja constancia que emitirá su informe y conclusiones en otra oportunidad, pero adelanta que "hemodinámicamente se encuentra estable".
- Que después se procedió a formular algunas preguntas a la demandada, quien manifestó que el favorecido "nunca ha vivido acá, pero solo el día de ayer ha pernoctado acá para protegerlo". Asimismo, sus declaraciones más relevantes ante la autoridad judicial fueron en síntesis: i) que el favorecido salió de su residencia por decisión propia, ii) que ella buscaba protegerlo porque "su casa había sido invadida por sus hijos, forzaron rompiendo los candados de la entrada, fue violento, ingresaron ocho personas, policías se llevaron un cuadro que Felipe cuidaba de su primer matrimonio, hubo mucha violencia", iii) que la une al favorecido una relación amorosa de hace muchos años, que todo el mundo conoce, incluso los hijos del favorecido, iv) que no comunicó a los hijos del favorecido que lo sacaría de su casa justamente porque buscaba protegerlo de ellos, v) que los hijos del favorecido lo visitan cuando están en Lima, vi)

que el vigilante de la casa ha sido contratado con la ayuda de su hijo que tiene una empresa, pero quien paga el servicio es el favorecido, vii) que considera que el favorecido está en todas sus facultades y que su casa es el lugar donde lógicamente viviría más tranquilo porque reside en ella hace muchos años, viii) que el favorecido es atendido constantemente por un médico y está bajo el cuidado de una enfermera, desmintiendo que adoleciera de cáncer y demás enfermedades, ix) que era cierto la existencia de una lista de personas autorizadas para ingresar a la casa del favorecido.

- Que en ese estado se dio por concluida la diligencia.

§. Resolución de primera instancia

El Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 21 de noviembre de 2007, de fojas 271, declaró FUNDADA la demanda de hábeas corpus por considerar que os distintos hechos obstruccionistas constatados en la diligencia de verificación corroboran la dificultad que existe en la concreción del contacto personal natural entre los miembros de la familia nuclear (padres e hijos), es decir, entre el favorecido y sus hijos; sumándose a ello la avanzada edad del beneficiario y su dificultad para desplazarse y desenvolverse libre y tranquilamente.

§. Resolución de segunda instancia

La recurrida revocó la apelada y declaró INFUNDADA la demanda de autos por considerar que la alegada vulneración del derecho constitucional invocado no se configuró, señalando, además, que en la resolución de primer grado se emitió un pronunciamiento sobre hechos no controvertidos que escapaban al contenido peticionado.

FUNDAMENTOS

§. Determinación del Petitorio

1. Tanto el artículo 200°, inciso 1 de la Constitución, así como el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, han establecido expresamente que el proceso constitucional de hábeas corpus tiene por objeto la protección del derecho fundamental a la libertad individual así como los derechos conexos a él. En el presente caso, este Colegiado entiende, en términos estrictamente constitucionales, que el fin que busca la demanda es que se ordene la plena libertad –ver el cuerpo o traer el cuerpo en la terminología clásica del hábeas corpus– de Felipe Tudela y Barreda. Sin embargo, considera necesario hacer unas precisiones en virtud de lo establecido por el artículo VIII del Título Preliminar del CPCt., con el objeto de determinar con exactitud el petitorio.

2. En tal sentido, cabe señalar que en el acta judicial que se levantó a propósito de la demanda verbal de hábeas corpus interpuesta por Francisco Tudela y Juan Felipe Tudela a favor de su padre, quedó registrado que el petitorio estaba orientado a que:
"cese la privación de su libertad a fin de ser trasladado a una clínica o centro de salud donde se garantice su seguridad y, posteriormente, sea llevado a su casa quedando bajo el cuidado de sus hijos".
De otro lado, cuando Francisco Tudela rindió su manifestación se ratificó en todos los extremos de su demanda pero, además, dejó expresamente indicado cuál era su voluntad con la promoción del hábeas corpus al referir que:
"lo que queremos es que nuestro padre sea cuidado por sus hijos y no por personas extrañas, que nos consta que no quieren que tenga contacto con sus hijos ya que lo trasladan de un lugar a otro sin una manifestación clara de su voluntad y que recuperemos el derecho de ver a nuestro padre sin restricción alguna".

3. El proceso constitucional de hábeas corpus, como se sabe, está exento de ritualismos y formalidades. El Código Procesal Constitucional en su artículo 27° ha recogido esta tesis al establecer que "La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trate de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos". No son necesarios los formalismos cuando de por medio está la libertad, lo que obliga al Juez a resolver la causa sin mayores preámbulos porque su parámetro de actuación no es el derecho infraconstitucional, sino el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

4. En el caso de autos, como ya se advirtió, la demanda fue interpuesta verbalmente y se hizo un recuento puntual de los hechos, quedando los alcances del petitorio en el contenido mismo de la fundamentación fáctica vertida por los accionantes.
Por ello, este Colegiado toma en consideración lo señalado en el fundamento 2, supra, y llega a la conclusión después del respectivo análisis que el proceso de hábeas corpus ha sido promovido en nombre propio y a favor del padre de los accionantes; por tanto, el petitorio se concreta en:

i) garantizar la libertad individual del padre (favorecido del hábeas corpus), su derecho a gozar de una vida digna y la conservación de su plena integridad personal, y,
ii) garantizar a los hijos (accionantes del hábeas corpus) el libre contacto personal con el favorecido,
ya que a propósito de los acontecimientos acaecidos –los mismos que fueron relatados verbalmente en la demanda y se dejaron señalados en la diligencia de declaración indagatoria– han resultado impedidos de verlo.

5. Es, entonces, sobre estos dos extremos que el Tribunal hará el análisis correspondiente para fundamentar su decisión y emitir el fallo resolutivo que se amerite.

§. Sobre el supuesto quebrantamiento de forma en el caso sub litis

6. Si bien es cierto que la resolución de segunda instancia en sede judicial ordinaria sólo fue suscrita por dos votos conformes (Vocales Vargas Gonzáles y Alessi

Janssen) más uno discordante (Vocal Vásques Arana); también lo es que en el caso sub litis este Colegiado, al igual como lo hizo en su sentencia recaída en el Expediente N.° 4053-2007-PHC/TC caso Alfredo Jalilie Awapara, considera que dicha resolución es válida por razones jurídico-constitucionales de urgente tutela, dado la avanzada edad del favorecido.

7. En efecto, en primer lugar porque no es posible la aplicación mecánica del artículo 20° del Código Procesal Constitucional para sobreponerlo, arbitrariamente, en contra del párrafo segundo del artículo 141° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que a la letra dice: "(...) En las salas penales se requiere de dos votos [conformes para hacer resolución]". En segundo lugar, en el caso Jalilie Awapara se produjo un punto de quiebre en las decisiones de este Colegiado, ya que razones humanitarias lo obligaron a preferir la Constitución por encima de las formalidades procesales. Con mayor razón aún, en el presente caso, ya que el cumplimiento de estas formalidades podría significar una grave afectación del derecho a la libertad, a la vida e integridad personal del favorecido de quien a la fecha no se conoce su paradero, se manifiesta a través de interpósitas personas, no concurre a las citaciones de los jueces y pide hablar sobre hechos a través de un apoderado pero no asiste. Todo esto produce en el Juez de la Constitución la idea de que es su deber buscar el cuerpo e indagar por él para darle a la brevedad posible la tutela que requiere. Al Juez de la Constitución no le compete jurisdiccionalmente pronunciarse sobre extremos que deberán ventilarse en los procesos ordinarios; como la capacidad civil del favorecido, sino sobre bienes y valores de cotización fundamental como es su vida y su libertad, derechos constitucionales que están por encima del Código Civil.

§. La Constitución como fuente fundante del ordenamiento jurídico

8. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. De ahí pues que con acierto pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución", esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos no sólo de los poderes públicos sino también de las personas.

9. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto la objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°) como la subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente.

10. Ahora bien, ese reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes, entendiéndose, en consecuencia, que la Constitución es el fundamento de todo el "orden jurídico" y la más importante fuente normativa. En tal sentido

La Constitución (...) termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier [acto] de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto[1].

11. Finalmente cabe señalar que la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del Derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del Derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución) porque sólo así se hace efectiva la garantía de la vigencia de los derechos humanos.

§. El hábeas corpus como vía de protección de la esfera subjetiva de libertad de la persona humana y de la integridad personal

12. El significado de libertad obedece a una doble dimensión, en tal sentido, puede ser entendida como un valor superior que inspira al ordenamiento jurídico y a la organización misma del Estado, pero, de otro lado, la libertad también es un derecho subjetivo cuya titularidad ostentan todas las personas sin distinción.

Por su parte el Estado Constitucional para ser reconocido en sus términos estrictos, entre otras obligaciones, tiene que fundamentar a la norma suprema en un conjunto de valores superiores, reconocer derechos fundamentales y otorgar garantías para asegurar la plena vigencia de éstos.

En consecuencia, la libertad como uno de esos valores superiores que inspiran a la Constitución del Estado Constitucional, contribuye al crecimiento, desarrollo y desenvolvimiento del hombre en el ámbito social pero también le permite lograr a plenitud el goce de la vida en su dimensión espiritual.

La libertad concebida como derecho subjetivo supone que ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos, condenas o privaciones arbitrarias.

13. El proceso constitucional de hábeas corpus aún cuando tradicionalmente ha sido concebido como un recurso o mecanismo procesal orientado, por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria, denota que su propósito garantista transciende el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio.

14. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2°.1 de la Constitucióny el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, tenor del artículo 4° dela Constitución.

15. En consecuencia, una situación como a la que fueron sometidos los accionantes bien podría ser amparada por el juez constitucional ya que, efectivamente, encuadra dentro del ámbito de protección del proceso libertario y ello no sólo porque el derecho a la integridad personal tiene un vínculo de conexidad con la libertad individual (artículo 25.° 1 del Código Procesal Constitucional), sino porque la institucionalidad familiar se constituye en un principio basilar que también influye de manera determinante en el libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos que además se encuentra asociado al derecho de integridad personal.

§. Análisis del caso concreto

16. En el caso de autos, a efectos de arribar a una conclusión resolutiva este Colegiado, tal como lo hiciera en su STC N.° 6201-2007-PHC/TC, llevará a cabo un "análisis de los hechos en su conjunto".

A. HECHOS RELEVANTES OCURRIDOS ANTES DE LA FECHA DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS

17. El 10 de mayo de 2007, Felipe Tudela y Barreda revoca su testamento de fecha 13 de setiembre de 1993 (f. 22) en todos sus extremos y otorga uno nuevo ante el Notario Público de Lima, Alfredo Zambrano Rodríguez, nombrando como sus únicos y universales herederos por partes iguales a sus tres hijos (f. 27). No incluía ni se mencionaba para nada a la demandada en el presente caso sub judice.

18. Una semana después, el 17 de mayo de 2007, Felipe Tudela y Barreda revoca su testamento y otorga uno nuevo ante el Notario Público de Lima, Luis Dannon Brender (f. 31). Sin embargo, mediante escrituras públicas extendidas el año 2005, el favorecido ya había efectuado ciertas donaciones a Graciela De Lozada. Este segundo testamento tenía como propósito incorporar en el tercio de libre disponibilidad dichas donaciones. Pero el favorecido también dispuso que se considerarían aquellas que reciba la demandada hasta antes de su fallecimiento. Finalmente agregó que sus herederos "no tendrán recurso alguno ni podrán repetir contra la señora Graciela De Losada Marrou, para cobrar suma alguna que ésta hubiera recibido de mí". En la cuota de legítima instituyó como únicos y universales herederos por partes iguales a sus tres hijos.

19. El Tribunal arriba a la conclusión que el segundo testamento tenía como propósito convalidar las donaciones efectuadas a favor de Graciela De Lozada, pero también incluirla en la masa hereditaria de la cual no participaba en el primer testamento. Infiere además la existencia de otro propósito: impedir la repetición futura por parte de los hijos sobre el patrimonio que el favorecido entregó y que podría entregar a futuro a la emplazada. Así se explica por qué el favorecido en el lapso de una semana revoca un testamento y extiende otro que implica la pérdida por parte de sus hijos de un tercio del patrimonio familiar.

20. El 21 de setiembre de 2007, Felipe Tudela y Barreda otorga como anticipo de legítima a Francisco Tudela el dominio de un inmueble valorizado en $ 260,000.00 ante el Notario Público de Lima, Jorge Eduardo Orihuela Iberico (f. 99). No lo hace ante el notario público Luis Dannon Brender, que parece ser, es de confianza de la emplazada, ya que todos los actos de sistemático traslado de los bienes patrimoniales hacia su esfera individual, así como los futuros otorgamientos de poder que tienen lugar cuando el favorecido ya ha sido objeto de este hábeas corpus y las verificaciones de todo tipo se realizan bajo la certificación de esta notaría.

21. El 19 de octubre de 2007, el abogado Enrique Ghersi actuando como representante legal de Francisco Tudela y Juan Felipe Tudela dirigió una carta a Felipe Tudela y Barreda solicitando que "extienda una escritura de anticipo de herencia a favor de ellos sobre los bienes que constituyen el patrimonio familiar", señalando, además, que el anticipo mantendría el pleno usufructo y goce de la totalidad de su patrimonio quedando en libertad para disponer de dichos frutos según su mejor parecer (f. 101). Entiende el Tribunal que el propósito de los demandantes es cuidar que el patrimonio familiar no se vea dilapidado mediante probables o futuras prodigalidades. De otro modo no se justificaría por qué es que el 5 de noviembre, motu proprio, los actores solicitan que el doctor Delforth M. Laguerre Gallardo, examine a su señor padre, el favorecido Felipe Tudela y Barreda.

22. Al día siguiente, el 6 de noviembre, se desencadenan vertiginosamente una serie de sucesos en los que el notario público Luis Dannon Brender tiene un papel descollante.

Procede a dar fe de todos los hechos que posteriormente propician la promoción del presente hábeas corpus. Y es, en efecto, desde este día que el cuerpo físico del favorecido empieza a "desvanecerse" de a pocos. Su hijo Francisco Tudela apenas pudo verlo por unos minutos al día siguiente (7 de noviembre). La casa está resguardada por personas extrañas que han sido contratadas por el hijo de la emplazada ¿Tiene este señor derecho a establecer guardias y vigilantes privados sobre la casa de un tercero? ¿Tiene derecho a elaborar una lista de quiénes pueden ingresar excluyendo de ella a los hijos del favorecido?

23. Ese mismo 6 de noviembre, supuestamente, a solicitud de Felipe Tudela y Barreda, el notario Luis Dannon Brender, siendo las 11:15 am, se constituyó en la calle Bernardo Monteagudo N.° 320 – Magdalena del Mar. No es el domicilio del favorecido, sino el de la emplazada. La presencia del notario tiene como propósito contrarrestar el peritaje médico que han realizado los hijos de su señor padre. Asimismo, a las 12:40 pm el mismo notario Luis Dannon Brender, se constituye, esta vez, en la casa del favorecido, para constatar que minutos antes los accionantes estuvieron presentes con la intención de ver a su señor padre.

24. A estas alturas de lo acontecido el favorecido se encuentra aparentemente en la calidad de detenido que habla por medio de otros ¿Dónde está el cuerpo? La narración de estos hechos motivan la interposición del hábeas corpus.

B. HECHOS RELEVANTES OCURRIDOS DESPUES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS

25. El 7 de noviembre de 2007, siendo la 1:40 pm, el SOT3 PNP Pedro Gonzales Alvarado, se constituyó en la calle Lizardo Alzamora N.° 185 – San Isidro (domicilio legal de Felipe Tudela), a solicitud de Daniel Ramos Irigoyen en representación de Felipe Tudela y Barreda, para constatar la sustracción de enseres. Al respecto, la autoridad policial señala que se entrevistó con la señora Juana Torres Niño, encargada de la cocina, quien manifestó que los hermanos Tudela a las 12:05 pm aproximadamente del día anterior ingresaron al domicilio en compañía de otras personas y sustrajeron un cuadro de tamaño grande que se encontraba en la pared del comedor, del cual desconoce su valor. En ese sentido, procedió a constatar que en una pared del comedor del inmueble existen "tres lámparas" y un clavo, donde de acuerdo a lo advertido por la entrevistada, se encontraba el cuadro (f. 116).

26. La manifestación de la autoridad policial resulta absolutamente inconsistente. No puede inferirse de las afirmaciones de la señora Juana Torres Niño, que la presencia de un clavo en la pared supone una evidencia incontrastable de la existencia de un cuadro que podría haber sido hurtado. Sucede que en este contexto el Tribunal Constitucional es consciente del papel protagónico que los medios de prensa pueden jugar para influir en la opinión pública a fin de desprestigiar a una de las partes en el proceso.

27. El 7 de noviembre de 2007, el padre de los hermanos Tudela es llevado otra vez a su domicilio. ¿Por qué regresa a su residencia habitual? El Tribunal concluye que se debe a que la emplazada toma conocimiento de la interposición del presente hábeas corpus.

28. El 7 de noviembre de 2007, Felipe Tudela y Barreda otorga poder amplio, general y especial de representación a Jorge Luis Alvarado Giraldo, José Tam Pérez, Oscar Zavala Carlin, Efraín Vassallo Sambucetti y Héctor Honores Espejo ante el Notario Público de Lima, Luis Dannon Brender, cuya minuta fue autorizada por Augusta María Aljovin De Lozada, hija de la demandada (f. 67). El mismo día, Augusta María Aljovin De Lozada en representación de Felipe Tudela y Barreda, interpone demanda de hábeas corpus contra Francisco Tudela y Juan Felipe Tudela, con el objeto de que cese "la temerosa amenaza de violación a su libertad personal y sus derechos a la libre determinación, vida, integridad física y salud, y se ordene expresamente a los demandados que se abstengan de realizar cualquier acto que pueda atentar en contra de los derechos constitucionales mencionados". Dicho hábeas corpus tuvo un evidente ánimo dilatorio por cuanto una vez presentado se pidió la acumulación con la presente causa, pedido que fue desestimado.

29. El 8 de noviembre de 2007, siendo las 12:00 pm, Felipe Tudela y Barreda y Graciela De Losada Marrou contrajeron matrimonio civil (f. 134). En la vista de la causa se hizo de conocimiento del Tribunal Constitucional, sobre las supuestas irregularidades que se habrían producido en la tramitación de dicho matrimonio. Todo habría sucedido con una inusitada rapidez, sin la publicación de los edictos de ley, entre otros hechos que al Tribunal, sin embargo, no le ha sido posible constatar. Lo cierto es que los hijos del favorecido y los nietos no participaron de las nupcias. Tampoco tenían conocimiento de su celebración. Lo que hace que este Colegiado arribe a la conclusión de la existencia de una incomunicación forzada entre el favorecido, sus hijos y los nietos.

30. El 11 de noviembre de 2007, siendo las 11:00 am, Luis Dannon Brender, Notario Público de Lima, se constituyó en la avenida Del Pinar N.° 346 - San Borja, para verificar, por tercera vez el peritaje médico de parte al que sería sometido una vez más Felipe Tudela, padre de las accionantes.

31. En cuanto a la capacidad de Felipe Tudela y Barreda y su estado de salud mental, los abogados patrocinantes del favorecido se han encargado de presentar distintos escritos adjuntando actas notariales donde se deja constancia de la celebración de peritajes médicos con sus respectivos informes. ¿Cuál sería la intención de esta actuación? ¿Qué se busca? Si como dijo el abogado informante ante este Tribunal en la fecha de vista de la causa, "la capacidad se presume", ¿para qué habría que empeñarse en demostrar que Felipe Tudela y Barreda gozaría de capacidad y no tendría problemas con la memoria? O acaso, ¿se querría hacer uso de figuras propias del derecho civil que no son de recibo en sede constitucional con el objeto de distraer el fin que persigue el presente proceso de hábeas corpus?

32. El 13 de noviembre de 2007, se publicó en el diario El Comercio y en el diario oficial El Peruano una carta pública de protesta firmada por Felipe Tudela y Barreda, cuyo tenor es el siguiente, "A mis 92 años de edad, y en pleno uso de mis facultades, me veo en la obligación de dirigirme a la opinión pública y a todas las autoridades de la República, para expresar mi más enérgica protesta por el comportamiento de mis hijos Juan Felipe y Francisco Tudela van Breugel-Douglas, quienes pretenden declararme interdicto para tomar el control de mi patrimonio. Este comportamiento es legal y moralmente inaceptable. No se justifica por ningún motivo. En ese sentido, mis hijos tienen la obligación de respetar mi decisión de haber contraído matrimonio civil con doña Graciela De Losada Marrou, el día jueves 8 de noviembre del año 2007, ante el Concejo Distrital de Magdalena, después de casi treinta (30) años de relación sentimental. Confío en que finalmente mis hijos recapaciten en cuanto a lo que vienen haciendo, y entiendan que no tienen derecho de exigir más adelanto de herencia, ni de acosarme a mí ni a mi cónyuge con falsas denuncias. Afortunadamente, tengo muchos amigos que se han solidarizado conmigo. A pesar de que no me quedan muchos años de vida, tengo derecho a decidir mi destino hasta que Dios me lo permita" (f. 76, 77).

33. Dos semanas después, Felipe Tudela y Barreda envía una carta a sus hijos Francisco y Juan Felipe manifestándoles que "no puedo seguir con nuestras entrevistas o conversaciones, mientras continúen los agravios dirigidos a mi persona y a mi mujer. Ojalá al desistirse tú y tu hermano, de todas estas acciones, esta lamentable situación cese en breve" (f. 413, 415).

34. Estas comunicaciones ofrecidas como pruebas por los abogados contratados para la defensa del favorecido, con las que se pretenden persuadir al juez de la Constitución sobre su capacidad mental y sobre el derecho que le asiste de no ver a sus hijos en ejercicio de la autonomía de su voluntad, no producen convicción en este Colegiado que lo exima de intervenir en el fondo de la controversia. Tampoco convence a este Tribunal la aseveración que se esgrimió en la audiencia pública en el sentido de que "la capacidad mental se presume mientras no se declare judicialmente la condición de interdicto del favorecido". Estas aseveraciones son de inútil recibo en el presente caso, que se desenvuelve en sede constitucional y especialmente tratándose de un proceso de hábeas corpus en el que se debate el derecho a la libertad e integridad física, psíquica y moral de una persona y su imbricación con todo el haz de derechos que con estos se desenvuelven (a saber el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, entre otros), todo ello vinculado con la familia entendida como una garantía institucional de relevancia constitucional.

35. Después de haberse declarado fundada la demanda de hábeas corpus, el 23 de noviembre de 2007, siendo las 5:55 pm, Alfredo Zambrano Rodríguez, Notario Público de Lima, a solicitud de Francisco Tudela, se constituyó en la calle Lizardo Alzamora N.° 185 – San Isidro (domicilio legal de Felipe Tudela), para constatar la visita que hiciera a su padre, verificándose i) que el señor Juan Carlos Gutierrez, chofer de Felipe Tudela y Barreda, fue quien permitió el ingreso a la casa, ii) que después de transcurrido diez minutos aproximadamente desde el ingreso, apareció del interior Graciela De Losada para llamar al chofer e increparle "porque había dejado entrar al señor Francisco si la orden judicial dice que la visita es de mutuo acuerdo, muy mal has hecho en dejarlo entrar", y, iii) que siendo las 6:14 pm Francisco Tudela proviene del interior del inmueble y manifiesta que "tuve una conversación cordial y afectuosa con mi padre, él pidió hablar conmigo a pesar de la oposición de la señora Graciela"(f. 429).

36. El 28 de noviembre de 2007, siendo las 2:30 pm, Alfredo Zambrano Rodríguez, Notario Público de Lima, a solicitud de Juan Felipe Tudela, se constituyó en la calle Lizardo Alzamora N.° 185 – San Isidro (domicilio legal de Felipe Tudela), para constatar la visita que el solicitante hiciera a su padre, verificando i) que el solicitante se acerca al vigilante para preguntar si puede ingresar a la casa a visitar a su padre, ii) que el vigilante, previa consulta, manifiesta que "el señor Felipe se encuentra descansando, que el señor llame por la tarde para coordinar la visita", iii) que transcurridos unos minutos el solicitante intenta nuevamente ingresar y obtiene respuesta negativa, iv) que el solicitante pregunta al vigilante si era la señora Graciela quien no lo dejaba entrar, a lo que el vigilante refiere que "al parecer sería así", y, v) que el propio solicitante manifiesta que la señora Graciela se encontraba al interior del inmueble puesto que su auto se encontraba estacionado en el frontis de la casa (f. 431).

37. El 29 de noviembre de 2007, siendo la 4:30 pm, el SOT3 PNP Felix Huerta Palacios, se constituyó en la calle Lizardo Alzamora N.° 185 – San Isidro (domicilio legal de Felipe Tudela), a solicitud de Francisco Tudela y Juan Felipe Tudela, para constatar que la persona encargada de la seguridad del inmueble no les permitió el ingreso a la casa para visitar a su padre, refiriendo que éste no se encontraba en esos momentos. Tal acto no pudo ser constatado porque no se brindaron las facilidades del caso para el cometido (f. 426).

38. Los dos intentos fallidos de los accionantes para ver a su padre, luego de que la Juez Raquel Beatriz Centeno Huamán declaró fundado el hábeas corpus de autos, corroboran la conducta obstruccionista por parte de Graciela De Losada que prohíbe que Francisco y Juan Felipe Tudela establezcan contacto personal con el favorecido, desacatando abiertamente a la autoridad jurisdiccional.

39. Por tanto, todos los hechos que propiciaron la interposición de este hábeas corpus atípico, así como los ocurridos después, y que se encuentran acreditados debidamente en autos, traducen la existencia de un cuadro generalizado de situaciones anómalas que giran alrededor de la persona de Felipe Tudela y Barreda, generando duda razonable sobre el libre goce de sus derechos de libertad individual e integridad personal.

40. En ese sentido, cabe señalar como ya lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el

caso Velásquez Rodríguez (fundamentos 127 y ss.), que es el Tribunal de los derechos humanos el que debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Y no cabe duda que en los procesos de hábeas corpus estos criterios son menos formales que en los ordinarios. En el hábeas corpus, los medios probatorios se orientan en función a la naturaleza, carácter y gravedad del acto lesivo. Por consiguiente, parafraseando el fundamento 130 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aludida, en los procesos de la libertad las pruebas directas, sean testimoniales o documentales, no son las únicas que pueden servir de fundamento para legitimar una sentencia; la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones también pueden servir de argumento siempre que de éstas se desprendan conclusiones consistentes sobre los hechos.

41. En el caso sub judice, Graciela De Losada no puede alegar argumentos de naturaleza civil –la existencia de un matrimonio, la probable capacidad del favorecido, la no declaración jurisdiccional de la condición de interdicto, etc .– para desvanecer en este Colegiado la convicción de que es la autora de la detención arbitraria así como de la incomunicación forzada a la que habría sometido a su esposo.

42. El Tribunal Constitucional ha evaluado con libertad –sin obligarse a tomar en consideración necesariamente el quantum o las formalidades de las pruebas– los acontecimientos que tuvieron lugar fuera del proceso, en la medida que son hechos de conocimiento público que no necesitan de probanza, como por ejemplo la entrevista ofrecida por el favorecido "en algún lugar" de Lima a una revista local; la visita inopinada de la jueza que tiene a cargo el proceso de interdicción contra el favorecido y que constata que ya "no se encuentra en su domicilio legal desde hace dos semanas"; así como el "traslado del favorecido a la ciudad boliviana de Santa Cruz".

De este modo arriba a la conclusión que Graciela de Losada vulnera la libertad individual de Felipe Tudela y Barreda poniendo en riesgo su vida, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad, libertad física y de tránsito, derecho a la salud (carácter integral e indivisible de los derechos humanos).

43. No obstante, este Colegiado es consciente y así lo debe expresar que la denominada prueba circunstancial que ha sido determinante para la fundamentación de la presente sentencia, puede desvanecerse desde la directa e indubitable razón de los hechos que se materializaría con la negativa del padre de ver a sus hijos. Sin embargo, prefiere optarpor una posición garantista y proteccionista inspirada en el principio pro homine en beneficio de Felipe Tudela y Barreda y de conformidad con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, repone las cosas al estado anterior del día de la interposición de la demanda de hábeas corpus (es decir antes del traslado del favorecido a la casa de la emplazada y de la celebración del matrimonio civil entre éstos, cuya validez es cuestionada por sus hijos) y ordena que Felipe Tudela y Barreda no sea víctima de una incomunicación forzada atentatoria de su libertad y derechos conexos.

44. De otro lado y atendiendo el segundo extremo del petitorio determinado por este Tribunal (Vid supra fundamento 4), el proceso de hábeas corpus fue promovido por los accionantes también en nombre propio para garantizar el libre contacto personal con su padre (favorecido). En tal sentido, lo ocurrido (el impedimento de los accionantes para ingresar al domicilio legal de su padre, incluso después de que la sentencia de primera instancia declaró fundado el hábeas corpus, y, el traslado de Felipe Tudela al extranjero) ha generado certeza en este Colegiado que los señores Francisco y Juan Felipe Tudela no pueden ver a su progenitor ni establecer contacto con él de manera libre, natural e irrestricta.

45. Según lo dicho en los fundamentos 13, 14 y 15 supra, el propósito garantista del hábeas corpus transciende a la protección de la libertad para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, impide el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal (física, psíquica y moral), protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución y el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional, a tenor del artículo 4.° de la Constitución.

46. En consecuencia, la situación a la que han sido sometidos los accionantes resulta amparada por este juez de la Constitución, ya que efectivamente encuadra dentro del ámbito de protección del proceso libertario y ello no sólo porque el derecho a la integridad personal tiene un vínculo de conexidad con la libertad individual (artículo 25.° 1 del Código Procesal Constitucional), sino porque la institucionalidad familiar se constituye en un principio basilar que también influye de manera determinante en el libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos que además se encuentra asociado al derecho de integridad personal.

47. En tal sentido, el Tribunal repone las cosas al estado anterior del día de la interposición de la presente demanda de hábeas corpus y ordena que Francisco Tudela y Juan Felipe Tudela puedan ingresar libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros.

48. Finalmente, este Colegiado quiere señalar que uno de los abogados de Felipe Tudela y Barreda solicitó al Tribunal una entrevista con su patrocinado en su residencia. Este Colegiado no celebra entrevistas a domicilio, sino que cita a las partes a la audiencia para

que puedan libremente y sin presiones de nadie expresar su versión sobre los hechos. Así este Tribunal a lo largo de su existencia ha escuchado a trabajadores mineros de avanzada edad enfermos de neumoconiosis, a policías inválidos producto de la lucha antisubversiva, a viudas de la tercera edad, a personas privadas de su libertad desde los centros penitenciarios, entre otros. Por tanto, el Tribunal no puede aceptar un pedido de tal naturaleza. Lo contrario supondría menoscabar el trato igualitario a todos los peruanos que comparecen ante él sin distinción de riqueza, credo, raza, opinión política o de cualquier otra índole.

49. Asimismo, el Tribunal Constitucional no puede dejar de evidenciar ante la opinión pública la presión mediática a la que quisieron someterlo, por cuanto intereses expresados a través de ellos pretendían sustituir el "juicio de los jueces" por el "juicio de la prensa" con la intención de afectar una decisión que sólo se debe fundar en la Constitución y en la libre conciencia de los jueces.

Así, el día de la audiencia pública en que se celebró la vista de la causa apareció un reportaje desfavorable a los demandantes en la revista Caretas, cuya carátula fue mostrada ante las cámaras por la hija de la emplazada. El día 29 de mayo de 2008, otra vez, la misma revista publicó una entrevista "desde un restaurante en la Panamericana Sur" con don Felipe Tudela y Barreda y, al mismo tiempo, colgó en su portal electrónico un video con partes de dicha entrevista. Al día siguiente, el diario La Primera monta una supuesta historia de presiones e influencias con la intención de sembrar dudas sobre la imparcialidad de este Colegiado.

Frente a estos hechos, el Tribunal Constitucional reafirma su total independencia e imparcialidad para resolver las controversias constitucionales. Por ello, exhorta a los medios periodísticos a informar objetivamente aún desde su particular y legítima posición, por cuanto proceder en sentido contrario afecta gravemente la ética periodística y el derecho del ciudadano a recibir una información veraz.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la presente demanda de hábeas corpus; y, retrotrayendo las cosas al estado anterior de la interposición de la demanda:
   - Ordenase que Francisco Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Tudela van Breugel Douglas ingresen libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros.
   - Ordenase que Graciela De Lozada Marrou se abstenga de cualquier obstrucción y acción destinada a impedir el libre ejercicio del derecho aludido que fuera restituido por este Colegiado a los accionantes.
2. Ofíciese a la Juez Raquel Beatriz Centeno Huamán para que conforme a lo resuelto por este Tribunal Constitucional ejecute la presente sentencia conforme al artículo 22° del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. N° 1317-2008-HC/TC
Lima
FRANCISCO ANTONIO TUDELA VAN BREUGEL DOUGLAS Y OTRO

VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Con fecha 06 de noviembre de 2007 los señores Francisco Antonio Gregorio y Juan Felipe Gaspar Tudela Van Breugel Douglas interponen demanda verbal de habeas corpus a favor de su padre señor Felipe Tudela Barreda, contra la señora Graciela de Losada Marrou considerando que viola el derecho a la libertad individual de su citado padre, sosteniendo además que no tienen acceso a él, para lo que se debe tener en cuenta que se trata de una persona de 92 años, ciego, que sufre de pérdida de memoria y demencia senil, por lo que no puede desplazarse por sí mismo. En consecuencia solicitan que el favorecido sea trasladado a una clínica o centro de salud en donde se garantice su seguridad y, posteriormente, en el más breve plazo, restituirlo a su casa bajo el cuidado de sus hijos. El acta correspondiente a esta demanda fue levantada por la Jueza Dra. Mónica Lastra Ramírez, Jueza Penal de turno de Lima la que al calificarla expidió el auto de la misma fecha por el que admite a trámite la demanda de habeas corpus, interpuesta por los citados representantes procesales del pretenso agraviado contra doña Graciela de Losada Marrou por el hecho relatado.

La citada Jueza se constituyó en el domicilio del beneficiado y al no ser atendida por nadie dejó constancia en acta de dicho acto procesal, disponiendo la derivación de lo actuado a la Mesa de Partes Única de los Juzgados Penales de esta ciudad para la redistribución aleatoria. Esta actitud muestra la débil actuación del conductor del proceso quien ante los hechos descritos en acta se limitó al referido trámite burocrático, sin ejercitar su autoridad, justificando esta debilidad "porque no le abrieron las puertas" de la casa a la que llegó como Jueza y no como invitada social.

Se remitió el expediente al Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, atendido por la doctora Raquel Beatriz Centeno Huamán, quien se avocó al conocimiento de esta causa y se constituyó de inmediato en el domicilio del beneficiado para verificar la denuncia de

secuestro, Jueza que también demostrando debilidad permitió los maltratos a los que hace referencia en el acta respectiva por personas que también identificó teniendo que esperar cuarenta minutos para que se le permitiera el ingreso bajo ciertas condiciones. Finalmente pudo la Jueza entrevistar al favorecido a quien le hizo diversas preguntas, evidentemente intrascendentes en relación al tema que la convocaba, puesto que lo que correspondía en tales circunstancias era comprobar esencialmente el hecho del secuestro denunciado para de inmediato tomar las medidas correspondientes en ejercicio de su autoridad y conforme a las facultades previstas en el articulo 30° del Código Procesal Constitucional. Dicha Jueza concluyó su intervención levantando el acta en los términos que aparecen a fojas 51. Acto seguido expide la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007 que corre a fojas 271 por la que declara fundada la demanda y como consecuencia ordena que "ninguna persona impeda que el señor Felipe Tudela Barreda pueda tener contacto personal y directo con sus hijos Francisco Antonio Gregorio Tudela Van Breugel Douglas y Juan Felipe Gaspar José Tudela Van Breugel Douglas en el modo y oportunidad que de común acuerdo dichas personas lo decidan", ordenando además "se remitan copias al Ministerio Público con relación al considerando octavo de la presente sentencia".

Es de advertirse que la Jueza del primer grado aplica el aforismo "iura novit curia" para justificar la fundamentanción de su sentencia en base a hechos no invocados en la demanda, desnaturalizando así el principio que impide al Juez introducir al proceso hechos no invocados por las partes y que además no han sido sometidos al debate.

Aparece de autos a fojas 336 que con fecha 07 de enero del presente año don Felipe Tudela Barreda (el favorecido) formula desistimiento de la pretensión sosteniendo que no existe vulneración ni amenaza alguna contra su libertad personal, ni derecho conexo a ésta, legalizando su firma ante Secretario de la Cuarta Sala Penal de Lima, la que corre a fojas 375, reservando la Sala su decisión frente a tal pedido para hacerlo conjuntamente con la sentencia a decir de la resolución de fecha 8 de enero del 2008.

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Lima expide la resolución de fecha 28 de enero de 2008 por la que revoca la apelada y reformándola declara infundada la demanda al considerar que los hechos expuestos por la Jueza Inferior respecto del impedimento de contacto de los señores Francisco Antonio Gregorio y Juan Felipe Gaspar José Tudela Van Breugel Douglas con su padre, el favorecido, no han sido objeto del petitorio ni mucho menos del contradictorio, en atención a que la Jueza en su oportunidad no le formuló al favorecido las preguntas pertinentes para el caso. Esta decisión ha dejado sin solución el pedido de desistimiento al que hago referencia para lo que esgrime el argumento de que habiéndose hecho pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida carecía de objeto una decisión en torno a dicho punto.

Es de subrayarse que la decisión a la que hacemos referencia corresponde a la mayoría del Tribunal, pues el voto singular de su tercer miembro fue en el sentido de que se declarara la nulidad de la sentencia recurrida. Se trata en consecuencia de una decisión en mayoría, de dos votos contra uno.

Ciertamente la referida Sala Penal revocó la sentencia recusando las apreciaciones del inferior jerárquico cuando en aplicación del aforismo iura novit curia la Jueza introdujo hechos distintos a los que sustentan la pretensión, calificando dicha sentencia de incongruente por no corresponder los fundamentos que la sustentan con el basamento de la pretensión. Sin embargo entiendo que no puede dejarse de considerar que los referidos representantes procesales en la parte final del acta a fojas 43 y con fecha 8 de noviembre de 2007, dicen "... que lo que queremos es que nuestro padre sea cuidado por sus hijos y no por personas extrañas ... que recuperemos el derecho de ver a nuestro padre sin restricción alguna...", expresión que no tiene otro significado que el considerar en la aludida demanda una pretensión de los recurrentes, propia y personal. Esta apreciación debió ser entendida así por el juzgador, mas allá de las exigencias formales que pueda requerirse en el proceso constitucional, especialmente el de habeas corpus, para el que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala en el tercer párrafo que "el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.", dispositivo que evidentemente está inspirado en lo que al respecto prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, segundo parágrafo cuando señala "Las formalidades previstas en este código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso.". Con esto, sin embargo, no quiero decir de la identidad entre formalidad y formalismo, pues más aún tratándose de proceso urgente todo rito intrascendente debe ser desechado por el juez. En conclusión considero pertinente entender que estamos en un proceso con dos pretensiones marcadas, una principal y una accesoria, siendo "el secuestro" a eliminar la pretensión principal y la normalización de las relaciones parentales entre el "secuestrado" y sus hijos, la pretensión accesoria, la que como tal sigue la suerte del principal. Queremos con esto señalar que la sentencia apelada se pronunció exclusivamente por la accesoria o consecuente olvidándose de la pretensión principal.

Es menester recordar que este Colegiado en reiterada jurisprudencia que constituye a la regla general ha adoptado por el criterio de considerar que tratándose de una resolución emitida en proceso constitucional que pone fin a la instancia en segundo grado, se requiere de tres votos conformes como lo establece el artículo quinto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RTC N° 2602-2007-HC/TC), con excepción del caso Jalilie Awapara (Exp. N° 4053-2007-HC/TC) en el que en razones de suma urgencia y atendiendo a una solicitud de una persona que adolecía de grave enfermedad este Tribunal tomó una decisión en mayoría, urgencia que no se presenta en el caso de autos en el que el proceso llega al Tribunal Constitucional con

decisión simplemente mayoritaria y no unánime como lo requiere la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo quinto, regla que tiene que ser observada por los jueces constitucionales de todo grado incluidos los civiles y los penales cuando les corresponde actuar en sede constitucional.

Por otro lado aparece del acta que se agrega a fojas 134 la celebración del matrimonio civil entre los presuntos "secuestrado y secuestradora", llevado a práctica dos días después de admitirse a trámite la demanda de habeas corpus, esto es el 8 de noviembre de 2007, sin que la apelada ni la recurrida se hayan pronunciado en relación a este hecho de producción posterior a la demanda, pero bastante anterior a las sentencias, no obstante que el artículo 289° del Código Civil señala que por el matrimonio los cónyuges tienen el deber de hacer vida en común en el domicilio conyugal no obstante lo cual el Juez, por excepción, puede disponer la suspensión de este deber para los casos que enumera. Es de advertirse también que de autos aparece que se encuentra en trámite un proceso de interdicción civil contra el Señor Felipe Tudela Barreda y otro contencioso sobre la nulidad del referido matrimonio civil, también en trámite, en los que los jueces competentes tienen la potestad de definir las pretensiones correspondientes, advirtiéndose que el artículo 294° del citado código señala que si se declara interdicto a uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad conyugal el otro y que el Código Procesal Civil, inciso 1), del artículo 235° encontramos que Documento Público es el "otorgado por funcionario publico en ejercicio de sus atribuciones" agregando el 243° que para la nulidad del documento por ineficacia se ha de exigir la declaración expresa por el Juez en tal sentido. Claro que no obstante el matrimonio civil podría presentarse la figura del secuestro de uno de los cónyuges por el otro, casos que precisamente constituyen la pretensión principal que no ha sido decidida en la sentencia cuestionada que como decimos constituye, en todo caso, la pretensión principal. Lo cierto es que el instrumento público de fojas 134 tiene vigencia plena por no haber sido declarado ineficaz o nulo.

Es de subrayar para los efectos de la pretensión principal a que hacemos alusión precedentemente que el señor Tudela Barreda se presentó al local de la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima para legalizar su firma puesta en el escrito de desistimiento, acto verificado por el secretario de dicha Sala, señor Ernesto Osorio Farfán, el día 08 de enero del 2008 y que la JuezaDoctora Centeno Huamán para la comprobación de los hechos denunciados se constituyó en el domicilio del beneficiado recibiendo de éste las respuestas que le dio al interrogatorio por ella extendido, actuado que dice de la presencia del pretenso secuestrado en el estado de salud física y mental de éste y comprobaciones posteriores por el medico legista. Considero que fue esta la oportunidad para que la Jueza en ejercicio real de sus atribuciones pudiera disponer lo que correspondía si la comprobación de las circunstancias presentadas la llevaban a considerar que se trataba efectivamente de los hechos que denuncian los representantes procesales del favorecido. La Jueza llevó su decisión a la sentencia que, como decimos, se pronuncia por lo que vendría a ser la pretensión accesoria dejando sin decisión la pretensión principal que como tal resulta condicionante.

Respecto al desistimiento de la pretensión cabe agregar que de ser éste fundado traería al proceso las consecuencias previstas en el artículo 344° del Código Procesal Civil, entendiéndose de aplicación al habeas corpus desde que "exhibido el cuerpo del secuestrado" y consideradas sus respuestas al interrogatorio del Juez, el proceso habría concluido, puesto que al verificarse que no estuvo secuestrado, que fue el hecho sobre el que se apoya la pretensión principal y constituido luego el matrimonio civil antes referido, la pretensión accesoria de los hijos demandantes sigue la suerte de la principal.

En todo caso es el Juez de la causa en primer grado a quien le corresponde determinar la sanción que en su consideración corresponde al caso y es también pertinente tener presente que de autos aparece que existe en trámite los procedimientos civiles a que hemos hecho referencia. Podría agregarse a lo expuesto que de autos se advierte asimismo la existencia de otro proceso de habeas corpus por demanda interpuesta por Augusta María Aljovín de Lozada a favor de Felipe Tudela Barreda contra sus hijos Francisco Antonio Gregorio y Juan Felipe Gaspar José Tudela Van Breugel Douglas y el Jefe de la Comisaría de San Isidro con la finalidad de obtener el "...cese de la temerosa amenaza de violación a su libertad personal y sus derechos a la libre determinación, vida, integridad física y salud...", escrito que corre a fojas 125, así como el pedido de acumulación de fojas 179 formulada por Doña Graciela De Lozada Marrou en su calidad de demandada en el proceso en el que se expide el presente voto, pedido de acumulación que fue denegado por resolución de fojas 176.

No puede dejar de considerarse también que los señores Francisco Antonio Gregorio José y Juan Felipe Gaspar José Tudela Van Breugel Douglas al impugnar la sentencia de segundo grado expresamente plantean la nulidad de dicha sentencia en atención a que se encuentra evacuada en mayoría, 2 votos contra 1, y que el tercer Juez Superior de la Cuarta Sala Penal en su posición singular agrega que la sentencia debe ser anulada por la inconducta de la Jueza Lastra Ramírez que no tuvo la autoridad para disponer las medidas que las circunstancias aconsejaban cuando se apersonó al domicilio inmediatamente después de recibida la denuncia, derivando el proceso a trámite burocrático, lo que implica que se trata de un proceso que si bien la ley exige tramitación de urgencia y decisión en plazo perentorio no se ha hecho y llega a este Tribunal con las graves omisiones e insuficiencias que no obstante las disposiciones del Código Procesal Constitucional en el artículo 30° no ha sabido aplicar la Jueza responsable de este proceso, sin permitir igualmente a este Tribunal una salida coherente para asumir con integración una decisión de fondo.

Hay por último un tema adicional en relación a la medida dispuesta por la Jueza de primer grado respecto de cursar oficio al Fiscal de Turno para que de acuerdo a sus

atribuciones pueda calificar la conducta de los abogados, Renzo Carrasco Domhoff y Domingo Alejandro Orezzoli, quienes de acuerdo al Acta de fojas 48 entorpecieron su actuación al punto de maltratarla, conducta que en lugar de darle la oportunidad de expresar su autoridad disponiendo directamente lo que correspondía al proceso de habeas corpus, abdicó de sus facultades derivando la calificación al representante del Ministerio Público, sin imponer ninguna de las sanciones contempladas en la ley; no obstante ello ambos abogados apelaron de dicha medida, concediéndole la Jueza dicha impugnación, con lo que agrava este cuadro general de incorrecciones procesales que en mi consideración obligan al Tribunal a una sentencia inhibitoria.

Finalmente es oportuno señalar que resulta injustificable la conducta de los Jueces que han intervenido tanto en primero como en segundo grados, a excepción del Juez Superior que emitió su voto singular, por lo que debe cursarse copias de la presente sentencia a la OCMA a efectos de que investigue y de ser el caso sancione a los responsables.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare NULO todo lo actuado desde fojas 271 inclusive, Nulas las sentencias de Primer y Segundo Grados quedando subsistentes las resoluciones, actuaciones y escritos que no tienen conexión directa con esta sanción de invalidación, y en consecuencia se ordene al Juez de la causa proceder conforme al artículo 30º del Código Procesal Constitucional para cuya eficacia debe hacer uso de las facultades de las que está investido, pudiendo incluso de ser necesario propiciar en su presencia y la del representante del Ministerio Público con la fuerza pública pertinente la reunión entre padre e hijos, expidiendo la sentencia que corresponda sin dilación alguna.

S.

SR. VERGARA GOTELLI

EXP. Nº. 1317-2008-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO ANTONIO GREGORIO Y
JUAN FELIPE GASPAR JOSÉ
TUDELA VAN BREUGEL DOUGLAS
A FAVOR DE
FELIPE TUDELA Y BARREDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Por la presente suscribo el Fallo contenido en el Voto de los Señores Magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda; en consecuencia mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda de hábeas corpus interpuesta por don Francisco Antonio Gregorio y Juan Felipe Gaspar José Tudela Van Breugel Douglas a favor de don Felipe Tudela y Barreda y suyo propio.

No obstante suscribir el fallo de los magistrados firmantes del Voto aquí reseñado, dada la discordia presentada en el presente caso y la singular e importante materia de lo que se discute, en lo que sigue, estimo desarrollar los fundamentos que me parecen relevantes para resolver la delicada controversia constitucional de las partes en conflicto.

1. No es materia del presente proceso constitucional de habeas corpus, pronunciarse sobre la capacidad del señor Felipe Tudela Barreda, máxime cuando se encuentra en curso un proceso de interdicción en el 12º Juzgado de Familia de Lima, judicatura que respetando el debido proceso deberá pronunciarse sobre la pretensión de interdicción, merituando los informes psiquiátricos presentados por las partes.
El referido juzgado deberá valorar los informes del Psicólogo Elmer Salas Asencio y el Médico Cirujano Delforth Laguerre Gallardo, frente a los informes de los médicos Doctores Elard Sánchez Tejada, Juan Manuel Cabrera Valencia, Pedro García Toledo, Héctor Chue Pinche, Jorge Ernesto Pizarro Sánchez y Benjamín Alhalel Gabay, así como los análisis y exámenes científicos que los sustentan.
Abunda en ese sentido que la capacidad se presume y en tanto no exista una sentencia de interdicción con la autoridad de cosa juzgada, este Tribunal no puede desconocer la capacidad del señor Felipe Tudela Barreda ni imponer restricciones a su libre ejercicio, máxime cuando no se advierte una situación de notoria afectación del estado mental de la persona al existir informes médicos que sustentan su plena capacidad; el favorecido con el habeas corpus se ha presentado ante autoridades a rendir declaraciones, ha ofrecido entrevistas en televisión y medios escritos, ha pedido a este Tribunal una entrevista y lo más importante, en su declaración ante la Juez Raquel Centeno negó estar privado de su libertad.

2. No es materia del presente proceso tampoco, pronunciarse sobre la validez del matrimonio civil del señor Felipe Tudela Barreda y la señora Graciela de Losada Marrou, ante el Consejo Distrital de Magdalena del Mar. En ese sentido este acto jurídico produce sus efectos en tanto no exista sentencia con autoridad de cosa juzgada que diga lo contrario; por lo que no es materia del proceso constitucional del hábeas corpus pronunciarse sobre estos extremos.

3. Que si bien coincido con el voto del magistrado Vergara Gotelli en la parte que precisa diversos vicios procesales que afectan el trámite del presente proceso de habeas corpus, considero que este Tribunal sí debe pronunciarse sobre el fondo de la controversia tratándose de una pretensión de protección de derechos fundamentales que, en el caso especial de autos, requiere además de una tutela de urgencia; máxime si se trata de una persona de edad muy avanzada como es el favorecido con el presente hábeas corpus, cuya edad requiere de este Colegiado un pronunciamiento inmediato.

4. Que, la primera pretensión sustentada por los demandantes en el presente proceso ha sido la cesación de la privación indebida de la libertad de don Felipe Tudela y Barreda. En este sentido, es que originalmente el hábeas corpus se interpuso a favor del padre de los demandantes. El acto que sustentaba este petitorio era, en palabras de los demandantes, la decisión unilateral

de la demandada, de trasladar a don Felipe Tudela y Barreda fuera de su domicilio, llevándolo de manera inconsulta al domicilio de la demandada, situación que los hace temer por la salud e integridad física de su padre. El grado de intervención de la voluntad del Señor Felipe Tudela y Barreda en la decisión de trasladarse al domicilio de la demandada y permanecer allí es algo que es difícil determinar en el presente proceso; y es que, la propia declaración del favorecido con el hábeas corpus ha sido realizada en el sentido que no hay intervención ilegítima alguna en su libertad. Además se encuentra el desestimiento formulado por el mismo favorecido al hábeas corpus, y la legalización de su firma. No puede hablarse, por tanto, en el presente caso de una figura de retención indebida o de secuestro por parte de la emplazada. No puede el Tribunal llegar a una afirmación de tal magnitud, teniendo en cuenta además que existe una relación conyugal entre la señora Graciela de Losada Marrou y don Felipe Tudela y Barreda, la cual no ha sido en ningún momento, como ya se dijo, anulada; por lo que, como se sabe, dicha relación genera una serie de derechos y obligaciones entre ambos cónyuges, como la de decidir, entre otras cosas su lugar de residencia.

5. No obstante lo anteriormente señalado, pensamos que existe en el presente caso la verificación objetiva de una serie de acontecimientos que si bien pueden caer dentro de la esfera subjetiva de decisión tanto del favorecido como de la demandada con el proceso de hábeas corpus, hay una situación objetiva de afectación en el presente caso: el traslado continuo y permanente del Señor Felipe Tudela y Barreda y el alejamiento de su hogar natural, así sea esta decisión hecha de consuno con su cónyuge, afecta el núcleo esencial de su libertad personal y de su integridad física y psíquica. Y es que una persona de avanzada edad como la suya no puede ser sometida al estrés de traslados permanentes, no sólo por la afectación que los mismos pueden producir en su salud psíquica sino también en su propia salud física. Alejarlo de la casa donde ha residido durante tantos años, con la carga afectiva y sentimental que para una persona de edad adulta ello representa, puede generar en el favorecido por el hábeas corpus un estado emocional no adecuado para su edad ni apropiado para su salud.

6. Que, el principio Iura Novit Curia señala que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. En este sentido, el derecho constitucional que se habría vulnerado es el derecho de los hijos de acceder a sus padres, que es una dimensión del derecho a la protección de la familia consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política.
Sin embargo, al aplicar este principio en el presente caso, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse con rigurosidad y cuidado para no producir situaciones de indefensión o avocamiento indebido, perjudicando a doña Graciela de Losada Marrou, esposa del favorecido, en tanto dentro del marco de un proceso constitucional se deben respetar los derechos constitucionales de ambas partes para no lesionar en este caso indebidamente el derecho al honor y al debido proceso.

7. Que en este caso, si bien se introdujo al proceso la pretensión accesoria de forma posterior e implícita, hay elementos de juicio que permiten inferir que los accionantes no tienen acceso al favorecido, siendo que la voluntad de éste no puede deducirse de la sola existencia de una relación paterno filial entre personas adultas; y si bien no está demostrado que las dificultades de los accionantes para acceder a su padre obedezcan a la voluntad o determinación de doña Graciela de Losada Marrou, a efectos de evitar cualquier presupuesto de amenaza de violación o de violación de los derechos fundamentales de los hijos y del padre, corresponde que el Tribunal Constitucional ampare en aplicación del Iura Novit Curia esta pretensión, adecuándola a los parámetros que se indican en la parte resolutiva de este voto.

8. Que, al ampararse la pretensión señalada en el considerando anterior, este Tribunal no se está pronunciando por la capacidad del favorecido, la validez de su matrimonio ni está condenando a doña Graciela de Losada Marrou como agresora de los derechos constitucionales de su esposo. El Tribunal Constitucional, para evitar cualquier posibilidad de violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, resuelve un vacío o defecto ocasionado por negligencia de la Juez Raquel Centeno que no preguntó al favorecido en la diligencia correspondiente si se estaba restringiendo su derecho de entablar contacto con sus hijos, siendo por tanto de aplicación los principios hermenéuticos desarrollados por la jurisprudencia del Sistema Interamericano del Protección de los Derechos Humanos, específicamente el principio pro libertatis, según el cual los derechos fundamentales deben interpretarse siempre de la manera más amplia posible, es decir, extensivamente para lo que favorezca y restrictivamente para lo que limite la libertad del ser humano, así como el principio pro homine, según el cual el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano, por lo que no sería constitucionalmente válido gravar al favorecido con una carga no deseada.

Con estas consideraciones suscribo el Fallo en mayoría de los Señores Magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda.

Finalmente, debe instarse a los medios de comunicación a fin de no degradar el honor y la integridad de las partes involucradas en el presente proceso, especialmente respecto del señor Tudela Barreda. Asimismo, invocar a las partes y sus abogados a debatir alturadamente sus posiciones teniendo presente los principios de lealtad, probidad y buena fe procesales.

SR.

ETO CRUZ

---

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 0014-2003-AI/TC, F.J. 2, párrafo 4.

Exp. Nº 2725-2008-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Roberto Boris Chauca Temoche. El test de la triple identidad para evaluar la afectación del principio constitucional de ne bis in idem].*

Fecha de Resolución: 22 de setiembre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 2 de octubre de 2008

Resumen: El TC estableció un nuevo criterio jurisprudencial sobre el test de triple identidad cuya aprobación es uno de los requisitos necesarios para estimar aquellas demandas donde se alegue la vulneración del principio constitucional de *ne bis in ídem*.

En el presente caso la controversia giraba, fundamentalmente, en torno a la legitimidad de la nueva investigación preliminar fiscal incoada en contra de los favorecidos, en la medida que la supuesta delictuosidad de los hechos que eran materia de la investigación ya habían sido alegados en una anterior denuncia que fue archivada en doble instancia por el Ministerio Público debido a la carencia de ilicitud penal.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, siguiendo su propia línea jurisprudencial diseñada anteriormente, recordó que una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se haya establecido que no hay mérito para formalizar denuncia penal no constituye cosa juzgada, en consecuencia, tal situación no impide que la persona pueda ser posteriormente investigada y, de ser el caso, denunciada penalmente por los mismos hechos si es que aparecen nuevos medios probatorios que revelen la necesidad de una investigación del hecho punible; sin embargo, reconoció que dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos que ayudaron a la declaratoria de no formular denuncia penal estaban referidos a la carencia de ilicitud penal en los hechos denunciados.

Apelando, en consecuencia, a esta situación excepcional de inaplicación es que el Tribunal desestimó la demanda. No obstante ello, realizó el *test* de triple identidad para verificar la violación del principio constitucional de *ne bis in idem* y al llevarlo a cabo esbozó un nuevo criterio jurisprudencial sobre el requisito de la identidad subjetiva: "si bien es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar un persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. Este Tribunal considera que la necesidad de cumplimiento de este requisito resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea ésta judicial o fiscal) el carácter antijurídico del hecho perseguido. Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino –como en el presente caso- frente a terceros".

Temas claves: Control constitucional de actos del Ministerio Público - cosa juzgada - denuncia penal - derecho a la tutela procesal efectiva - derecho al debido proceso - investigación fiscal - hábeas corpus preventivo - principio del *ne bis in idem* - test de triple identidad.

EXP. N.° 2725-2008-PHC/TC
LIMA
ROBERTO BORIS
CHAUCA TEMOCHE
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Roberto Boris Chauca Temoche contra la resolución de la Primera Sala Penal para Procesados con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 277, su fecha 14 de abril de 2008, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de febrero de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus por derecho propio y a favor de doña Rosa María de Guadalupe Zamudio Mayor, doña Miriam Ivone González Grillo, don Herbert Helmund Fiedler Villalonga, doña Eliana Antonieta Pastor Paredes, don Miguel Rojas Martínez, y don Artemio Rodríguez Rodríguez, contra la Fiscal de la Sexta Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, doña Isabel Cristina Huamán García, el Fiscal Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, don Pedro Miguel Ángulo Arana y contra don Daniel López Gutiérrez, representante de la Compañía Minera Casapalca S.A.

Sostiene el recurrente que él y los favorecidos son trabajadores de la empresa Sociedad Minera Corona S.A., y han sido denunciados arbitrariamente por la Compañía Minera Casapalca S.A., dando inició a una irregular investigación preliminar fiscal por la presunta comisión de los delitos asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionarios, fraude procesal y lavados de activos, hechos que anteriormente ya habían sido investigados por la Décimo Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, que emitió una resolución de no haber lugar ha formalizar denuncia penal, decisión fiscal que fue confirmada por la Quinta Fiscalía Penal Superior. Alega el demandante que, esta situación vulnera sus derechos constitucionales a obtener una resolución fundada en derecho, a la prohibición de una persecución penal múltiple (Ne bis in ídem), a la libertad individual.

Solicita el actor que, se declare la nulidad de la resolución del 28 de setiembre de 2007, dictada por el Fiscal Superior demandado, por la que accedió al pedido de la minera Casapalca para que el caso sea conocido por la fiscalía anticorrupción, y así también, se deje sin efecto la resolución de fecha 21 de noviembre de 2007, dictado por la Fiscal Provincial Penal demandada, que dio inicio a la irregular investigación preliminar y todo acto derivada de ésta.

Realizada la investigación sumaria, el Fiscal Superior emplazado rinde su declaración explicativa sosteniendo que no es verdad que emitió resolución favoreciendo a la minera Casapalca, a fin que la denuncia contra los demandantes fuera vista por el sistema anticorrupción, sino que decidió ello a fin de evitar la indefensión de los denunciantes. Asimismo, la Fiscal Penal demandada declaró que abrió investigación policial contra los demandantes en cumplimiento de la resolución fiscal superior que le ordena abrir investigación, y de su Ley Orgánica. El demandante, por su parte, ratificó los términos de su demanda. De otro lado, el demandado representante de la compañía minera Casapalca sostuvo en su declaración que las personas que son materia de la segunda investigación fiscal, son distintas a las que fueron objeto de la denuncia que fue archivada por el Ministerio Público.

El Trigésimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 7 de marzo de 2008, declara fundada la demanda estimando que al tomar conocimiento el órgano emplazado que ya se había archivado una denuncia por los mismos hechos debió inmediatamente desestimarse la denuncia posterior.

La recurrida revocó la apelada y declaró infundada la demanda por estimar que no existe doble persecución penal contra los demandantes, por cuanto éstos y las personas que fueron objeto de la denuncia archivada por el Ministerio Público, no son las mismas.

FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. El accionante pretende que el Tribunal Constitucional ordene la nulidad de la resolución fiscal que dispone el inicio de una investigación preliminar contra él y los beneficiarios, por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir y otros, así como la nulidad de todos los actos que se deriven de esta decisión fiscal, porque la misma se fundamenta en hechos que anteriormente fueron investigados por el Ministerio Público, que no halló mérito para formular denuncia penal, y, consecuentemente, dispuso su archivamiento definitivo. Tal situación configuraría un atentado al principio constitucional Ne bis in ídem y una amenaza al derecho a la libertad personal de los afectados.

El control constitucional de los actos del Ministerio Público

2. Considerando que el petitorio constitucional del recurrente está orientado a cuestionar el procedimiento de investigación preliminar ordenado por la fiscalía emplazada, se procederá a analizar de manera liminar, algunos aspectos relacionados con la actividad fiscal previa al inicio del proceso judicial penal.

3. La Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159.º, inciso 5, de la Constitución. Si bien es una facultad

discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

4. En realidad, ésta es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, hace que éstos se erijan como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares.

5. En esta misma línea de limitación y control del poder público y privado, el artículo 200.º, inciso 1, de la Constitución establece que el proceso constitucional de hábeas corpus "(...) procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". De acuerdo con ello, la Constitución no ha excluido la posibilidad de realizar un razonable control constitucional de los actos del Ministerio Público, pues ha previsto la procedencia del hábeas corpus contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera el derecho a la libertad personal o los derechos conexos.

Principio de interdicción de la arbitrariedad

6. Lo expuesto precedentemente tiene su fundamento, por otro lado, en el Principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la Constitución ha reconocido al Ministerio Público. De ahí que se haya señalado en sentencia anterior (Cf. Exp. N.º 06167-2005-PHC/TC. FJ. 30. Caso: Fernando Cantuarias Salaverry) que "el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica".

Debido proceso y tutela jurisdiccional

7. Asimismo, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional realice el control constitucional de los actos del Ministerio Público tiene, de otro lado, su sustento en el derecho fundamental al debido proceso. Por ello, el derecho al debido proceso despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en la cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159.º de la Constitución. Claro está, las garantías previstas en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional (debido proceso y tutela jurisdiccional), que no son sino la concretización de los principios y derechos previstos en el artículo 139.º de la Constitución, serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1.º de la Constitución, según el cual "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Principio de legalidad en la función constitucional

8. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal

9. Respecto al habeas corpus preventivo, este podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia (Cf. Exp. Nº 2663-2003-HC/TC. FJ. 6.d. Caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca).

10. En el caso de autos, el demandante promueve esta modalidad de hábeas corpus porque considera que los magistrados emplazados " al ordenar que se inicie y se prosiga con una investigación policial sobre hechos anteriormente investigados y archivados por el Ministerio Público, amenazan el constitucional derecho a la libertad individual de los favorecidos" (Cf. Demanda, f. 14).

11. Sobre este punto, cabe precisar que si bien la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial, esto es, la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos; sin embargo, la investigación que el Ministerio Público realice puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado y aún encarcelado, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo.

Análisis del caso concreto

12. Dentro de este marco de consideraciones, este Tribunal aprecia que la controversia, en el presente caso, gira, fundamentalmente, en torno a la legitimidad misma de la investigación preliminar fiscal incoada contra los beneficiarios por resolución de fecha 21 de noviembre de 2007, no obstante, que la supuesta delictuosidad de los hechos que son materia de esta investigación, fueron alegados en una anterior denuncia, que fue archivada, en doble instancia, por el Ministerio Público.

13. Prima facie, si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta de que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del derecho al debido proceso, sino que la acusada ilegitimidad de la investigación preliminar fiscal habría colocado a los favorecidos en una situación de desmedro de sus derechos constitucionales alegados, con incidencia sobre la libertad individual de los beneficiarios, argumento por el cual este Tribunal Constitucional tiene competencia, ratione materiae, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.

14. Debe precisarse que, el Tribunal Constitucional en casos precedentes al de autos y mediante el proceso constitucional de hábeas corpus, sobre la vulneración al principio Ne bis in ídem, ha configurado los contornos de esta garantía fundamental, estableciendo básicamente:

a) La dimensión material y procesal del Ne bis in ídem. La primera, según, el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto contrario a las garantías propias del Estado de Derecho (Cf. Exp. N° 2050-2002-HC/TC. FJ. 19. Caso: Carlos Israel Ramos Colque).

b) Que el principio de Ne bis in ídem, opera respecto a resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Se yergue como garantía de todo justiciable, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (Cf. Exp. N° 4587-2004-HC/TC. FJ 38. Caso: Santiago Martín Rivas).

c) El principio Ne bis in ídem no se circunscribe a las sentencias definitivas, sino que comprende a todos los autos que ponen fin al proceso penal -al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa- (Cf. Exp. N° 8123-2005-HC/TC. FJ. 19. Caso: Nelson Jacob Gurman)

d) Verificar la existencia de una vulneración al principio de Ne bis in ídem, supone constatar la conjunción de tres identidades distintas: identidad de la persona perseguida (eadem persona), identidad del objeto de persecución (eadem res) e identidad de la causa de persecución (eadem causa petendi).

15. Establecido lo anterior, una cuestión que merece consideración en el presente caso, es si las investigaciones preliminares fiscales que arriban a una resolución conclusiva de archivo, puede generar la aplicación de la garantía. Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Cf. Exp. N° 6081-2005-PHC/TC. FJ. 7. Caso: Alonso Leonardo Esquivel Cornejo), que "una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos". No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de "no ha lugar a formular denuncia penal" por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal.

16. Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de "No ha lugar a formalizar denuncia penal" en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. FJ. 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados.

17. Se trata, entonces, de una decisión discrecional que implica una valoración de hechos e interpretación de disposiciones en mérito de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción

penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo, pero sin soslayar que, los actos del Ministerio Público, no se legitiman, "desde la perspectiva constitucional, en sí misma, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución" (Cf. Exp. N° 1762-2007-HC/TC. FJ. 11. Caso: Alejandro Toledo Manrique).

18. Lo mencionado anteriormente, resulta plenamente aplicable al presente caso, en que la Décimotercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, mediante resolución de fecha 1° de octubre de 2007, archivó definitivamente la denuncia interpuesta por la Compañía Minera Casapalca contra don Salvador Gubbins Granger, don Daniel Carlos Villanueva Ortiz (Presidente Ejecutivo y Gerente General de la Sociedad Minera Corona, respectivamente), Andrés Edilberto Silva Chan, y los que resulten responsables, porque los hechos que se les imputaban no constituían delito, señalando lo siguiente: a)Con relación a la imputación referida al presunto desvío de jurisdicción atribuido a Minera Corona S.A., se señala "no existe en el contenido de la denuncia, elementos o indicios razonables de la comisión de algún ilícito, o que al momento de incoar una demanda se haya actuado fraudulentamente o presentado documentación falsificada" (f. 75), b) Respecto a la demanda interpuesta por el trabajador de la Sociedad Minera Corona, don Andrés Edilberto Silva Chan ante el Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores, contra la Compañía Minera Casapalca, se aprecia que dicho acto carece de "contenido ilícito o conducta delictuosa" (fs. 76), de parte del denunciado, c) En cuanto al delito de corrupción de funcionarios "no puede ser materia de formalización de una denuncia penal, siendo que la imputación es de carácter subjetivo, sin ningún asidero de carácter indiciario" (fs. 76), d) Respecto al delito de fraude procesal "no [se precisa] indicio alguno tanto en la denuncia como en los actuados, respecto del medio fraudulento empleado por los denunciados para engañar a los funcionarios jurisdiccionales(...)no es procesal sostener que la presentación de una demanda por un trabajador de minera Corona, sea medio fraudulento para obtener una resolución contraria a ley, por cuanto cualquier trabajador como cualquier ciudadano tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva"(fs. 77), e) En cuanto al delito de lavado de activos "la imputación de este delito está referido al hecho de que según el denunciante, el trabajador Andrés Edilberto Silva Chan, no tendría poder adquisitivo para contratar los servicios de un abogado y presentar la demanda de amparo ante el Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores(...)lo que no es amparable en un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se postula la igualdad de las partes y el libre acceso a la tutela jurisdiccional efectiva" (fs. 77), f) Con relación al delito de asociación ilícita para delinquir, es un " hecho que no se aprecia en autos, ya que ni siquiera se imputa la existencia de una organización institucionalizada con fines criminales, que se requiere para la configuración de la asociación ilícita" (fs. 77).

19. Distinto sería el caso, si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia, se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, por cuanto la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito.

Test de la triple identidad

20. Ahora bien, verificar la existencia o no de doble persecución penal, como la alegada por el demandante, pasa por examinar el caso desde la perspectiva del test de triple identidad.:

a) En cuanto al primer elemento de la identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva) en varios procesos, si bien es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar un persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. Este Tribunal considera que la necesidad de cumplimiento de este requisito resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea ésta judicial o fiscal) el carácter antijurídico del hecho perseguido. Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino –como en el presente caso- frente a terceros.
Este Tribunal ha señalado en los Fundamentos Jurídicos 15 a 17 de la presente sentencia, las razones porque a la resolución fiscal de "No ha lugar a formalizar denuncia penal" no se le puede negar el carácter de cosa decidida (cosa juzgada), sabiendo además, que es frecuente que el fiscal penal para archivar una denuncia realiza un juicio de tipicidad del hecho denunciado, que al resultar negativo impide que el imputado pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos –más aún, si dicha decisión es confirmada por el órgano jerárquicamente superior-.
En el presente caso, si bien los magistrados emplazados y la Compañía Minera Casapalca, aducen que no opera la aplicación del principio ne bis in ídem por ser distintas las personas perseguidas tanto en la denuncia primigenia que fuera archivada por la Décimotercera Fiscalía Provincial Penal de Lima (fs. 73), como en la ulterior denuncia a cargo de la Sexta Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (fs. 287), sin embargo, cabe precisar que existe una decisión de clausura definitiva plasmada en la resolución fiscal de fecha 1° de octubre de 2007 (13° FPPL), que estableció la no delictuosidad de unas conductas que compulsadas con los actos presuntamente ilícitos que investiga la Sexta Fiscalía Penal Especializada en Delitos de Corrupción, se puede afirmar se tratan de los mismos hechos, es decir, provienen de un mismo acontecimiento histórico.

b) Este Tribunal considera que el elemento denominado identidad del objeto de persecución (identidad objetiva), consiste en que la segunda persecución penal debe referirse "al mismo hecho" que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.
Este presupuesto de la triple identidad, también se cumple en el presente caso, pues del cotejo de la primigenia denuncia de parte (fs. 432), interpuesta por la Compañía Minera Casapalca contra Salvador Gubbins Granger y Daniel Carlos Villanueva Ortiz, y la posterior denuncia (fs. 323) interpuesta por esta misma minera contra Roberto Boris Chauca Temoche y otros, se hizo sobre la base de los mismos hechos, cuya delictuosidad fue oportunamente desvirtuada por la Décimotercera Fiscalía Penal de Lima. La identidad del factum en el presente caso, podemos resumirla de la siguiente manera: Ambas denuncias interpuestas por la Sociedad Minera Casapalca se centran en que la única finalidad que los denunciados persiguieron en todo momento fue lograr que Sociedad Minera Corona se mantenga y persista en la posesión y administración ilícita de la concesión minera Yauricocha, obtenida a través de conductas del todo delictivas, desconociendo los supuestos derechos que le corresponden a la Compañía Minera Casapalca (Cf. Fs. 329 y 384). En ambos casos, entonces, existió una identidad fáctica (incluso idénticas calificaciones jurídicas: cohecho activo, fraude procesal, lavado de activos, asociación para delinquir).

c) Por último, la identidad de la causa de persecución es un presupuesto que resulta también verificado en el presente caso, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por los denunciados están referidos por igual a bienes jurídicos de la Administración Pública, la Administración de Justicia, la Tranquilidad Pública, como así se aprecia de los delitos (cohecho activo, fraude procesal, lavado de activos, asociación para delinquir) que fueron materia de las denuncias de parte, y de las resoluciones que al respecto se dictaron en sede fiscal.

21. Por lo anteriormente expuesto, la presente demanda debe ser estimada al haberse acreditado la vulneración del derecho constitucional de los beneficiarios de esta demanda, referido al principio constitucional ne bis in ídem, poniendo en grave peligro su derecho a la libertad individual, resultando de aplicación el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

22. Este Tribunal considera que por las especiales circunstancias que han mediado en el presente proceso de habeas corpus, no resulta de aplicación el artículo 8° del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de habeas corpus.
2. Declarar **NULA** la resolución dictada por la Sexta Fiscalía Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de fecha 21 de noviembre de 2007, mediante la cual se dispuso abrir investigación policial contra el promotor y beneficiarios de esta demanda, y, en consecuencia, cese todo acto investigatorio derivado de ésta.
3. Declarar **NULA** la resolución dictada por la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de fecha 28 de setiembre de 2007, que resuelve declarar procedente el recurso interpuesto por la Empresa Minera Casapalca S.A., contra la resolución judicial de fecha 29 de agosto de 2007.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Exp. N° 3610-2008-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por World Cars Import. Sobre la Constitución ecológica y las consecuencias generadas por la importación de vehículos usados sobre la salud y vida de la población en el Perú].*

Fecha de Resolución: 27 de agosto de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de noviembre de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional desestimó la pretensión del demandante, esto es, que se le permita importar vehículos automotores para el transporte de carga de las categorías N1, N2 y N3, y de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3, con motores Diesel, sin límite de antigüedad, y que se le permita, alternativamente, ingresar sus mercancías por el Puerto del Callao, o a través de los CETICOS, o a través de cualquiera de estos.

El Tribunal se pronunció en favor de que las restricciones al libre comercio y a la libre contratación, en salvaguarda del derecho a la vida, entendiendo como tal a la existencia en condiciones dignas, y a un medio ambiente equilibrado, siempre que éstas resulten razonables y proporcionales, toda vez que el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana ni puede superponerse al resguarde de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

En dicha sentencia se precisó que en el marco de una Constitución Ecológica, por un lado, corresponde al Estado la planificación de una política que concilie, a través de la ponderación, las tensiones propias que se suscitan entre la tutela del medio ambiente y el ejercicio de las libertades económicas, y por otro lado, a los particulares, el solidario deber de conservar el medio ambiente, pues la consecución de un bienestar y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo.

Así las cosas, el Tribunal entendió que dicha Constitución Ecológica ostenta una triple dimensión por cuanto debe ser entendida:

Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación.

Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.

Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, en su calidad de contribuyentes sociales.

De modo que ser socialmente responsable no significa limitarse a cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales.

Asimismo se señaló que el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica civilista de los intereses particulares, ni desde su función social, sino que debe tenerse en cuenta también su inherente función ecológica que persigue que los beneficios de aquella reditúen tanto para el propietario como para la comunidad, al compatibilizar que ese provecho se logre sin que se dañe el medio ambiente.

Temas claves: Constitución ecológica - contaminación ambiental - derecho a la dignidad humana - derecho a la integridad personal - derecho a la libre contratación - derecho a la salud derecho a la vida - derecho al medio ambiente equilibrado - Estado social y democrático de Derecho - importación de vehículos usados - principio de irretroactividad de la ley - principio de solidaridad - test de proporcionalidad.

EXP. N° 03610-2008-PA/TC
ICA
WORLD CARS IMPORT

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de agosto de 2008, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

1. De la Demanda

Con fecha 18 de septiembre del 2007, World Cars Import, representado por don José Ojeda Dávila, interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, solicitando:

La reposición de su derecho a importar vehículos automotores para el transporte de carga de las categorías N1, N2 y N3, y de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3, con motores Diesel, sin límite de antigüedad.

El ingreso de dichos vehículos a cualquier Centro de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios – CETICOS, para su reacondicionamiento.

Se le permita, alternativamente, ingresar sus mercancías por el Puerto del Callao, o a través de los CETICOS.

Para tal efecto, solicita que se le declaren inaplicables los siguientes dispositivos legales:

a) **El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 843**
b) **El artículo 1° del Decreto Supremo N° 017-2005-MTC**
c) **El Decreto de Urgencia N° 079-2000**
d) **El Decreto de Urgencia N° 086-2000**
e) **El Decreto Supremo N° 045-2000-MTC**
f). **El Decreto Supremo N° 017-2005-MTC**
g) **El Decreto Supremo N° 042-2007-MTC**

Fundamenta sus pretensiones en que las mencionadas normas resultan discriminatorias respecto de quienes no ostentan los recursos económicos para adquirir vehículos con una antigüedad de dos años para los de carga de las categorías N1, N2 y N3, e inferiores a los 8 años para los vehículos de transporte de pasajeros de las categorías M1, M2, y M3, y que las mencionadas disposiciones vulneran su derecho a la libertad de contratación, pues, en la práctica, le impide continuar recibiendo el suministro de autos que ha celebrado con su proveedor en el extranjero, lo que, a su vez, vulnera su derecho al trabajo.

Agrega que es poco serio atribuirle a los vehículos que pretende importar el origen y de la causa de los accidentes de tránsito que ocurren en nuestro país, pues tal responsabilidad se debe fundamentalmente a los conductores. Por último, sostiene que no puede ser considerado el más grave agente de contaminación ambiental, pues ello constituye una mera especulación.

2. De los Demandados

2.1 El Ministerio de Economía y Finanzas contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente toda vez que ha sido planteada extemporáneamente e interpuesta ante un órgano jurisdiccional incompetente, pues no debió ser planteada en Ica, sino, por el contrario, en el domicilio en el que el demandante realice sus operaciones de importación. Por otro lado, indica que en tanto se cuestiona la constitucionalidad en abstracto de las citadas normas, las vías pertinentes para tal efecto son el proceso de Inconstitucionalidad y el proceso de Acción Popular, más aún cuando el demandante no ha señalado en qué medida se encuentra afectado por las normas cuya inaplicación solicita.
En relación al fondo de la controversia, manifiesta que el objetivo perseguido por la cuestionada normatividad se encuentra destinado a renovar el parque automotor a fin de reducir al máximo los eventuales daños al medio ambiente.
Finalmente, solicita la intervención litisconsorcial de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

2.2 El Ministerio de Transportes y Comunicaciones se apersona al proceso formulando excepción de prescripción en tanto las disposiciones legales cuestionadas están vigentes hasta con más de siete años de antigüedad. Asimismo agrega que si bien se declaró inconstitucional la suspensión de importaciones de autos usados, ello no enerva la facultad estatal de restringir su ingreso al fijar requerimientos técnicos mínimos, y que, en todo caso, dichas disposiciones no son de aplicación para los importadores que puedan acreditar fehacientemente el despacho o tránsito de las mercancías a nuestro país, razón por la cual la demanda es manifiestamente improcedente,

toda vez que sus pretensiones se encuentran destinadas a que se le otorguen derechos que nunca tuvo.

2.3 Con fecha 13 de agosto del 2008, la SUNAT solicitó su incorporación a la presente causa en su calidad de litisconsorte facultativo, la que fue aceptada en esta sede constitucional el 5 de septiembre del año en curso, limitando su participación al Informe Oral.

3. Resolución de Primer Grado

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Ica, mediante resolución de fecha 14 de abril del 2008 (fojas 396), desestimó las excepciones planteadas y declaró fundada la demanda, al considerar que la aplicación de las normas al recurrente supone la violación del principio de irretroactividad toda vez que, conforme lo ha acreditado en autos (fojas 322), ha suscrito un contrato de suministro a través del cual se compromete a adquirir periódicamente una cierta cantidad de vehículos, motivo por el cual dispuso que el Ministerio de Economía y Finanzas cumpla con expedir el respectivo código liberatorio de importación y otorgue una tasa preferencial nacional de partidas.

4. Resolución de Segundo Grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Ica (fojas 534), revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, pues consideró que la recurrente interpuso la demanda de manera extemporánea, no resultando verosímil que el contrato incorporado a los actuados haya sido suscrito en la fecha indicada debido a que el RUC del demandante recién ha sido expedido el 2007.

FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Tal como ha sido planteada la demanda el petitum de la misma se encuentra circunscrito a que se le restituya a la recurrente su derecho a importar vehículos automotores para el transporte de carga de las categorías N1, N2 y N3, y de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3, con motores Diesel, sin ninguna restricción cualitativa.

De manera accesoria a dicha pretensión, solicita que se le permita el ingreso de dichos vehículos a cualquier Centro de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios – CETICOS, para su reacondicionamiento, y que, alternativamente, se le permita ingresar dichas mercancías por el Puerto del Callao.

2. Para tal efecto solicita se le declaren inaplicables las Disposiciones Legales que invoca en su demanda.

De la legitimidad para obrar del demandante

3. Para recurrir al Órgano Jurisdiccional, se ha establecido algunos requisitos que debe contener la demanda, esto es, que la persona que se sienta afectada por la vulneración o amenaza de vulneración de underecho, en el caso de acudir ante el Órgano Jurisdiccional para alcanzar la protección de éste, a través del Juez, deberá satisfacer los presupuestos procesales de forma, y los presupuestos procesales de fondo o materiales.

4. Los presupuestos procesales son "las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del Juez de proveer sobre el mérito".

5. Los presupuestos procesales de forma son: la demanda en forma, juez competente y capacidad de las partes. En cambio, los presupuestos procesales de fondo son: el interés para obrar, la legitimidad para obrar y la posibilidad jurídica.

6. Estos presupuestos en el Proceso Civil Peruano son requisitos de admisibilidad de la demanda, de ahí el nombre de Presupuestos Procesales, puesto que sin ellos no se iniciaría proceso, por lo que la legitimidad para obrar constituye una condición esencial para iniciar el proceso.

7. Cuando se plantea lo que es la legitimidad para obrar se alude específicamente a la capacidad legal que tenga un demandante para interponer su acción y plantear su pretensión a efectos de que el juez analice y verifique tal condición para admitir la demanda.

8. Que la legitimidad para obrar es la posición habilitante en la que se encuentra una persona para poder plantear determinada pretensión en un proceso. En este caso, la posición habilitante para poder plantear una pretensión en un proceso se le otorga a quien afirma ser parte en la relación jurídico sustantiva que da origen al conflicto de intereses.

9. En ese sentido, tendrá legitimidad para obrar, en principio, quien en un proceso afirme ser titular del derecho que se discute. En el caso de la Acción de Amparo, tienen interés subjetivo, legítimo y directo las personas físicas o jurídicas debidamente representadas, cuyos derechos están contemplados en los incisos correspondientes del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

10. Que en el caso de autos, conforme es de verse de la demanda de amparo (f.43), quien recurre al Órgano Jurisdiccional es la persona de World Cars Import; sin embargo, del comprobante de Información Registrada, de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT (f.3), se infiere que World Cars Import no se trata de una Persona Jurídica debidamente constituida, sino, por el contrario, dicha denominación corresponde al nombre comercial que utiliza don José Martín Ojeda Dávila, persona natural con negocio; consecuentemente, al haberse tramitado una demanda interpuesta por persona jurídica inexistente, la demanda no debió ser admitida hasta su previa regularización.

11. En la Decisión Nº 486, norma comunitaria andina aplicable en materia de propiedad industrial, se define al nombre comercial como aquel signo que identifica a una actividad económica, a una empresa o a un establecimiento mercantil., reconociéndose que una empresa puede tener más de un nombre comercial.

Puede constituir nombre comercial de una empresa o establecimiento, entre otros, su denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles. Los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir[1].

El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso y termina cuando cesa el uso del nombre o las actividades económicas de la empresa o del establecimiento que lo usa[2]. El registro del nombre comercial sólo tiene carácter declarativo[3].

El nombre comercial carece de personalidad jurídica. En jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia[4] se ha reconocido expresamente que:

"El ordenamiento andino ha diferenciado al nombre comercial de la razón o denominación social de la empresa, determinando que ésta última es una figura independiente asignada a personas jurídicas para su identificación y permitiéndoles a estas dos figuras coexistir".

12. Sin embargo, dada la controversia de autos, respecto de los peligros a la seguridad vial y los daños al medio ambiente y a la salud pública que suponen la importación de vehículos automotores usados, y teniendo en cuenta que los invocados derechos a la libertad de contratación y a la libertad de trabajo no son absolutos, sino que deben ser compatibilizados con otros derechos y bienes constitucionalmente legítimos, el Tribunal Constitucional estima que, en virtud de los principios procesales previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, previa pronunciamiento respecto a la excepción de prescripción.

De la Excepción de Prescripción

13. Respecto a la excepción de prescripción formulada tanto por la Procuradora del Ministerio de Economía y Finanzas como por la del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el sentido de que el plazo para la interposición de la demanda ha prescrito, este Tribunal ha señalado en diversa jurisprudencia que procede el amparo cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (SSTC N.os 2302-2003-AA/TC, Fundamento 7; 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

14. En el presente caso, nos encontramos frente a normas que varían e incluyen requisitos para importar vehículos usados, esto es, limitativa de las actividades comerciales que realiza la empresa, cuyos efectos tienen una incidencia inmediata en la esfera de los derechos del recurrente, no resultando necesario acto posterior de aplicación alguno, procediendo el amparo contra ellas.

15. Consecuentemente, encontrándonos frente a una supuesta afectación de naturaleza continuada, su impugnación a través del proceso de amparo no está sujeta a plazo prescriptorio, conforme lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

Análisis del caso concreto

16. A juicio de este Tribunal, la controversia radica en determinar si la aplicación de las citadas normas vulneran el principio de irretroactividad de la ley y los invocados derechos a la libre contratación y a la libertad de trabajo.

17. Sin embargo, como quedó expuesto con meridiana claridad supra, este Colegiado aprecia que los invocados derechos a la libertad de contratación y a la libertad de trabajo no son absolutos, sino que deben ser compatibilizados con otros derechos y bienes constitucionalmente legítimos, como la protección de los daños al medio ambiente y a la salud pública. En ese sentido, será también en virtud de estos últimos que el Tribunal Constitucional emitirá su pronunciamiento a fin de justificar la validez, o no, de las impugnadas disposiciones, en tanto restringen la importación de vehículos automotores usados.

La alegada vulneración del Principio de irretroactividad de la ley

18. Se alega vulneración al Principio de Irretroactividad de la ley. Que uno de los principios mas elementales que rigen la aplicación de la ley es su irretroactividad, lo que significa que esta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación.

19. La irretroactividad es un principio que reza con la relación jurídica, la cual es siempre intersubjetiva. De donde resulta un pleonasmo decir que a la ley no hay que darle efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, salvo en materia penal cuando favorece al reo[5], porque los beneficios o perjuicios de una retroacción recaen exclusivamente sobre las personas que son los sujetos activos y pasivos en todo negocio jurídico, y nunca sobre las cosas.

20. La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia.

21. En el caso de autos, el actor sostiene que World Cars Import ha suscrito un contrato de compraventa de suministro con fecha 15 de enero del año 2000, periodo en la cual se encontraba vigente el Decreto Legislativo 843, disposición legal que permitía la importación de vehículos automotores de transporte usados de carga o pasajeros con una antigüedad no mayor de 5 años.

22. Sin embargo, no aparece de autos que don José Martín Ojeda Dávila, quien se denomina representante del nombre comercial antes referido, haya importado vehículo alguno antes de la expedición de la norma

acotada ni con posterioridad a su vigencia, como tampoco durante la vigencia de las normas cuya inaplicación solicita, máxime si del comprobante de información registrada del citado contribuyente, corriente a fojas 686, se infiere que durante los años 2000 a 2007 no tuvo actividad comercial. Y más aún, de las pruebas aportadas en autos aparece que la inscripción que primigeniamente efectuara el denominado representante fue dada de baja de oficio con fecha 29 de septiembre de 1997, y de manera definitiva el 20 de marzo del año 2000, esto es, después de dos meses en que suscribiera el aparente contrato de suministro, condición en la que siguió hasta que se reinscribió el 20 de marzo del 2007.

23. Consecuentemente, no se puede solicitar la restitución de un derecho cuando no se ha acreditado de manera fehaciente que ha venido importando vehículos y que a la dación de las disposiciones legales cuya inaplicación solicita le han sido restringidas; máxime si no ha presentado licencia de importación que acredite la operatividad de la actividad alegada. A mayor abundamiento, el contrato de suministro que anexa como medio de prueba no solo resulta inverosímil, en razón a que atendiendo a las consideraciones expuestas no se pudo haber suscrito un contrato de suministro con una empresa inexistente, pues la supuesta persona jurídica con quien se celebró el contrato no es más que un nombre comercial, por lo que en ese sentido, el acto efectuado carece de validez al amparo de lo dispuesto en el artículo 140° del Código Sustantivo.

24. Asimismo, conforme a lo prescrito por el artículo 103 de la Constitución, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, razón por la cual las normas cuestionadas resultan plenamente aplicables para las personas que se dediquen a la actividad de importación de vehículos usados como el que pretende ejercer don José Martín Ojeda Dávila, según se puede advertir de la documentación presentada por SUNAT. En consecuencia, de los fundamentos expuestos se puede advertir que no se ha producido la invocada afectación del principio de irretroactividad de la ley.

Restricciones al Libre Comercio y a la Libre Contratación en salvaguarda del derecho a la vida y a un medio ambiente equilibrado

25. Corresponde al Estado la planificación de una política que concilie, a través de la ponderación, las tensiones propias que se suscitan entre la tutela del medio ambiente y el ejercicio de las libertades económicas, y de otro lado, a los particulares, el solidario deber de conservar el medio ambiente, pues "conseguir bienestar y un nivel de vida digno, es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de éste"[6], pues como se sabe, "en el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguarde la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto"[7].

26. En esta lógica,"la realización de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas, con el fin de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico sostenible, y con el control de las autoridades ambientales"[8], lo que constituye "una concretización de la responsabilidad social de las empresas"[9]. Ahora bien, "ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales"[10].

27. Bajo ningún punto de vista, el sistema productivo puede extraer recursos naturales ni producir desechos ilimitadamente, pues lo que se busca es "un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades"[11], y lo que también se persigue es "que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se "financien" incurriendo en "deudas" sociales para el porvenir"[12].

28. En efecto, "la Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente"[13], dado que toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuese su titularidad se encuentra subordinada al interés general, por lo que se hace necesario "superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo –indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas– con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente"[14].

29. Por ello, el desarrollo sostenible importa "que los procesos de inversión no se entiendan y manejen únicamente con el fin de obtener beneficios monetarios, sino que se consideren asimismo factores no monetarios (por ejemplo las realidades sociales, culturales y ecológicos). Esto significa que el valor de los servicios y los bienes medioambientales debe estimarse en el proceso de formación de las decisiones e incorporarse al mismo"[15].

30. Por consiguiente,"cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho"[16].

31. No debemos olvidar que "el medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos

relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo integrante de este mundo natural"[17], en tanto forma parte del entorno vital del ser humano, se constituye en un objetivo social cuya realización encuentra pleno sustento en la mejora de la calidad de vida de la población, y, por tanto, constituye un verdadero derecho fundamental para el hombre.

32. Del mismo modo, el contenido esencial del derecho de propiedad no solo puede determinarse únicamente bajo la óptica civilista de los intereses particulares, ni desde su función social, si es que se le niega su inherente función ecológica, "entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo"[18], que va mas allá del respeto de los miembros de la sociedad, al extenderse incluso hacia generaciones futuras. Así pues, si bien la función social de la propiedad persigue que los beneficios de aquella reditúen tanto para el propietario como para la comunidad, a través de su función ecológica se busca que ese provecho se logre sin dañar el medio ambiente.

La Constitución Ecológica

33. Sobre el particular, este Tribunal entiende que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra "Constitución Ecológica", que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental.

34. Tal como en su momento fue desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana[19], en criterio que es compartido por este Tribunal, la Constitución Ecológica tiene una triple dimensión:

- Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación.
- Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.
- Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, "en su calidad de contribuyentes sociales"[20].

35. Como bien lo ha señalado Adame Goddard el reconocimiento de los derechos sociales "como deberes de solidaridad sirve a su vez para que cada individuo dirija sus máximos esfuerzos a la obtención de aquellos bienes que representan sus derechos sociales, superando de este modo la visión paternalista que exige que la satisfacción de necesidades esté únicamente en manos del Estado"[21].

Las consecuencias generadas por la importación de vehículos usados sobre la salud y la vida de la población en el Perú

36. También parece oportuno para este Tribunal referirse a las consecuencias generadas por la importación de vehículos usados sobre la salud y, principalmente sobre la vida de la población en el Perú. En tal sentido, el Sétimo Informe de Observancia Pública Estudio de Casos de Accidentes Fatales en Lima Metropolitana: Causas y Alternativas de Solución, elaborado por el Centro de Investigación y de Asesoría del Transporte Terrestre (CIDATT) ha determinado con claridad la relación causa-efecto que existe entre la mayor antigüedad y obsolescencia de los vehículos, y la mayor incidencia de accidentes[22], según se aprecia a continuación de la muestra tomada entre enero y junio del 2007, a saber:

i. De los vehículos de transporte público de pasajeros involucrados en accidentes de tránsito, el 79% registran una antigüedad mayor a 10 años.
ii. Tratándose de vehículos privados, el 62% registra una antigüedad mayor de 10 años.
iii. Tratándose de vehículos de transporte de carga, el 79% registra una antigüedad mayor a 10 años.
iv. El promedio de antigüedad de los vehículos de transporte público de pasajeros que intervienen en accidentes de tránsito es de 15 años; los de transporte privado que intervienen en dichos eventos de 13 años; y los de transporte de carga que intervienen en accidentes de 22 años.
v. Bajo el criterio de que la mayor cantidad de vehículos usados que ingresan al país lo hacen por CETICOS y ZOFRATACNA para el cambio de timón, el aludido informe ha verificado que 7 de cada 10 station wagon que intervienen en accidentes de tránsito son de timón cambiado, y que el 64% de los mismos vehículos que intervienen en accidentes tienen más de 10 años de antigüedad.
vi. La antigüedad máxima de vehículos del servicio público permitida en países como México (10 años), Argentina (10 años), Chile (12 años), Colombia (20 años) es muy inferior a la antigüedad permitida en el Perú, de 30 años. Este dato contrasta dramáticamente con la tasa de mortalidad en accidentes de tránsito que exhibe el Perú, de 25 muertos por cada 10,000 vehículos, la más alta de la región, pese a que su tasa de motorización es la más pequeña, pues solamente alcanza a 49 vehículos por cada 1,000 habitantes.

37. Esta relación causa-efecto también se pone de manifiesto con los mayores flujos de importación de vehículos usados y el incremento de infecciones respiratorias agudas en niños menores de 5 años, lo cual ha sido advertido por el Informe Defensorial N.º 116 (fojas 114 de autos) sobre La Calidad del Aire en Lima y su Impacto en la Salud y Vida de sus Habitantes, pues de los 437,275 casos que se presentaron en 1995, en el 2005 esta cifra se incrementó a 1'105,575 casos, identificándose al parque automotor como la mayor fuente de contaminación al generar el 86% de los gases contaminantes, siendo igualmente importante mencionar que, de acuerdo con el mismo CIDATT, el 63% de los vehículos ingresados al Sistema de Transporte Terrestre entre 1991 y 2004 son vehículos usados con motor diesel, que en el caso particular del Perú posee un muy alto nivel de azufre.

38. A mayor abundamiento, el Cuarto Informe de Observancia Pública: Externalidades negativas generadas por la importación de vehículos usados sobre

la salud y la vida de la población en el Perú, de abril de 2005 y también elaborado por CIDATT (fojas 135 a 158 de autos) ya había determinado que la importación de vehículos usados era la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población; que es un factor contributivo en el incremento de la severidad de los accidentes de tránsito; que la masiva importación de vehículos usados ha generado profundas distorsiones en el mercado del transporte público de pasajeros y carga, que está impidiendo su renovación, deteriorando la seguridad y calidad del servicio; que el 92% de los importadores de vehículos usados han recurrido a un comportamiento tributario inadecuado; que los trabajadores que laboran en los CETICOS lo hacen en condiciones de subempleo; y que en tal momento (año 2005) solo el Perú y Bolivia permiten que los vehículos usados importados "reacondicionados" (cambio de timón de la derecha a la izquierda) sean empleados para el transporte público de pasajeros y de carga.

39. Por tal motivo, estando a que el demandante cuestiona la regulación estatal vinculada a la imposición de restricciones cualitativas al ingreso de vehículos usados, el Tribunal Constitucional evaluará la intervención normativa conforme a la técnica del test de proporcionalidad, el cual, según se desarrolló en las SSTC N.os 0045-2004-AI y 0004-2006-AI/TC, involucra la evaluación de la intervención normativa en base a los tres subprincipios que lo conforman; esto es, a) idoneidad, b) necesidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto.

a) Análisis de Idoneidad.- Refiere que toda injerencia en los derechos fundamentales, debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Resulta obvio, tal como fluye de lo actuado, que las medidas estatales adoptadas persiguen fines constitucionalmente legítimos, como son la salvaguarda del derecho a la vida, a la salud y a un medio ambiente equilibrado, y que las medidas sub exámine devienen en adecuadas e idóneas para la consecución de la finalidad a la que se dirigen, no resultando excesiva porque, a diferencia de otros países de la región, no se prohíbe la actividad sino que a través de normas se cumple una función regulatoria en un ámbito determinado.

b) Análisis de Necesidad.- Determina que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que, sea más benigno con el derecho afectado. El principio de necesidad supone, en este punto, la evaluación de la intensidad con el que el medio elegido puede afectar los derechos en cuestión, a efectos de analizar si dicha intensidad puede ser morigerada o reducida sin poner en riesgo la finalidad constitucional a la que intentan servir las normas adoptadas y, al mismo tiempo, sin afectar innecesariamente los derechos de otros. Conforme a Robert Alexy, "los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible"[23]. En el presente caso, a juicio de este Colegiado, no existe ningún otro medio alternativo que sea adecuado para alcanzar el objetivo propuesto y que a la vez, sea más benigno, razón por la cual, dicha restricción es un medio necesario en tanto no hay medidas alternativas igualmente eficaces. Es necesaria, además, porque las estadísticas que antes se han detallado determinan que hay una relación causa-efecto, pues a mayor obsolescencia de los vehículos usados, mayor probabilidad de accidentes de tránsito, toda vez que se trata de vehículos que ya cumplieron su vida útil.

c) Análisis de Proporcionalidad stricto sensu.- Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea proporcional, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Así pues, tales limitaciones suponen al recurrente, y en general, a los importadores, restricciones de baja intensidad que no afectan el contenido esencial de sus derechos económicos fundamentales, debido a que la importación de autos usados no se encuentra per se proscrita –a diferencia de otros países de la región– sino regulada y razonablemente restringida con la imposición de medidas legislativas limitadoras.

40. Por tanto queda claro que, si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la protección del medio ambiente es una obligación no solo estatal sino de la sociedad en su conjunto, tales limitaciones al recurrente devienen a todas luces proporcionales pues dicha intervención de menor intensidad optimiza en mayor medida la salvaguarda del medio ambiente y, en especial, el derecho a la vida y a la integridad de la población.

41. Ahora bien, el Tribunal Constitucional estima pertinente resaltar que si bien el recurrente ha cuestionado la constitucionalidad de tales medidas, simplemente se ha limitado a señalar, de manera vaga, que sus derechos, entre ellos, su derecho a la libre contratación, vienen siendo conculcados, sin tomar en consideración, por un lado, que el ejercicio de ningún derecho fundamental puede efectuarse al margen de los principios, valores y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce, y por otro, desconociendo además la función supervisora y reguladora del Estado, más aún en un sector estratégico como el transporte, que es tan trascendente para el progreso económico y la cohesión del país.

42. Si bien el ejercicio del citado derecho fundamental garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante, y por otro, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual, es obvio que no puede ser apreciado como una isla, pues de lo contrario se desconocería que tanto individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca, toda vez que su ejercicio no puede amparar la desprotección de otros bienes constitucionales.

43. En esa línea y conforme ya se ha desarrollado en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. En efecto, "no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas"[24].

44. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad de la población.

45. Este Tribunal considera que ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa para la sociedad la circulación de esta clase de vehículos usados con el timón cambiado y el aumento en los niveles de contaminación[25] que supondría su ingreso, es evidente que la regulación estatal cuenta con un mayor campo de actuación, en la medida que otros valores constitucionales superiores como el derecho a la vida misma se encuentra en juego.

Por todas estas razones, tales restricciones técnicas resultan razonables en atención a la tutela de los bienes jurídicos indicados en los párrafos anteriores, por lo que corresponde desestimar la presente demanda.

De la contaminación del aire

46. No obstante lo expuesto, llama la atención de este Colegiado el desinterés tanto del Estado como de la sociedad en su conjunto, sobre la problemática del aire, razón por la que se hace necesaria una intervención concreta, dinámica y eficiente del Estado dado que el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención, no siendo constitucionalmente admisible el diferimiento de tales políticas públicas.

47. Y es que como ha expresado la Corte Colombiana "atentar contra la salud de las personas por la afectación del medio ambiente dentro del cual deben desarrollarse como seres vivientes, además de poner en peligro una vida en condiciones saludables, como ocurre en el presente caso, atenta contra la dignidad humana y, adicionalmente, lesiona el derecho a la integridad personal, al verse transformados negativamente los estados físicos de las personas, pudiéndose traducir en una posible amenaza del derecho a la vida de los mismos, dada la conexidad innegable entre unos y otros"[26].

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. **INVOCAR** a los Poderes Ejecutivo y Legislativo a tomar medidas encaminadas a la solución de la problemática de la contaminación del aire, los niveles de accidentalidad y la renovación del parque automotor.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. 03610-2008-PA/TC
ICA
WORLD CARS IMPORT

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto por los fundamentos siguientes:
Petitorio de la demanda
1. Que con fecha 18 de setiembre de 2007 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción con la finalidad de que se le reponga su derecho a importar vehículos automotores para el transporte de carga de las categorías N1, N2 y N3, y de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3, con motores diesel, sin limite de antigüedad. También solicita el ingreso de dichos vehículos a cualquier Centro de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios –CETICOS-, para su reacondicionamiento, debiéndosele permitir alternativamente, ingresar sus mercancías por el Puerto del Callao, o a través de los CETICOS.
Para ello solicita se declare la inaplicabilidad del artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 843, del artículo 1º del Decreto Supremo Nº 017-2005-MEC, del Decreto de Urgencia Nº 079-2000, del Decreto de Urgencia Nº 086-2000, del Decreto Supremo Nº 045-2000-MTC, del Decreto Supremo Nº 017-2005-MTC y del Decreto Supremo Nº 042-2007-MTC.
Considera la empresa demandante que dichos dispositivos legales son discriminatorios, puesto que se afecta los derechos económicos de empresas que no pueden adquirir vehículos con una antigüedad de dos años para los de carga de las categorías N1, N2 y N3, e inferiores a los 8 años para los vehículos de transportes de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3. En consecuencia señala que dichos dispositivos legales afectan sus derechos constitucionales a la libertad de contratación, ya que se le está restringiendo el suministro de autos que ha celebrado con su proveedor en el extranjero, lo que a la vez vulnera su derecho al trabajo.

Señala que no se puede atribuir como causa de los accidentes de transito que ocurren en el país a la importación de vehículos ya que existen varios factores, fundamentalmente lo conductores. Finalmente afirma que no se puede considerar a dichos vehículos como principal agente de contaminación ambiental ya que ello es mera especulación.

Contestación de la demanda

2. El Ministerio de Economía y Finanzas contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente en atención a que ha sido planteada extemporáneamente e interpuesta ante un órgano incompetente ya que no debió haber sido interpuesta en Ica sino en el domicilio en el que el demandante realice sus operaciones de importación. También señala que la pretensión de la demandante debió haber sido planteada a través del proceso de inconstitucionalidad o del proceso de acción popular. Respeto a las normas cuestionadas señala que el objetivo principal perseguido mediante éstas son renovar el parque automotor a fin de reducir al máximo los eventuales daños al medio ambiente.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones se apersona al proceso deduciendo la excepción de prescripción, puesto que las disposiciones legales cuestionadas tienen mas de 7 años de vigencia. Además agrega que si bien se declaró inconstitucional la suspensión de importaciones de autos usados, ello no enerva la facultad estatal de restringir su ingreso al fijar requerimientos técnicos mínimos.

La SUNAT con fecha 13 de agosto de 2008 solicitó su incorporación al proceso en calidad de litisconsorte facultativo, siendo aceptada con fecha 5 de setiembre de 2008, limitando su participación al informe oral.

Pronunciamiento de las instancias precedentes

3. El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Ica, mediante resolución de fecha 14 de abril de 2008 (fojas 396), desestimó las excepciones planteadas y declaró fundada la demanda, considerando que la aplicación de las normas cuestionadas supone la vulneración del principio de irretroactividad toda vez ha suscrito un contrato de suministro a través del cual se compromete a adquirir periódicamente una cierta cantidad de vehículos. Por tal razón se dispuso que el Ministerio de Economía y Finanzas cumpla con expedir el respectivo código liberatorio de importación y otorgue una tasa preferencial nacional de partidas.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica revocando la apelada declaró improcedente la demanda considerando que la recurrente interpuso la demanda fuera del plazo establecido por ley, no resultando verosímil que el contrato incorporado a los actuados haya sido suscrito en la fecha indicada debido a que el RUC del demandante recien ha sido espedido el 2007.

Titularidad de los derechos fundamentales

4. En la causa N° 00901-2007-PA/TC emití un fundamento de voto en el que expresé que:

"La Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en su artículo 1°-parte de derechos fundamentales- que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado." agregando en su artículo 2° que "toda persona tiene derecho ....", refiriendo en la aludida nomina derechos atribuidos evidentemente a la persona humana a la que hace referencia sin lugar a dudas el citado artículo 1°.

El Código Procesal Constitucional estatuye en su artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales, que "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos por tratados de los que el Perú es parte."

De lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su articulo 1° que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.", nominado en el articulo 2° la enumeración de los derechos que se les reconoce.

También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos -"Pacto de San José de Costa Rica"- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano", haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

En conclusión extraemos de lo expuesto que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las denominadas acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

Por ello es que expresamente el artículo 37° del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que enumera el articulo 2° de la Constitución Política del Perú, referida obviamente a los derechos de la persona humana, exceptuando el derecho a la libertad individual porque singularmente dicho derecho está protegido por el proceso de habeas corpus y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data para los que la ley les

tiene reservados tratamientos especiales por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

De lo expuesto queda claro que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace con las particularidades anotadas pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional.

La Persona Jurídica.

El Código Civil en su Libro I desarrolla el tema de "personas" colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas.
Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la distinción al señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivo igual pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha "persona" ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la "persona jurídica" tiene atribuciones que no corresponden a los derechos de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe por ello recalcar que los fines de la persona jurídica son distintos a los fines de las personas naturales que la formaron puesto que la reunión de éstas se da por intereses comunes, y que conforman un interés propio y distinto a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, pudiendo tener fines de lucro el aludido conglomerado venido a conocerse con la denominación legal de persona jurídica.

Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinaran al fin de cuentas a estas personas naturales y en proporción de sus aportes. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta prima facie que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, teniendo a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio, suelen recurrir, interesadamente, al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana. Esta determinación arbitraria, además de ser anormal y caótica, coadyuva a la carga procesal que tiende a rebasar la capacidad manejable del Tribunal Constitucional y a sembrar en algunos sectores de la sociedad la idea de un afán invasorio que por cierto no tiene este colegiado.

En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para las que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria.

Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen también derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, puedan servirse para traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de solo interés de la persona humana.

De lo expuesto concluyo afirmando que si bien este Tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esta decisión debe ser corregida ya que ello ha traído como consecuencia la "amparización" fabricada por empresas para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio del presente voto pretendemos limitar nuestra labor a solo lo que nos es propio, dejando por excepción eventuales casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total para defenderse de la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia."

La Legitimidad para obrar activa

5. Considero importante realizar algunas precisiones respecto a las afirmaciones vertidas en el proyecto en mayoría sobre la legitimidad para obrar activa. En los fundamentos 7, 8 y 9 se hace mención a la legitimidad para obrar, especificando en el fundamento 9 que "... En el caso de la Acción de Amparo tienen interés subjetivo, legitimo y directo las personas físicas o jurídicas debidamente representadas, cuyos derechos están contemplados en los incisos correspondientes al artículo 2º de la Constitución Política del Perú".

6. La legitimidad para obrar que puede ser activa o pasiva según corresponda al demandante o al que debe ser emplazado con la pretensión del actor, no es sino la identidad que ha de exigirse para que los sujetos procesales, en este caso demandante y demandado, sean las mismas personas que conformaron la relación material o sustantiva; es decir demandante y demandado que como sujetos procesales son los que realizan la actividad que les corresponde dentro del proceso, para ser considerados como tales y formar así los sujetos de

la relación procesal, deben ser las mismas personas que conformaron la relación material, o dicho en otro modo, quienes realizan los actos dentro del proceso como sujetos principalísimos deben ser las mismas personas que realizaron los actos propios en la relación antecedente material o sustantiva. Esta identidad trajo como consecuencia que a través de los siglos se confundiera al sujeto de la relación procesal denominado demandado con el que resultaba pretensamente ser el responsable o deudor dentro de la relación material, conclusión que determinó una discusión que se prolongó en los tiempos. Últimamente el procesalista español Juan Montero Aroca nos enseñó en un Congreso Internacional de Derecho Procesal auspiciado por la Universidad de Lima que la legitimidad para obrar o legitimidad procesal, para no caer en la confusión antes descrita, no es sino la designación que hace el demandante para que en el proceso actué como demandado quien él considera ser su deudor o responsable, porque dentro de la confusión aludida la legitimidad para obrar que es institución eminentemente procesal, pues se relaciona con la validez de dicha relación, nada tiene que ver con la responsabilidad que es precisamente el tema de fondo. Hasta aquí la cosa resulta clara tratándose desde luego de lo que entendemos de responsabilidad emanada de los contratos, pues fácil es identificar a las personas que intervinieron en esas relaciones sustantivas para obligarlas a que sean las personas que realicen los actos jurídicos procesales. La dificultad se presenta para establecer la identificación correspondiente tratándose de la denominada responsabilidad extracontractual. Por eso Montero Aroca señala que al final el legitimado como demandado (legitimidad procesal pasiva) no es sino el sujeto a quien el actor califica de deudor para el cumplimiento de la obligación asumida tanto dentro de una relación material contractual como en una relación material extracontractual. La legitimidad procesal activa puede así resultar caprichosa porque como decía Jorge Peyrano cualquiera puede demandar a cualquiera, por cualquier cosa, con cualquier grado de razón o sin ella; ciertamente esta posibilidad es fácil situar en la denominada legitimidad para obrar activa ordinaria, lo que no resulta cuando se trata de la legitimidad activa extraordinaria, caso del artículo 203º de la Constitución Política del Perú en vigencia que señala excepcionalmente quienes son los únicos llamados a demandar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, se trata pues de una legitimidad para obrar extraordinaria que como tal sólo puede nacer de la ley o, como en este caso, de la propia Constitución Política del Estado.

En conclusión la legitimidad tiene que ver necesariamente con los sujetos que realizan la actividad procesal y no con las materias que es lo que va a distinguir al proceso ordinario en sus distintos campos competenciales y al campo constitucional residual. En éste se delimita el acceso a solo la protección de los derechos que incumben a la persona humana, dejando en sede ordinaria los reclamos ajenos a éste. Es en este aspecto en que no concuerdo con la ponencia ya que no considero que las personas jurídicas puedan acudir a la vía constitucional de amparo, proceso excepcional y residual, para resolver sus conflictos, puesto que la finalidad de los procesos constitucionales es la defensa de los derechos de la persona humana, siendo evidente entonces que el proceso constitucional de amparo está destinado solo a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana.

En el presente caso

7. De autos se observa que la empresa demandante tiene como objetivo principal la continuidad de sus actividades económicas, como es la importación de vehículos automotores para el transportes N1, N2 y N3, y de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3, con motores Diesel, sin limite de antigüedad, motivo por el cual solicita la inaplicación de una serie de dispositivos legales.

8. Es preciso señalar que si bien he manifestado anteriormente que el proceso constitucional de amparo está destinado a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y no a la defensa de derechos constitucionales de las personas jurídicas, ya que éstas tienen expeditas la vía ordinaria para resolver sus conflictos de tipo eminentemente patrimonial, en el presente caso se presenta una cuestión singular en la que este colegiado ya ha tenido un pronunciamiento de fondo –causa en la que intervine en atención a las repercusiones sociales que ésta implicaba-, por lo que en atención a ello considero que es preciso realizar un pronunciamiento de fondo en este caso ya que la temática traída está vinculada al servicio de transporte público. Respecto a ello este colegiado en la STC Nº 7320-2005-AA/TC, caso de los Buses Camión, ha manifestado que "(...) Conforme a lo expuesto en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.

Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos".

9. En el presente caso la empresa demandante solicita la inaplicación de normas destinadas a regular la

importación de vehículos automotores, considerando que con éstas se vulneran sus derechos constitucionales. De la revisión de autos y conforme lo expresado en la citada jurisprudencia el Estado tiene como función primordial la protección y seguridad de la sociedad, por lo que puede legítimamente tomar las medidas necesarias para ello. Debe tenerse presente que en el caso de autos no sólo se discute un tema de importación de vehículos sino que existe temática relevante como es el derecho a la vida y a la seguridad de la sociedad ya que dichos transportes formaran parte del servicio público que se brindará a la sociedad, para lo cual deben exigirse todas las medidas de seguridad tendientes a garantizar un servicio optimo a la sociedad.

10. Por lo expuesto concluyo declarando infundada la demanda considerando que la aplicación de las normas cuestionadas están basadas en el bienestar de la sociedad, por lo que no puede acusar la empresa demandante la vulneración de sus derechos constitucionales en desmedro de los derechos constitucionales de la sociedad, especialmente la salud y la vida.

En consecuencia es por estas razones que considero que la demanda debe ser declarada INFUNDADA.

SR.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

---

[1] Artículo 190.º de la Decisión N.º 486.
[2] Artículo 191.º de la Decisión N.º 486.
[3] Artículo 193.º de la Decisión N.º 486.
[4] Proceso 26-IP-97. En: Gaceta N.º 359.
[5] EXP. N.º 1939-2004-HC/TC
[6] STC Nº 02016-2004-AA/TC
[7] STC Nº 00048-2004-AA/TC
[8] Sentencia T-046/99 de la Corte Constitucional Colombiana.
[9] STC Nº 04223-2006-PA/TC
[10] STC Nº 1752-2004-AA/TC
[11] Definición empleada por primera vez en 1987 en la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU.
[12] STC Nº 00048-2004-PI/TC
[13] STC Nº 00048-2004-PI/TC
[14] Sentencia T-251/93 de la Corte Constitucional Colombiana.
[15] Cfr. Meter Dogsé y Bernd Von Droste, " El desarrollo sostenible. El papel de la inversión", En: Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del informe Brundtland, Robert Gooldland y otros (Editores), Trotta, Madrid, 1997, Pgs.90 y 91.
[16] STC Nº 00048-2004.PI/TC.
[17] Sentencia T-254/93 de la Corte Constitucional Colombiana
[18] STC 37/1987 del Tribunal Constitucional Español
[19] Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional Colombiana.
[20] Agregado nuestro
[21] GODARD, Jorge Adame. Derechos Fundamentales y Estado. Instituto de Investigaciones Jurídicas Nº 96: México.2002.Pag. 82.
[22] Tomado de www.cidatt.com.pe
[23] ALEXY, Robert. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". En: Jueces y ponderación argumentativa. México: UNAM, 2006. p. 2.
[24] Sentencia T-046/99 de la Corte Constitucional Colombiana.
[25] Como los Informes Defensoriales N.os 106 y 136.
[26] Sentencia T-046/99 de la Corte Constitucional Colombiana.

Exp. N° 4331-2008-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Raúl Alfredo Salazar Cosio y otro. Sobre los requisitos de ascenso para la categoría de ministro de la carrera diplomática].*

Fecha de Resolución: 12 de setiembre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 19 de noviembre de 2008

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) precisa que el Ministerio de Relaciones Exteriores no puede exigir el cumplimiento de los requisitos de ascenso para la categoría de Ministro previstos en el artículo 37° de la Ley N.° 28091, debido a que el cumplimiento de los mismos requerían de actos de administración y de gestión previos a cargo del Ministerio, que por motivos de índole de austeridad presupuestal y técnica, no pudieron ser implementados.

Así lo señaló en la sentencia recaída en el Exp. N° 04331-2008-PA/TC, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Raúl Alfredo Salazar Cosio y otros contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, debido a que se acreditó la vulneración de sus derechos a la promoción en el empleo y a la igualdad de los demandantes.

En este sentido, el TC indicó que mediante este derecho se trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a los trabajadores que se encuentran en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyendo de este modo a la realización y desarrollo del trabajador y a la configuración del trabajo decente.

Temas claves: Carrera de diplomáticos - derecho a la igualdad - derecho al trabajo - discriminación laboral por edad.

EXP. N.° 04331-2008-PA/TC
LIMA
RAÚL ALFREDO
SALAZAR COSIO
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de setiembre de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Raúl Alfredo Salazar Cosio y otros contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 254, su fecha 18 de junio de 2008, que, confirmando la apelada, declaró improcedente, in limine, la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de marzo de 2008, los demandantes interponen demanda de amparo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, solicitando que se declaren nulas la Resolución Ministerial N.° 057-2008-RE, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de enero de 2008, por no haberlos promovido a la categoría de Ministro en el Servicio Diplomático de la República, y la Resolución MinisterialN.° 028-2008-RE, de fecha 14 de enero de 2008, en cuanto declara que ningún Ministro Consejero se encuentra apto para el proceso de ascensos del año 2007 de acuerdo a los requisitos establecidos enla Ley N.° 28091 y los Decretos Supremos N.os 130-2003-RE y 072-2007-RE; y que, en consecuencia, se ordene que se reabra y continúe el proceso de ascensos del año 2007 para la categoría de Ministro y que no se les exija los requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091, por cuanto su exigencia vulnera su derecho fundamental a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones.

Refieren que, en su categoría de Ministros Consejeros participaron en el proceso de ascensos del año 2007 para ser promovidos a la categoría de Ministro y que fueron declarados no aptos debido a que se les exigió el cumplimiento de los requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091. Sostienen que el Ministerio de Relaciones Exteriores no les debía exigir el cumplimiento de los requisitos de ascenso a la categoría de Ministro establecidos en el artículo referido, pues estos, de una parte, constituyen obligaciones que no han sido cumplidas ni implementadas por el Ministerio, razón por la cual su cumplimiento resulta materialmente

imposible y su exigencia arbitraria e inconstitucional, pues el requisito previsto en el inciso a) del artículo 37.º de Ley N.º 28091 consistente en haber aprobado el curso de Altos Estudios de la Academia Diplomática, no podía ser cumplido porque la Academia a la fecha de realización del proceso de ascensos del año 2007 no había realizado el curso referido, a pesar de que los artículos 64.º, 65.º y 68.º de la Ley N.º 28091 le imponen dicha obligación; y el requisito previsto en el inciso b) del artículo 37.º de Ley N.º 28091, consistente en haber servido en una misión en condiciones de trabajo y de vida difíciles, el cual tampoco podía ser cumplido debido a que el Ministerio no ha cumplido con su obligación de establecer periódicamente mediante resolución ministerial el listado de clasificación de las misiones ni el cuadro anual de traslados y rotaciones, a pesar de que los artículos 32.º y 42.º de la Ley N.º 28091 le imponen dicha obligación. Asimismo, refieren que la exigencia de los requisitos previstos en los inciso c) y d) del artículo 37.º de Ley N.º 28091 es inconstitucional por cuanto la acreditación de un título diferente al otorgado por el centro de formación académica del Estado resulta una exigencia extraña y porque servir ocho años en el exterior no es una decisión ni una potestad de los funcionarios diplomáticos. Finalmente, señalan que se ha vulnerado su derecho a la igualdad y no discriminación porque a los Ministros Consejeros que participaron en el proceso de ascensos del año 2006 no se les exigió los requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.º de Ley N.º 28091, sino los requisitos de ascenso previstos en el artículo 25.º del Decreto Legislativo N.º 894.

El Vigésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 10 de marzo de 2008, declaró improcedente, in limine, la demanda, por considerar que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional vulnerado, conforme lo establece el inciso 2) del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional.

Con fecha 22 de abril de 2008, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Relaciones Exteriores se apersona al proceso, y con fecha 18 de junio de 2008, expone sus fundamentos sobre la demanda, aduciendo que mediante la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE, se declaró que ningún Ministro Consejero se encontraba apto para el proceso de ascensos del año 2007 no solo porque no acreditaban cumplir los requisitos establecidos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091, sino también porque no cumplían los demás requisitos de ascenso previstos en el artículo referido. Asimismo, señala que la supuesta agresión se ha convertido en irreparable porque el proceso de ascensos del año 2007 ha concluido con la expedición de la Resolución Ministerial N.º 057-2008-RE, que declara quiénes son los funcionarios diplomáticos promovidos.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

FUNDAMENTOS

§.1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, es preciso examinar el rechazo in límine dictado por las instancias precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose, por un lado, que existiendo vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, debe recurrirse a la vía contencioso-administrativa, y, por otro, que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

2. Sobre el particular, debe tenerse presente que en la STC 0206-2005-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005, se ha precisado, con carácter vinculante, los lineamientos jurídicos que permiten delimitar las pretensiones que merecen protección a través del proceso de amparo en materia laboral del régimen privado y público. De acuerdo con el criterio de procedencia establecido en el fundamento 23 de la sentencia precitada, los ascensos de los trabajadores sujetos al régimen laboral público deben ser dilucidados en el proceso contencioso administrativo; únicamente, atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contencioso-administrativa no es la idónea, procederá el proceso de amparo.

3. En el presente caso, este Tribunal considera que la urgencia de tutela se encuentra demostrada por los derechos fundamentales que supuestamente habrían sido afectados con las resoluciones cuestionadas, como son el derecho a la promoción en el empleo y el derecho a la igualdad, pues los demandantes habrían sido objeto de un tratamiento discriminatorio, por lo que la pretensión demandada y las afectaciones alegadas deben ser dilucidadas mediante el proceso de amparo y no mediante el proceso contencioso administrativo.

4. Por lo tanto, las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, debiendo revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si el Ministerio de Relaciones Exteriores ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación y se ha apersonado y expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada, lo que implica que su derecho de defensa está absolutamente garantizado.

§.2. Delimitación del petitorio y de la controversia

5. Los recurrentes aducen que las Resoluciones Ministeriales N.os 028-2008-RE y 057-2008-RE vulneran su derecho fundamental a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones, por cuanto el Ministerio

de Relaciones Exteriores en el proceso de ascensos del año 2007 les exigió el cumplimiento de los requisitos de ascenso a la categoría de Ministro previstos en el artículo 37.º de la Ley N.º28091.
Señalan que los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091 presuponen que, previamente, el Ministerio de Relaciones Exteriores haya cumplido e implementado sus obligaciones establecidas en la Ley N.º 28091 y en el Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, las cuales no han sido cumplidas ni implementadas, por lo que su exigencia resulta inconstitucional y materialmente imposible su realización.
Afirman que han sido objeto de un trato desigual para ascender, porque a los Ministros Consejeros que participaron en el proceso de ascensos del año 2006 solo se les exigió los requisitos de ascenso previstos en el artículo 25.º del Decreto Legislativo N.º 894, mientras que a los Ministros Consejeros que participaron en el proceso de ascensos del año 2007 se les exigió los requisitos de ascenso previstos en los artículos 34.º y 37.º de la Ley N.º 28091.

6. Sobre la base de estos alegatos, este Tribunal considera que la controversia debe centrarse en analizar, en primer lugar, si los requisitos de ascenso para la categoría de Ministro previstos en el artículo 37.º de Ley N.º 28091 presuponen obligaciones que el Ministerio de Relaciones Exteriores debió cumplir antes de la realización del proceso de ascensos del año 2007. Ello con la finalidad de poder determinar si la exigencia de los requisitos de ascenso era razonable o arbitraria y si se ha vulnerado o no su derecho a la promoción en el empleo.
En segundo lugar, corresponde analizar si a los Ministros Consejeros que participaron en el proceso de ascensos del año 2006 se les exigió diferentes requisitos de ascenso que a los Ministros Consejeros que participaron en el proceso de ascensos del año 2007. Ello con la finalidad de poder determinar si los demandantes han sido objeto de un tratamiento diferenciado que ha vulnerado su derecho a la igualdad, debido a que la diferencia de trato no tiene una justificación objetiva y razonable.

§.3. Derecho a la promoción o ascenso en el empleo

7. La promoción en el empleo en igualdad de condiciones es un derecho fundamental que se encuentra reconocido en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Así, en virtud del inciso c) del artículo 7.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Estado peruano reconoce el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren la igual oportunidad para ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.
En sentido similar, el inciso c) del artículo 7.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconoce que el trabajador tiene derecho a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

8. El derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones tiene su fundamento constitucional en el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona (artículo 22) y en el principio-derecho de igualdad de trato y de oportunidades en la relación laboral (artículo 26). Mediante este derecho se trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a los trabajadores que se encuentran en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyéndose de este modo a la realización y el desarrollo del trabajador, y a la configuración del trabajo decente.
De este modo, el derecho a la promoción en el empleo se vulnera cuando se imponen restricciones que impiden o dificultan a los trabajadores ascender en base a sus méritos, o cuando se les exige requisitos irrazonables o imposibles de cumplir, o cuando no se les promueve por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, a pesar de que cuentan con los méritos suficientes y han aprobado el concurso para ser promovidos.

9. La promoción o ascenso en el empleo se vincula con una actividad previa –la capacitación o formación profesional– y una garantía de igualdad y de no discriminación para el conjunto del resto de los trabajadores. Por ello, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador exigen como requisito objetivo de la promoción la acreditación de un conjunto de aptitudes, conocimientos teóricos y prácticos y experiencia que permitan ejercer una ocupación determinada.
Y es que la promoción en el empleo se consolida con la formación profesional continua de los trabajadores. En la carrera administrativa, el concurso de méritos para ingresar constituye un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la Administración Pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el favoritismo y el nepotismo.
Por su parte, el ascenso busca seleccionar para un nivel superior a quien, ya estando incorporado, muestre de manera comprobada méritos suficientes para subir en la escala jerárquica de la entidad de la Administración Pública a la que pertenece, imponiéndose por sus calidades, aptitudes y preparación sobre otros aspirantes también incorporados a la carrera administrativa dentro de la entidad de la Administración Pública.

10. Por tanto, el ascenso a los niveles o los grupos ocupacionales de la carrera administrativa se fundamenta en el mérito y la capacidad de los postulantes y el concurso de méritos es de carácter cerrado, es decir, comprende solo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización de la entidad de la Administración

Pública pretendan acceder a niveles o grupos ocupacionales de grado superior.

Ello debido a que la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal de las entidades de la Administración Pública, cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la Administración Pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación, permanencia y ascenso al empleo público, con base exclusiva en el mérito, la capacidad y en las calidades.

§.4. Los requisitos de ascenso como obligaciones previas del Ministerio de Relaciones Exteriores

11. En cuanto a los requisitos de ascenso que deben cumplir los Ministros Consejeros para ser promovidos a la categoría de Ministro, debe reiterarse que los demandantes han manifestado que los requisitos previstos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091 presuponen obligaciones que el Ministerio de Relaciones Exteriores debió haber cumplido previamente para haber podido exigirlos en el proceso de ascensos del año 2007; y que estas no han sido cumplidas, por lo que resulta inconstitucional que se les haya exigido la acreditación de su cumplimiento para concursar en el proceso de ascensos del año 2007.

12. Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si efectivamente los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091 presuponen obligaciones que debió cumplir el Ministerio de Relaciones Exteriores antes del proceso de ascensos del año 2007.
Según los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091, a fin de estar aptos para ser promovidos a la categoría de Ministro, los Ministros Consejeros deben, además del plazo de permanencia en la categoría, cumplir los siguientes requisitos:

a) Haber aprobado el Curso de Altos Estudios de la Academia Diplomática.
b) Haber servido en una misión en condiciones de trabajo y de vida difíciles, de acuerdo con la clasificación establecida por el Reglamento.

13. Pues bien, con relación al requisito de ascenso consistente en "aprobar el Curso de Altos Estudios de la Academia Diplomática", este Tribunal considera que dicho requisito constituye una manifestación del derecho fundamental del trabajador y obligación del empleador a la formación profesional, que comprende el conjunto de actividades destinadas a proporcionar los conocimientos teóricos y prácticos y la capacidad que se requieren para ejercer una ocupación o diversas funciones con competencia y eficacia profesionales.

14. El derecho de los diplomáticos a la formación profesional y, por ende, la obligación de parte del Ministerio de Relaciones Exteriores de brindársela, se encuentran reconocidas en la Ley del Servicio Diplomático de la República y en su Reglamento. Así, la Ley N.º 28091 destaca que la capacitación, la formación y el perfeccionamiento son de carácter permanente y se orientarán por el plan de carrera de los funcionarios diplomáticos y los requerimientos del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 68); que la formación debe ser integral, multidisciplinaria y propender a la especialización, y le corresponde a la Academia Diplomática del Perú (artículo 64); y que el Ministerio de Relaciones Exteriores fija anualmente el número de vacantes y participa en la evaluación de los participantes en el Curso Superior y en el Curso de Altos Estudios (artículo 65).
Asimismo, resulta pertinente precisar que la obligación de formación profesional se encuentra reiterada en el Decreto Supremo N.º 130-2003-RE. Así, conviene señalar que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Academia Diplomática, asegura la formación y especialización de los funcionarios del Servicio Diplomático (artículo 8) y que la capacitación, el perfeccionamiento y la especialización de los miembros del Servicio Diplomático deben ser un proceso continuo y permanente a lo largo de la carrera del funcionario diplomático (artículo 10).

15. Por tanto, la realización del curso de Altos Estudios constituye una obligación que la Ley N.º 28091 le ha impuesto al Ministerio de Relaciones Exteriores, y que este la cumple por intermedio de la Academia Diplomática. Por ello, la exigencia de haber aprobado el curso de Altos Estudios solo resulta legítima si este ha sido realizado y dictado por la Academia Diplomática, pues, en caso contrario, resulta arbitrario e irrazonable exigir la aprobación del curso de Altos Estudios cuando previamente este no ha sido realizado ni dictado.
Sobre el particular, debemos destacar que en la demanda se ha afirmado que hasta diciembre de 2007 la Academia Diplomática no habría implementado ni dictado el curso de Altos Estudios, y que en el escrito de fundamentos del Procurador Público del Ministerio de Relaciones Exteriores, este no ha contradicho ni negado dicho hecho afirmado. Por lo tanto, queda corroborada la afirmación de los demandantes respecto de que el curso de Altos Estudios no se realizó hasta diciembre de 2007.
Es más, dicho hecho afirmado queda corroborado con lo manifestado en el quinto considerando del derogado Decreto Supremo N.º 065-2007-RE, publicado en el diario oficial El Peruano el 17 de diciembre de 2007, en tanto que en él se señala que "el Curso de Altos Estudios de la Academia Diplomática no se ha implementado en forma integral hasta la fecha".

16. Con relación al requisito de ascenso previsto en el inciso b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091, debemos señalar que para su realización este presupone que el Ministerio de Relaciones Exteriores previamente haya cumplido una obligación, pues consiste en "haber servido en una misión en condiciones de trabajo y de vida difíciles".
Al respecto, este Tribunal considera que dicho requisito de ascenso también presupone el previo cumplimiento de una obligación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, pues el artículo 32.º de la Ley N.º 28091 dispone

que este periódicamente establece mediante resolución ministerial, y por recomendación de la Comisión de Personal, el listado de las misiones en el exterior con sus respectivas clasificaciones, y los incisos c) y d) del artículo 42.º disponen que es función de la Comisión de Personal proponer el cuadro anual de traslados y rotaciones y el listado de clasificación de las misiones.

17. En lo referente al cumplimiento de esta obligación, debemos señalar que en el presente caso no es un hecho controvertido que hasta diciembre de 2007 la Comisión de Personal no haya elevado sus recomendaciones al Ministro de Relaciones Exteriores con la relación de las misiones clasificadas, ni que ste último no haya aprobado por resolución ministerial el cuadro de clasificación de misiones en el exterior. Por lo tanto, este requisito de ascenso tampoco resulta exigible a los demandantes, pues el Ministerio de Relaciones Exteriores previamente no había cumplido con su obligación de aprobar el cuadro de clasificación de misiones.
En igual sentido, dicha afirmación queda corroborada con lo expresado en el sexto considerando del derogado Decreto Supremo N.º 065-2007-RE, en tanto señala que "la clasificación establecida en el Reglamento no ha sido desarrollada e implementada en forma integral hasta la fecha".

18. Consecuentemente, la exigencia de acreditación de los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091 resulta inconstitucional y vulneratoria del derecho a la promoción en el empleo de los demandantes, pues fueron declarados no aptos para el proceso de ascensos del año 2007, bajo el argumento de que no cumplían los requisitos referidos. Y si bien es cierto que los demandantes no cumplían los requisitos referidos, el dato objetivo es que el incumplimiento de dichos requisitos no les era imputable a ellos, sino al Ministerio de Relaciones Exteriores, pues la realización efectiva de estos presuponía el previo cumplimiento de obligaciones y funciones de este último.

19. Es más, el Ministerio de Relaciones Exteriores antes de que expidiera las resoluciones ministeriales cuestionadas tenía pleno conocimiento de que los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091 no habían sido implementados, pues en el tercer considerando del Decreto Supremo N.º 065-2007-RE señaló que "los requisitos dispuestos por los literales a) y b) del artículo 37 aludido no podrían ser cumplidos por ninguno de los funcionarios que se presenten a esta categoría, por cuanto los mismos requerían de actos de administración y de gestión previos a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que por motivos de índole de austeridad presupuestal y técnica, se ha visto imposibilitado de implementar lo necesario para poder exigir su cumplimiento en forma absoluta".

20. Teniendo en cuenta ello, puede concluirse que materialmente resultaba imposible acreditar el cumplimiento de los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º28091, pues con la publicación del Decreto Supremo N.º 065-2007-RE era un hecho de pública evidencia que los mismos requerían de actos de administración y de gestión previos a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que por motivos de índole de austeridad presupuestal y técnica, no fueron implementados.

21. Sentado todo lo anterior es válido concluir que el Ministerio de Relaciones Exteriores al exigirles arbitrariamente a los demandantes el cumplimiento de los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 37.º de la Ley N.º 28091 en el proceso de ascensos del año 2007 ha vulnerado su derecho a la promoción en el empleo, debido a que el cumplimiento de estos requisitos de ascenso presuponía que este previamente haya cumplido con sus obligaciones de implementarlos. Por lo tanto, la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE, que los declara no aptos, constituye un acto lesivo que vulnera el derecho de los demandantes a la promoción en el empleo, por lo que deviene en nula.

§.5. Tratamiento desigual en la exigencia de los requisitos de ascenso

22. De otra parte, los demandantes alegan que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha vulnerado su derecho a la igualdad, porque a los Ministros Consejeros que participaron en el proceso de ascensos del año 2006 solo se les exigió el requisito de permanencia en el cargo previsto en el artículo 25.º del Decreto Legislativo N.º 894, mientras que a los funcionarios diplomáticos que participaron en el proceso de ascensos del año 2007 se les exigió, además del requisito de permanencia en el cargo, los nuevos requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.º de la Ley N.º 28091.

23. Pues bien, para resolver este extremo, debemos precisar que cuando se aduce ser objeto de un trato desigual se exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En el presente caso, dicha exigencia se cumple, pues el término de comparación está compuesto por los Ministros Consejeros que participaron en el proceso de ascensos del año 2006.Asimismo, debe tenerse presente que para efectos de establecer si un trato desigual constituye un acto discriminatorio se requiere determinar si dicho trato es injustificado, esto es, carente de razonabilidad y causante de un perjuicio.

24. Para determinar si ha existido una diferencia de trato al momento de exigir los requisitos de ascensos, debe tenerse presente que de conformidad con la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, en los procesos de ascensos para la categoría de Ministro de los años 2003, 2004, 2005 y 2006, no se exigirá a los Ministros Consejeros los requisitos establecidos en el artículo 37.º de la Ley N.º 28091, debiendo cumplir solo con los plazos mínimos de permanencia en su categoría a que se refiere el artículo 34.º de la Ley N.º 28091, que reproduce textualmente el artículo 25.º del Decreto Legislativo N.º 894.

25. De la lectura de la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N.° 130-2003-RE queda claro que existe un tratamiento desigual en el momento de exigirles a los Ministros Consejeros los requisitos de ascenso para la categoría de Ministro; y que no existe una razón objetiva que justifique que a los Ministros Consejeros para los procesos de ascensos para la categoría de Ministro de los años 2003, 2004, 2005 y 2006 solo se les exija los requisitos de ascenso del artículo 34.° de la Ley N.° 28091 y nos los requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.°, los cuales, mirados en conjunto, muestran una clara diferenciación en el trato de los dos grupos, pues a los Ministros Consejeros para los procesos de ascensos para la categoría de Ministro de los años 2003, 2004, 2005 y 2006 solo se les exigió el plazo mínimo de permanencia de 3 años, mientras que a los Ministros Consejeros para el proceso de ascenso para la categoría de Ministro del año 2007 se les exigió no solo el requisito del plazo mínimo de permanencia de 3 años, sino también haber cumplido los requisitos siguientes: a) haber aprobado el Curso de Altos Estudios de la Academia Diplomática; b) haber servido en una misión en condiciones de trabajo y de vida difíciles, de acuerdo con la clasificación establecida por el Reglamento; c) haber acreditado un título profesional diferente del que otorga la Academia Diplomática o uno de posgrado, y d) haber servido ocho años en el exterior.

26. Al respecto, este Tribunal considera que dicho trato desigual se justificaría en el hecho de que los requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091 eran requisitos nuevos de ascenso que requerían de actos de administración y de gestión previos a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores para que sean implementados y resultasen exigibles, razón por la cual se estableció que a los Ministros Consejeros en los procesos de ascensos para la categoría de Ministro de los años 2003, 2004, 2005 y 2006 solo se les exigiera el requisito de permanencia mínima en la categoría previsto en el artículo 34.° de la Ley N.° 28091.

27. No obstante ello, en autos ha quedado demostrado que dichos actos de administración y gestión previos a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores para implementar los nuevos requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091 nunca fueron realizados por motivos de índole de austeridad presupuestal y técnica. Por tanto, los nuevos requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091 para la categoría de Ministros devienen en inexigibles mientras el Ministerio de Relaciones Exteriores no cumpla sus obligaciones de implementarlos integralmente, manteniéndose subsistente lo establecido por la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N.° 130-2003-RE.

28. Por ello, debe precisarse que a los demandantes en el proceso de ascenso para la categoría de Ministro del año 2007 no les resultaba exigible la acreditación de los nuevos requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091 pues su exigencia genera un tratamiento desigual respecto a los Ministros Consejeros que participaron en los procesos de ascensos para la categoría de Ministro de los años 2003, 2004, 2005 y 2006, exigencia que vulnera su derecho a la igualdad, porque la razón objetiva que justifica la diferencia de tratamiento no ha sido cumplida ni implementada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

29. Por otra parte, este Tribunal considera que en el presente caso no existe sustracción de materia por irreparabilidad de los derechos reclamados, pues si bien el proceso de ascensos del año 2007 ya concluyó con la expedición de la Resolución Ministerial N.° 028-2008-RE, ello no impide ni exime al Ministerio de Relaciones Exteriores que evalúe nuevamente a los demandantes sin que les exija los requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de La Ley N.° 28091. Siendo así, lo irreparable es la reapertura del proceso de ascensos del año 2007, pues este ya concluyó, razón por la cual se debe ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores que evalúe nuevamente a los demandantes para promoverlos a la categoría de Ministro sin que les exija los requisitos de ascenso previsto en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091.

30. En la medida en que, en este caso, se ha acreditado que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha vulnerado los derechos a la promoción en el empleo y a la igualdad de los demandantes, corresponde, de conformidad con el artículo 56.° del Código Procesal Constitucional, ordenar a dicha entidad que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULA** para los demandantes la Resolución Ministerial N.° 028-2008-RE, en tanto los declara no aptos para el proceso de ascensos del año 2007.
2. Ordenar que el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el plazo de 30 días, cumpla con evaluar nuevamente a los demandantes para efectos de promoverlos a la categoría de Ministro sin que les exija los requisitos de ascenso previstos en el artículo 37.° de la Ley N.° 28091, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Exp. Nº 5842-2006-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Miguel Morales Denegri a favor de Internados en la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado-Hideyo Noguchi". Se reconoce el derecho al trato digno y humanitario de los internos de establecimientos de salud mental].*

Fecha de Resolución: 7 de noviembre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de marzo de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional estableció que las personas que padecen de perturbaciones mentales necesitan un tratamiento intramural o ambulatorio adecuado para su prevención y recuperación, el cual solo puede ser admitido siempre que se respeten sus derechos y se realice con una actitud humanitaria y digna por parte de los psiquiatras, psicólogos, enfermeros, terapeutas y asistentes sociales.

Así lo dispuso en la sentencia recaída en el Exp. N.° 05842-2006-PHC/TC, donde se pone de relieve que personas que adolecen de perturbaciones mentales están sujetas a prejuicios y fuertes estigmas, tanto es así que son arbitraria e innecesariamente segregadas de la sociedad en instituciones psiquiátricas, en las que son sometidas a tratamiento inhumano y degradante o a tortura.

Por ello, los principios que deben inspirar la actuación de los establecimientos de salud mental deben estar destinados al logro de la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia y la integración social, a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de los derechos fundamentales de los pacientes.

Así, se ha señalado que para que los pacientes reciban un tratamiento correcto deben concurrir varios elementos, como por ejemplo la correcta distribución de los espacios, la separación entre hombres y mujeres, así como la separación entre adolescentes y adultos.

En base a ello, el Tribunal ha enfatizado que las personas que padezcan una enfermedad mental tienen derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad, siempre en un esquema de tratamiento extramural. Por esta razón, hay una tendencia actual a reducir en su máxima expresión el tratamiento intramural y a favorecer el tratamiento ambulatorio.

Asimismo, se precisó que en el caso de las personas con problemas de salud mental la regla general es que ellos mismos den su consentimiento para su internamiento en un establecimiento de salud mental, salvo las siguientes excepciones: a) el consentimiento de los padres o tutores en el caso de los menores de edad; b) el consentimiento del tutor en caso de que el mayor de edad no cuente con la debida capacidad civil; c) una potencial amenaza sustentada en una conducta agresiva comprobada; d) una manifiesta y comprobada incapacidad de sostenimiento económico provocada por la enfermedad mental en personas mayores de edad; y e) cuando haya sido condenado por delito doloso por hechos derivados de la adicción.

En esta línea el Tribunal Constitucional exhortó a las autoridades legislativas a que contemplen la promulgación de una ley de salud mental, a fin de tutelar los derechos fundamentales de las personas que sufren problemas de dicha índole, sobre todo en el caso de adicciones.

Temas claves: Consentimiento informado - derecho a la dignidad humana - derecho a la integridad personal - derecho a la salud mental - enfermedad síquica - finalidad del hábeas corpus - hábeas corpus reparador - procedencia del hábeas corpus - salud pública.

EXP. N.° 05842-2006-PHC/TC
LIMA
MIGUEL ÁNGEL MORALES DENEGRI
A FAVOR DE LOS INTERNADOS
EN LA SALA DE HOSPITALIZACIÓN
DE ADICCIONES DEL INSTITUTO
NACIONAL DE SALUD MENTAL
'HONORIO DELGADO-HIDEYO NOGUCHI'

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de noviembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Morales Denegri contra la sentencia de la Segunda Sala Penal de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 31, su fecha 10 de abril de 2006, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 9 de marzo de 2006 el recurrente, miembro de la ONG 'Pan y Vino' interpone demanda de hábeas corpus contra don Luis Matos Retamozo y doña Romy Kendall, médicos psiquiatras integrantes de la Dirección de Adicciones del Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado- Noguchi' perteneciente al Ministerio de Salud -en adelante, MINSA-, así como contra la Defensora del Pueblo, doña Beatriz Merino Lucero, a fin de que cese la violación y amenaza del derecho a la libertad personal y otros de los pacientes que se encuentran internados en la Sala de Hospitalización de dicho instituto. Solicita: a) que se proceda a la restitución de la libertad personal de los pacientes que se encuentran internados en contra de su voluntad de forma indebida y, de ser el caso, se aplique a los responsables de ello lo que establece el Código Procesal Constitucional -en adelante, CPCo-, así como se denuncie los presuntos ilícitos que se estuviesen produciendo al Ministerio Público -en adelante,MP-; b) que se respeten las normas nacionales e internacionales que versan sobre los derechos humanos de los demandados; y c) que la Defensoría del Pueblo -en adelante, DP- emita opinión. Manifiesta que en los últimos meses se ha venido internando en el Área de Adicciones, en una misma sala, tanto a pacientes adolescentes como adultos hombres y mujeres exponiendo a todos ellos al peligro de algún atentado contra el cuerpo y la salud y a la libertad sexual, sobre todo de los adolescentes que están internados, puesto que comparten la hospitalización con pacientes que son drogadictos con conducta y carácter violento. Asimismo refiere que la Ley N.° 26842, Ley General de Salud -en adelante, LGS-, menciona que ningún paciente puede o debe ser sometido a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento, lo que significa que para ser internados deben dar un consentimiento, informándoseles respecto a su tratamiento y a las medidas a las cuales se les va a someter; y que sin embargo ello incluye la posibilidad de ser privados de su libertad durante muchas semanas sin derecho a tener visitas de sus familiares ni a distraerse o tener acceso a algún medio de televisión o radio o medio escrito, con lo cual se violaría el derecho a la información y a la cultura. Refiere además que con relación al estado de incapacidad relativa o absoluta de los pacientes, la ley menciona que ellos serán internados con su consentimiento y a voluntad, salvo que sean incapaces, previo proceso de interdicción y/o curatela, caso en que sus representantes legales podrán dar su consentimiento, lo que no ocurre en la mayoría de pacientes que están internados puesto que no están interdictados y gozan de plena capacidad civil. Indica que su consentimiento suele conseguirse una vez que ya están internados en el establecimiento de dicho instituto.

Sentencia de primer grado

Con fecha 13 de marzo de 2006 el Quinto Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima declara improcedente la demanda planteada, por considerar que si bien el recurrente refiere que en los últimos meses se vienen internando en la Sala de Adicciones del Instituto de Salud Mental mencionado a diversos pacientes, exponiéndolos al peligro de algún atentado contra sus derechos y su vida, no señala ningún caso concreto sino que hace una apreciación genérica sobre la hospitalización y tratamiento que se brinda a los pacientes. Con relación a los tratamientos médicos o quirúrgicos sin consentimiento de los pacientes o sin que medie proceso de interdicción, refiere que dada la naturaleza de la enfermedad que los aqueja, muchas veces los pacientes tienen una representación distorsionada de la realidad por lo que mal podría pedírseles su consentimiento al respecto, ni tampoco podría esperarse una resolución judicial de interdicción o que se les nombre un curador para brindarles atención médica teniendo en cuenta que toda enfermedad requiere atención inmediata. En cuanto a lo que señala el recurrente sobre la violación de derechos sustentada en una resolución directoral y procedimientos inconstitucionales, señala este juzgado que dicho pronunciamiento no corresponde a este tipo de procesos, como tampoco le corresponde ordenar la libertad de los pacientes internados. Por todo ello concluye que el petitorio no se encuentra debidamente justificado.

» Sentencia de segundo grado

Con fecha 11 de mayo de 2006, la Segunda Sala Penal de Procesos con Reos Libres confirma la apelada por

considerar que según el CPCo la demanda en un proceso de hábeas corpus -en adelante,PHC- si bien puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación, requiere la individualización de la(s) persona(s) perjudicada(s). En el caso de autos, teniendo en cuenta que lo que solicita el accionante de manera genérica, entre otros, es la inmediata libertad de pacientes que se encuentran internados en el correspondiente centro de salud mental, por haber sido internados indebidamente, no se cumple con el presupuesto mencionado. Por otro lado señala que como es de verse de la demanda, el Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado-Noguchi' brinda servicios a pacientes que no sólo padecen enfermedades mentales, sino también a aquellas personas que sufren adicciones a ciertas sustancias letales, por lo que no puede pretenderse de manera genérica atribuirse a los emplazados la violación de los derechos a la libertad individual de los pacientes que ingresen a dicho nosocomio para recibir atención a su salud, sin indicar un caso concreto. Respecto a que en dicho instituto se viene internando conjuntamente -y sin el debido cuidado- a pacientes adolescentes y a adultos hombres y mujeres, aduce que dado el carácter del asunto, los hechos debieron haberse puesto en conocimiento del MP y no utilizarse la vía constitucional.

III. DATOS GENERALES

§. Relación procesal constitucional

La demanda de hábeas corpus es presentada por don Miguel Morales Denegri, y se dirige contra don Luis Matos Retamozo y doña Romy Kendall, médicos psiquiatras y miembros de la Dirección de Adicciones del Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado – Noguchi' y contra doña Beatriz Merino Lucero, titular de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, en este punto al Tribunal Constitucional -en adelante, TC- estima pertinente determinar con corrección y precisión los nombres de los codemandados (sus verdaderos nombres son don Luis Julio Matos Retamozo y doña Rommy Kendall Folmer) y la denominación del lugar de trabajo de estos (es el Instituto Nacional de Salud Mental 'Honorio Delgado – Hideyo Noguchi' -en adelante, INESM'HD-HN'- y, en su interior, el área de su trabajo es la Sala de Hospitalización de Adicciones -en adelante, SHA). De otro lado, si bien la demanda está dirigida de forma explícita contra la Defensora del Pueblo, por lo que debería ser considerada como una emplazada más, el petitorio contradice totalmente tal afirmación, pues de él se colige que lo que pretende el recurrente es tan sólo contar con su valiosa opinión jurídica, razón que motiva que este Colegiado la constituya en amicus curiae del presente proceso.

§. Acto supuestamente lesivo

El supuesto acto lesivo se configuraría en dos momentos distintos: uno en la forma en que fueron internados los pacientes de la SHA y otro en la manera en que dicho tratamiento intramural es llevado a cabo. Así, se asevera que no se ha contado con el consentimiento de los favorecidos y que se los ha aglutinado en una misma sala de tratamiento, haciendo convivir a pacientes adolescentes y adultos, hombres y mujeres, lo que atentaría sus derechos, sobre todo de los adolescentes internados, al compartir su hospitalización con pacientes que sufren problemas de drogadicción, y que tienen conducta y carácter violento.

§. Derechos fundamentales invocados

Sobre la base de dicho actos lesivo, el demandante considera que se han quebrantado diferentes derechos fundamentales. Entre ellos, asevera -o deja entrever- que se han violentado los derechos constitucionales a la dignidad (artículo 1°); a la igualdad ante la ley (artículo 2°, inciso 2); a la información y a la expresión (artículo 2°, inciso 4); a la libertad personal (artículo 2°, inciso 24); y a la salud (artículo 7°).

§. Petitorio constitucional

Alegando tales actos vulneratorios, y sobre la base de los derechos invocados, el recurrente solicita lo siguiente: (i) el cese de la violación y/o amenaza del derecho a la libertad personal y otros de los pacientes internados; (ii) se proceda a la restitución de la libertad personal de los pacientes que se encuentran internados; (iii) se aplique a los responsables de estas violaciones lo que establece el CPCo, a fin de denunciar los presuntos ilícitos que se estuviesen produciendo ante el MP; (iv) se respete las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos; y (v) la opinión de la DP.

§. Materias constitucionalmente relevantes

Sobre la base de tal reclamación, este Colegiado considera pertinente desarrollar diversos aspectos tanto formales como materiales con el objeto de esclarecer, de forma convincente, la finalidad constitucional del PHC. Entre estos:

- ¿Cómo debe realizarse un correcto análisis de una demanda de hábeas corpus? Por tanto,
- ¿Cuál es la naturaleza que posee, en tanto proceso constitucional de tutela urgente? En este marco,

§. ¿El objeto de un PHC tiene alguna característica especial?

§. ¿Es posible que un juez declara una improcedencia in límine?

- ¿Cómo se presenta la relación procesal dentro de él? Tomando en cuenta tal concomitancia entre estos sujetos,

§. ¿Quiénes están legitimados para presentar una demanda? Por ende,

- ¿Cualquier persona puede hacerlo? ¿Existe alguna condición especial para demandar?
- ¿Es necesario identificar plenamente a los favorecidos de su postulación?

§. ¿Contra quiénes se puede presentar?

- ¿Qué se pretende con la interposición de una demanda de este tipo?
- ¿Cómo se realiza la tutela de la salud en conexidad con la libertad individual? Esto habrá de analizarse contestando lo siguiente:

- ¿De qué forma se realiza la tutela del derecho fundamental a la salud? Sobre esta base,
§. ¿De qué forma se presenta en sede constitucional?
§. ¿Su vigencia y validez depende exclusivamente de otros derechos que lo condicionan y le dan contenido?
§. Al tener el carácter de social, ¿es posible admitir su exigibilidad directa?
§. ¿Está configurado exclusivamente como derecho-defensa? ¿O también incluye una acción concreta para su promoción?
- ¿La salud mental tiene alguna tutela especial dentro del ordenamiento constitucional? En tal sentido,
§. ¿Por qué sería admisible esta forma de protección dentro de la Norma Fundamental?
§. ¿Qué está incluida como parte de la salvaguardia de la salud mental?
§. ¿A qué se refiere la tutela que podrían requerir los problemas de perturbaciones mentales?
§. ¿Qué acciones deben realizarse tendientes a su custodia?
- ¿Cómo ha de realizarse su ejercicio dentro de un establecimiento de salud mental? Siguiendo el mandato constitucional,
§. ¿Cómo ha de presentarse la obligación de respeto de la persona?
§. ¿Qué es preferible: un tratamiento extramural o uno intramural?
§. ¿De qué forma debe darse el control de la actuación de estos establecimientos?
· ¿Cuál es la actuación que le corresponde a este tipo de establecimientos? Y en este orden de ideas,
- ¿Se requiere consentimiento previo a fin de no violentar la libertad individual de los pacientes?
§. ¿Por qué se requiere la existencia de un consentimiento informado?
§. ¿Cuáles son los supuestos de consentimiento admisibles desde el punto de vista constitucional? En tal sentido,
· ¿Cómo ha de ser en el caso de menores de edad?
· ¿Y si fuese el caso de un mayor de edad en uso de sus plenas capacidades?
· Por su parte, ¿cuál sería el procedimiento en el caso de que este mayor de edad requiriera de un curador?
· Si existiese una situación de emergencia, ¿igual sería exigible el consentimiento?
- ¿ Las condiciones en el establecimiento de salud deben ser adecuadas? ¿Podrán ser tuteladas a través de un hábeas corpus correctivo? A fin de responder tales cuestionamientos deben analizarse dos cuestiones puntuales:
§. Cuáles son los elementos mínimos que debe tener el local de un instituto de salud mental?
§. ¿Existe vulneración a los derechos fundamentales con la forma de atención intramural? Esto es revisable desde un doble punto de vista
¿La distribución de los espacios es la más adecuada?
¿Realiza una separación adecuada de hombres y mujeres y de adolescentes y adultos?
· ¿Se han conculcado otros tipos de derechos de las personas, como son los comunicativos?
· ¿Cuál es el efecto que debe tener la presente sentencia a efectos de tutelar convenientemente la libertad individual de los favorecidos? De esta manera,
- ¿Realmente se ha producido una afectación a este derecho fundamental?
- ¿Las normas emitidas por la entidad materia del cuestionamiento han sido emitidas según un parámetro constitucional?
- ¿Es posible determinar la responsabilidad penal de los codemandados y remitir los actuados al Ministerio Público?

IV. FUNDAMENTOS

1. A través de la presente sentencia este Colegiado considera conveniente reflexionar no solamente sobre las cuestiones materiales del caso concreto (internamiento de las personas con problemas de salud mental dentro de un establecimiento de salud -en adelante, EdS-, como una forma de entidad de prestación de salud [ésta es la denominación que fluye del artículo 11º de la Constitución]), sino que se va a iniciar el análisis a partir de las circunstancias especiales que éste presenta, de algunos puntos que informan y explican el carácter especial que tiene el PHC. La actuación de los juzgadores de primer y segundo grado, así como el proceder procesal por parte del recurrente, ameritan que, en primer término, se ingrese a estudiar cómo ha de concebirse correctamente el PHC, y así examinar su adecuada utilización. Este Colegiado ha considerado la necesidad de realizar ciertas actuaciones probatorias consideradas indispensables para tratar de evitar, en la medida de lo posible, la afectación de la duración del proceso [artículo 9º del CPCo]. Tomando en cuenta la actuación aparentemente apresurada que tuvo la judicatura constitucional del Poder Judicial, al declarar una inapropiada improcedencia liminar, por limitarse a resolver el caso sobre la base de los enrevesados hechos relatados en la demanda esbozada, este Tribunal buscó obtener diversos medios probatorios para suplir las deficiencias de la actuación inicial (minucioso pedido de información al INESM'HD-HN' e intervención de la DP en calidad de amicus curiae), a través de los cuales se espera emitir una sentencia acorde con el orden constitucional y referida a hechos probados en el caso en concreto, siempre en pos de la salvaguarda de los intereses de los favorecidos y su adecuado tratamiento dentro de un establecimiento de salud mental -en adelante, EdSM-.

A. SOBRE EL ANÁLISIS DE LA DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS PLANTEADA

2. Como parte del desarrollo de los conocidos procesos de la libertad o procesos de control concreto (léase, hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento y amparo, pero con énfasis en el primero de ellos), es pertinente examinar algunos aspectos que en la presente causa llaman la atención de este Tribunal por la coyuntura

extraordinaria de su desarrollo tanto en la interposición de las demanda como en la actuación judicial, sobre todo tomando en cuenta que los fines de tales tipos de procesos es la protección de los derechos constitucionales, además de la supremacía de la Constitución [artículo II del Título Preliminar del CPCo]. El PHC es en esencia un proceso de resguardo y tutela de la libertad individual o física en toda su amplitud, por representar la defensa del ius movendi et ambulandi, y su afectación no se produce sólo cuando a una persona se le priva arbitrariamente de su libertad, sino también cuando, encontrándose legalmente justificada esta medida se ejecuta con una gravedad mayor que la previamente establecida, o cuando se presentan circunstancia tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho a la libertad personal [fundamento 5 de la STC N.º 2663-2003-HC/TC]. En este marco corresponde determinar los casos en los que es plausible la declaración de improcedencia de una demanda, máxime si normativamente no se ha admitido expresamente que ésta se produzca in límine en el PHC; asimismo cómo es que este recurso debe presentarse y qué características han de cumplir los demandantes y los demandados en un PHC; y finalmente la forma cómo ha de configurarse la pretensión en este tipo de proceso.

§1. La naturaleza del proceso de hábeas corpus

3. En el caso materia de autos la jueza del Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima declaró improcedente la demanda de hábeas corpus aplicando las causales genéricas establecidas para los procesos de la libertad [artículo 5º, inciso 1) del CPCo], fundamentándose en que no se advierte "(...) en modo alguno que los Médicos Psiquiatras emplazados o la Defensoría del Pueblo hayan vulnerado el derecho a la Libertad Personal de los usuarios que se hospitalizan en la Sala de Hospitalizaciones de Adicciones del Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado – Noguchi', su petitorio no se encuentra debidamente justificado; por lo que en aplicación de lo dispuesto en el inciso uno del artículo cinco del Código Procesal Constitucional; el Quinto Juzgado Penal de Lima, DECLARA: IMPROCEDENTE EL HÁBEAS CORPUS (...)" [Sentencia de primer grado (fs. 15 del Expediente)]. A partir de tal afirmación, este Colegiado procederá a delimitar la enunciación acertada del PHC y así determinar la validez de una decisión de este tipo.

a. ¿Cuál es el objeto de un proceso de hábeas corpus?

4. Según la Norma Fundamental, el PHC procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos [artículo 200º, inciso 1) de la Constitución]. Por tanto, siendo el PHC un mecanismo procesal expeditivo, sumarísimo y de tutela urgente que protege la libertad personal y derechos conexos a ella [entre otros, aquellos previstos en el artículo 25º del CPCo], su ámbito de protección como garantía constitucional no puede ser, bajo ningún supuesto, desnaturalizado. En lo referente a la finalidad del PHC conviene reflexionar brevemente sobre si con su actuación el aludido juez a quo ha respetado el cometido asignado al PHC en sede constitucional, en tanto garantía procesal de los derechos fundamentales de la libertad individual, o si por el contrario la ha alterado de manera sustancial. Mediante su formulación se preserva uno de los bienes jurídicos indispensables más importantes para el Estado social y democrático de derecho, cual es la libertad física o locomotora.

5. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, CIDH-, el PHC es una garantía indispensable para la protección de distintos derechos que cumple con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, siendo esencial la función que cumple como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes [Opiniones Consultivas OC-8 y OC-9 de la CIDH, del 30 de enero y 6 de octubre de 1987, sobre El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)]. El PHC se encuentra reconocido en la Constitución y, como tal, constituye un proceso jurisdiccional extraordinario, caracterizado por su eficacia y tutela urgente, que tiene por finalidad la protección de la libertad personal, así como derechos conexos a ésta.

6. Como se aprecia, hoy en día el PHC se configura como proceso constitucional indispensable para la protección de la libertad individual, así como -y esto también es de relevancia- para la protección de otros derechos fundamentales conexos a aquella como son la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y tal como se expondrá más adelante, incluso la salud de las personas, sobre todo en caso de aquellos que sufren problemas de enfermedades mentales. La dimensión tutelar del PHC exige al juez constitucional no una función pasiva o formalista sino por el contrario una actuación expeditiva y apremiante que, sostenida en la vocación de protección de bienes constitucionales tan preciados, identifique adecuadamente el fundamento o la razón de una demanda, así como los derechos afectados, de modo tal que pueda prevenir su vulneración o de ser el caso reparar con la mayor prontitud la afectación que se estuviera produciendo.

7. En el presente caso, al declarar la improcedencia de la demanda el juez de primer grado no ha identificado correctamente los derechos fundamentales que podrían verse afectados, ni ha realizado una visita de inspección para verificar tanto el estado en el que se encontraban los favorecidos como el sistema de clasificación que tenían estos al interior del nosocomio, con lo cual ha desnaturalizado la finalidad del PHC, como cuando, por ejemplo, sin recabar información sobre la actuación del INESM'HD-HN', señala que "(...) dada la naturaleza de la enfermedad que los aqueja, muchas veces los pacientes tienen una representación distorsionada de la realidad

por lo que mal podría pedírseles su consentimiento al respecto (...)" [Sentencia de primer grado (f. 15 del Expediente)], afirmación que no tiene sustento fáctico alguno y que hace una presunción, casi iure et de iure, sobre el tratamiento que a su entender deberían recibir los favorecidos de parte de los codemandados.

b. La improcedencia in límine de los procesos de hábeas corpus

8. En cuanto a la interpretación del supuesto de aplicación de la improcedencia cuando el petitorio o los hechos de la demanda del PHC no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido -en adelante, CCP- del derecho fundamental invocado [artículo 5º, inciso 1) del CPCo], cabe precisar que en reiterada jurisprudencia el TC ha hecho uso de esta causal de improcedencia cuando, luego de identificar adecuadamente la causa petendi del demandante, estima, entre otros aspectos, que resulta manifiesta su intención de que el PHC, lejos de orientarse a invalidar las afectaciones del derecho a la libertad individual y sus derechos conexos, tiene por objeto subrogarse en las funciones del juez penal en la determinación de la responsabilidad penal como consecuencia de la actuación, ponderación y valoración de los hechos y los medios probatorios válidamente ofrecidos en un proceso [fundamento 4 de la STC N.º 9746-2005-PHC/TC]. No cualquier reclamo que alegue a priori la contravención de tales derechos, puede dar lugar a la interposición o amparo de una demanda de hábeas corpus, pues para ello debe analizarse previamente si los actos reclamados afectan el CCP de los derechos presuntamente vulnerados [fundamento 2 de la STC N.º 03269-2007-PHC/TC]. Pero, ¿es posible encontrar un CCP en la libertad individual? ¿o su salvaguarda incluye todo su contenido?

9. Según se acaba de presentar, la norma mencionada de improcedencia se presenta como disposición general y es preciso señalar que a lo largo de la jurisprudencia emitida por este Tribunal, las causales de improcedencia del CPCo han sido aplicadas en su mayoría a los procesos de amparo, de cumplimiento y de hábeas data, y no tanto al PHC. Pero, en el caso, la sentencia de primera instancia consideró pertinente declarar improcedente in límine la demanda planteada, por lo que corresponde determinar si la actuación del juez fue correcta según los fundamentos precedentes. No correr traslado de la demanda ni indagar sobre los hechos por considerar que no hubo afectación a la libertad individual no puede considerarse una actuación debida de parte de la judicatura constitucional. Justamente, retomando las características especiales del PHC, no cabría poder plantearse la existencia de una improcedencia liminar. Sin embargo, existen algunos supuestos específicos que el propio juez constitucional debe explicar en su sentencia, por lo que habrá de argumentar con claridad por qué llega a tal conclusión. El PHC no podrá prever aquellos supuestos que no estén íntimamente ligados a la libertad individual o los derechos conexos a ella. Por tanto, fuera de estos supuestos, el juez constitucional declarará la improcedencia liminar de la demanda cuanto ocurran algunos presupuestos procesales específicos que se explican.

10. Tomando en cuenta lo que se ha expresado sobre sus características, el PHC que se interponga debe ser analizado con detenimiento y prudencia por el juez para que se logre una verdadera tutela de la libertad individual. A raíz de ello se puede señalar que, a partir de la jurisprudencia emitida por este Colegiado, la libertad individual en principio sólo puede ser salvaguardada en su totalidad, y no por estancos ni por ámbitos. Por ello, no es exacto hablar en estricto de un CCP en el caso de este derecho fundamental, toda vez que todo él parece merecer defensa a través del PHC. No sucede lo mismo con los derechos conexos con ella, pues estos deben ser analizados en cada caso concreto, decidiéndose, en determinadas situaciones, si el derecho conexo admite un CCP, como puede ser el caso especial de la tutela procesal efectiva [artículo 4º del CPCo]. Pero en general no puede expresarse prima facie cuál es el contenido abstracto de un derecho protegido vía PHC, por lo que es válido afirmar que más conveniente sería aplicar, en el caso de este tipo de proceso constitucional específico, la figura del CCP de manera casuística, porque su naturaleza indica que avocarse a una definición absoluta podría ser perjudicial para una real tutela de los derechos fundamentales involucrados, lo que desvirtuaría los fines de los procesos constitucionales [artículo II del Título Preliminar del CPCo].

11. Para hacer efectivo el análisis de la causal de improcedencia señalada, conviene encontrar, dentro de sus diversos sentidos interpretativos, uno que resulte de aplicación en el PHC, sobre todo con relación a los derechos conexos. Esta forma de interpretación puede efectuarse en tres pasos de evaluación conjunta: (a) Paso 1.- Identificar el derecho o derechos fundamentales susceptibles de tutela por el PHC: En este caso, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son cuestionados. En esta actividad el juez, conforme a la obligación constitucional de protección de los derechos fundamentales, debe dejar de lado aquellas interpretaciones formalistas y literales sobre los derechos presuntamente afectados para dar paso a la búsqueda e identificación de aquellos otros derechos y bienes constitucionales que si bien no han sido mencionados expresamente en la demanda, son plenamente identificables desde una lectura atenta de los hechos contenidos en la demanda. En esta última acción resulta importante identificar, además, la 'relación de conexidad' entre lo que un demandante alega en general y aquel otro derecho fundamental cuya vulneración se desprende de la demanda. (b) Paso 2.- Identificar la pretensión del demandante: El juez constitucional del PHC debe realizar un examen, que se circunscribirá a la revisión de la demanda y los hechos que en ella se alegan, de modo tal que se logre identificar correctamente la real pretensión del demandante. Si bien en este paso resulta fundamental lo que se alega, el juzgador, atendiendo a la búsqueda de una efectiva vigencia de los derechos fundamentales, debe ir más allá de lo expresado por el accionante y proceder al reconocimiento la pretensión vinculada con la afectación de derechos susceptibles de

protección mediante el PHC. En esta labor el principal límite a esta actividad del juez se encuentra en la mencionada 'relación de conexidad' que debe existir entre lo identificado por el juez y lo alegado por el demandante. (c) Paso 3.- Vincular la pretensión con el CCP de un derecho fundamental susceptible de tutela por el PHC: El juez constitucional deberá analizar si la real pretensión del demandante es una que protege alguno de los CCP de los derechos fundamentales que se ha identificado como susceptibles de protección mediante el PHC. Si la pretensión del demandante no busca proteger tal contenido, la demanda debe ser declarada improcedente. Pero si la pretensión sí busca proteger tal contenido entonces se habrá superado esta primera etapa de evaluación sobre la procedencia de la demanda [artículo 5º, inciso 1) del CPCo], de modo que con posterioridad, en una etapa que se podría denominar 'de fondo', se verificará la acreditación de la vulneración del derecho a la libertad individual o derecho conexo a ésta mediante la revisión de los medios probatorios obrantes en autos. Evidentemente, este último paso exige que el juez constitucional del PHC deba conocer previamente cuál es el CCP del derecho o derechos fundamentales que se presumen vulnerados.

12. En el caso de autos la fundamentación del juez a quo con relación a la aplicación de esta norma procesal constitucional resulta desacertada pues al establecer que se ha evidenciado que los emplazados no han vulnerado el derecho a la libertad personal de los internos del aludido nosocomio y que el petitorio del demandante no se encuentra debidamente justificado, ha efectuado un análisis de fondo que es posterior a la previa identificación sobre si la causa petendi del demandante protege algunos de los contenidos de la libertad individual o derechos conexos a ésta, sobre todo en referencia a la salud de los favorecidos. Teniendo en cuenta que en el presente caso se ha sostenido la afectación de un conjunto de derechos fundamentales susceptibles de protección mediante el PHC, conviene, seguidamente, analizar el CCP del derecho fundamental a la libertad individual.

13. Al analizar los hechos vulnerados alegados en la demanda, este Colegiado puede advertir que la pretensión principal está dirigida a cuestionar la forma en que las personas con problemas de salud mental con adicciones se encontrarían privadas de la libertad, es decir en contra de su voluntad por no haber brindado su consentimiento para su internamiento en el EdSM, tema íntimamente relacionado con el derecho a la salud y componente básico del CCP de la libertad individual, al igual que contar con un ambiente adecuado como parte de tal hospitalización, pues al conllevar un respeto a la integridad de los pacientes también se estaría poniendo en riesgo los derechos tutelados por el PHC.

§2. La relación procesal en el PHC

14. Determinada la competencia de un juez constitucional para analizar el presente PHC por no incurrir en ninguna de las causales de improcedencia previstas en el CPCo, sobre todo relacionadas con la libertad individual, corresponde avanzar aún más en las consideraciones del hábeas corpus planteado. Como todo proceso, el PHC refleja una relación procesal existente entre una parte demandante y una parte demandada, aunque por excepción también otros sujetos procesales podrían incorporarse. Justamente, en el caso concreto se puede observar algunas cuestiones particulares y especiales que poseería la figura del demandante, sobre todo en lo relativo a la indicación de los favorecidos, además de la fijación de quiénes habrían de entenderse como codemandados.

a. Legitimación activa

15. La figura de la legitimación activa está referida a especificar quién está autorizado a interponer una demanda en un determinado proceso. No necesariamente la afectación de un derecho fundamental tendría que estar relacionada con el mismo accionante y ser tributario del principio aquél que habilita a que únicamente sea el titular del derecho el facultado a interponer la demanda si es que se siente o alegue sentirse perjudicado por un acto u omisión de autoridad, funcionario o persona que estaría violentando su derecho. Existen, por ende, supuestos en que normativamente se le ha reconocido esta atribución a personas distintas a los titulares de los derechos conculcados. Los alcances de la legitimación activa difieren según se trate de un proceso judicial ordinario o de un proceso constitucional. En el primero de ellos la demanda será admitida únicamente si quien la presenta es la persona titular del derecho que está en juego, o su representante, pero, ¿qué es lo que sucede en los procesos constitucionales? En esta clase de procesos, específicamente en el PHC, el legislador ha considerado que al tratarse de un proceso en el que se tutela uno de los principales derechos que posee el ser humano, como es el de la libertad individual, es necesario brindar todas las facilidades para evitar cualquier tipo de impedimento a la hora de reclamar la restitución del mencionado derecho fundamental. Así, en la normatividad procesal constitucional se ha establecido que la demanda puede ser interpuesta tanto por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación, como por un órgano constitucional como la DP, sin requerir firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad [artículo 26º del CPCo].

i. Actio popularis

16. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el carácter especial del PHC, la nota diferenciadora de la legitimidad activa se determina por el hecho de que cualquier persona, sin necesidad de acreditar ningún tipo de representación puede interponer una demanda de hábeas corpus a favor de otra persona que se encuentre privada de su libertad individual o afectada en alguno de sus derechos conexos. Al referirse a cualquier persona, el CPCo no hace distinciones entre si éstas son naturales o jurídicas, por lo que las personas jurídicas también pueden accionar en un PHC, tal como ocurriría con una asociación civil, por ejemplo. Incluso, en el caso de autos, es un ciudadano que pertenece a una Organización No Gubernamental (persona jurídica de derecho privado) quien se encuentra promoviendo el

PHC. Merece la pena resaltar que a diferencia de lo que acontece con el PHC, en el proceso de amparo sólo es el afectado el que puede interponer la demanda, es decir, ejercer su derecho a la acción [artículo 39° del CPCo], siendo por ende el exclusivo representante de la llamada legitimidad ad causam.

17. Pero en el caso del PHC, la amplitud de esta facultad para demandar, o actio popularis, se debe primordialmente a la naturaleza del proceso, que como se mencionara, tiene como objetivo principal reestablecer el derecho a la libertad individual de la persona. En tal sentido, al tratarse de un proceso de tutela urgente, es lógico que se prevea la posibilidad de que otras personas puedan reclamar la restitución del derecho, dado que en muchos casos la persona agraviada se encontrará imposibilitada de accionar por sí misma. Asimismo, el hecho de que cualquier persona pueda interponer una demanda en un PHC se justifica en que a través de dicho proceso no se tutelan sólo los derechos de la persona agraviada sino también el interés de la sociedad en general. Conviene precisar que la amplitud de la legitimación activa en los PHC va de la mano con el principio de antiformalismo o antiritualismo de los procesos constitucionales, conforme al cual en este tipo de proceso constitucional se exime al demandante de cumplir las formalidades que normalmente están presentes en cualquier otro proceso, en virtud al mencionado carácter de tutela urgente del que está revestido el PHC y debido a la relevancia de los bienes jurídicos que protege.

18. De otro lado, conjuntamente con la actio popularis, se reconoce a la DP legitimidad activa en los PHC [artículo 26° del CPCo]. Ello concuerda con lo que se ha establecido respecto a las funciones del Defensor del Pueblo, al estar facultado para interponer demandas en los PHC, entre otros tipos de procesos constitucionales, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad [artículo 9°, inciso 2) de la Ley N.° 26520, Ley Orgánica de la DP]. El sustento para conferirle legitimación activa a la DP (legitimación ad processum) en los PHC radica en que el referido órgano constitucional es el representante de la sociedad, por lo que el solo hecho de que se vulneren los derechos constitucionales de alguno de sus miembros habilita al Defensor del Pueblo para actuar, tácitamente, en su lugar. Es menester recordar que en el presente proceso existe una intervención de la DP, pero no como emplazada (pese a que así está planteada en la propia demanda), y menos aún como recurrente (no ha sido ella quien ha accionado para la tutela de los derechos de los favorecidos), sino a través de la institución del amicus curiae.

ii. Individualización de favorecidos

19. Hay un punto adicional a explicar, sobre la base de lo pretendido por el recurrente: "Solicito el cese de la violación y/o amenaza del derecho a la libertad personal y otros de los pacientes que se encuentran internados en la sala de hospitalización de adicciones del referido instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado - H. Noguchi'" [Demanda (f. 1 del Expediente)]. Justamente, a fin de sustraerse de emitir pronunciamiento sobre el requerimiento específico planteado por el accionante, la Segunda Sala Penal de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima señaló que "(...) la demanda de hábeas corpus puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación, es decir se requiere para tales efectos de la individualización de la o las personas perjudicadas; que del caso materia de grado (...) se tiene que la demanda no cumple con el presupuesto antes mencionado (...) por lo que no puede pretenderse de manera genérica atribuirse a los accionados la violación del derecho a la libertad de los pacientes que ingresen a dicho nosocomio en los que se les brinda atención a su salud (derecho a la salud) cuando ni siquiera han expresado caso concreto alguno" [Sentencia de segundo grado (f. 32 del Expediente)]. De esta forma conviene que el TC se manifieste sobre la exigencia de individualización de las personas supuestamente afectadas dentro de la demanda de hábeas corpus, por ser éste el segundo de los temas donde es cuestionable la decisión de la judicatura constitucional en sede judicial (como ya se mencionó se refiere a la actuación del juez de primer grado que declara la improcedencia in límine por no haberse afectado el CCP de los derechos tutelados por el PHC).

20. A diferencia de los procesos ordinarios y debido a la naturaleza especial del PHC, en este proceso no existe necesidad de establecer de manera individualizada quiénes son los beneficiarios, pues en muchos casos tal personalización podría suponer una demora ilógica en el inicio del trámite del proceso, generando de este modo la irreparabilidad del agravio, máxime si el juez debe realizar las acciones pertinentes sobre la base del principio de dirección e impulso del proceso y del principio pro actione [artículo III del Título Preliminar del CPCo]. En ese sentido, tal como ocurre en el presente caso, será suficiente que el juez constitucional cuente con los elementos mínimos que le permitan determinar con posterioridad la individualización de los beneficiarios del PHC. No es necesario que los favorecidos en una demanda de hábeas corpus sean personas 'determinadas', sino que basta con que sean 'determinables'.

21. Sobre el particular resulta pertinente precisar que este Colegiado ha sostenido que el carácter antiformalista del PHC permite que sea suficiente que un accionante pueda postular su demanda sobre la base de elementos de juicio que, indiciariamente, denoten la verosimilitud de los hechos que supuestamente agravian sus derechos constitucionales [fundamento 1 de la STC N.° 2744-2002-HC/TC]. En ese orden de ideas nada obsta para que, como ocurre en el caso sub exámine, se plantee la demanda mencionando un grupo indeterminado de beneficiarios, pues que con futuras actuaciones judiciales es plausible la identificación de los favorecidos y comprobar la veracidad de los hechos alegados

22. Es así como se pondrá de manifiesto la relevancia de la actuación del juzgador y su rol activo en el proceso, pues él mismo está facultado para ordenar las diligencias necesarias tendientes a obtener los elementos que le

servirán para sustentar su decisión. De esta forma, cuando no se hubiese determinado de modo preciso quién es el beneficiario del PHC, el juez podrá ordenar una inspección judicial y constituirse en el lugar de los hechos a efectos de establecer, de manera específica, quiénes son los agraviados y las condiciones en que estos se encuentran. Esta especial situación se encuadra, por ejemplo, en los casos relativos al PHC correctivo.

23. En el caso concreto se puede advertir que a inicios de abril de 2008, el SHA contaba con veintiún pacientes internados, de los cuales diecisiete eran hombres y cuatro mujeres, dentro los cuales se encontraban cinco adolescentes [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 361 del Cuadernillo del TC)]. De otro lado, al ser los favorecidos enfermos mentales y adictos recluidos en un EdSM, el objetivo principal del PHC no será necesariamente lograr la libertad de dichas personas sino modificar cualquier situación que suponga la violación de su integridad física, y es que a pesar de no estar identificados de forma personal, pueden ser individualizados mediante la actuación del juez.

b. Legitimación pasiva

24. De otro lado cabe preguntarse si en el PHC debe existir una persona directamente relacionada con la demanda planteada, o si por el contrario basta con la alegación de la vulneración de un derecho fundamental como es la libertad individual o uno conexo a ella para que el juzgador empiece a actuar. El PHC, a diferencia de lo que sucede con el resto de procesos constitucionales de libertad, es viable que se rija, en ciertas ocasiones, por el principio de unilateralidad, pues incluso podría de dejar de mencionarse el supuesto agresor del derecho, tomando en consideración la protección objetiva de los derechos fundamentales y la preeminente protección de la que goza la libertad individual. Ahora bien, esta unilateralidad solamente se podrá dar cuando exista una imposibilidad material de quien plantea la demanda de conocer el verdadero o el supuesto responsable de la violación del derecho invocado.

25. Se debe entender además que según el propio CPCo [artículos 29 y ss. del CPCo] el juez tiene la capacidad de investigar el caso y es allí donde podría claramente establecerse la responsabilidad de quien, tras las indagaciones correspondientes, es el que tiene la legitimación pasiva en el PHC, la cual quedará claramente determinada en la sentencia que se emita. Sin embargo, para una mejor actuación judicial es preciso que el actor, en la medida de sus posibilidades, pueda plantear con claridad su demanda con la indicación de quiénes son los demandados y por qué lo son, a efectos de evitar el libre señalamiento de personas ajenas al acto vulneratorio, pues ello comportaría una mala interpretación del principio de unilateralidad antes expuesto.

26. Es oportuno acotar que cuando el CPCo analiza el PHC no expresa con claridad, a diferencia de lo que sucede con los demandantes, quiénes pueden tener la calidad de demandados. Pero es la propia Norma Fundamental la que señala que puede ser emplazada cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o derechos conexos [artículo 200°, inciso 1) de la Constitución; algo similar, artículo 2° del CPCo]. De este dispositivo se desprende que quien(es) ha(n) violentado alguno de los derechos protegidos por el PHC posee(n) la legitimación pasiva dentro del mismo, y la demanda debe ser dirigida contra él(los).

27. La identificación correcta del demandado en el PHC importa lo que se ha venido a llamar la 'eventualidad de la defensa', según la cual el ordenamiento se pregunta si tiene razones suficientes para oponerse a lo requerido en la demanda. Ahora bien, no es posible olvidar que la incorporación del principio de audiatur et altera pars al caso del PHC debe ser visto con la limitación o las características propias que este tipo de proceso constitucional posee. La protección objetiva de derechos fundamentales, como sustento de los procesos constitucionales, invita a que en algunos temas pueda resolverse tan solo con la investigación judicial y con la declaración indagatoria de los demandados. Frente a ello, cuando se desarrollan los trámites de las demandas de amparo, por ejemplo, se deja claramente establecido que habrá contestación [artículo 53° del CPCo]; por su parte, en el PHC se insiste en la dirección judicial del proceso del juez constitucional [artículo III del Título Preliminar del CPCo], a través del cual deja a su discrecionalidad posibilitar la defensa por parte del accionado [artículos 30° y ss. del CPCo]. Pese a ello, no sería ilógico que dentro del PHC pueda correrse traslado de la demanda, permitiendo al accionado contestarla, y es que si bien no lo contempla, la normatividad procesal constitucional tampoco lo impide, y si es necesaria para la resolución del caso planteado, el juez podría solicitarla al demandado. Ahora, el hecho de que no se dé la contestación respectiva, si es que el juez lo considera pertinente y en virtud de la urgencia de la tutela de derechos, puede satisfacerse con una intervención de defensa por parte del demandado. El carácter perentorio e ineluctable del PHC así lo sugiere.

28. En el caso concreto el recurrente plantea la demanda en el PHC de autos señalando lo siguiente: "(...) interpongo Proceso de Hábeas Corpus contra el Sr. Luis Matos Retamozo, y contra la Sra. Romy Kendall, ambos médicos psiquiatras, miembros de la dirección de adicciones del Instituto de Salud Mental 'Honorio Delgado-Noguchi', perteneciente al Ministerio de Salud (...)"[Demanda (f. 1 del Expediente)]. Ello quiere decir que, a entender del accionante, ambos médicos serían los responsables de la vulneración de los derechos de los favorecidos, es decir de su libertad individual y derechos conexos. Tal como ya fuera señalado, en virtud de los principios de aformalismo procesal, de dirección judicial del proceso y de impulso de los procesos [artículo III del Título Preliminar del CPCo], este Colegiado ha estipulado que los nombres correctos de los accionados son los siguientes: don Luis Julio Matos Retamozo y doña Rommy Kendall Folmer [así está expresamente señalado en la página web de la institución hospitalaria: http://www.minsa.gob.pe/INESMHDHN/cmmiembrosactv.htm], y no como están indicados expresamente en la demanda citada, por lo que fue con tales nombres como se realizó en su momento una

solicitud de requerimiento de información al INESM'HD-HN' [Pedido de información (f. 7 del Cuadernillo del TC)].

29 Cabe indicar asimismo que ambos codemandados se desempeñan dentro de dicho EdSM: el primero como Sub Director y Jefe de Hospitalización (evalúa la condición de paciente según información contenida en la historia clínica y determina si el estado el paciente reúne los criterios para su hospitalización; realiza el internamiento o reinternamiento de pacientes que cumplan con criterios de hospitalización; realiza visitas médicas en la SHA; supervisa las disciplinas coadyuvantes la evolución del paciente, registra el formulario de admisión para hospitalización; realiza la Junta de Admisión con familiares del paciente, y brinda indicaciones verbales y escritas a paciente y familiares en el egreso para el mejor manejo del paciente en su casa); la segunda como Directora Ejecutiva (realiza reuniones de coordinación, asistencial y administrativa semanal con el Jefe de Hospitalizaciones y personal médico) [Informe sobre médicos psiquiatras, como parte del Informe N.º 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (f. 27 del Cuadernillo del TC)].

30. De otro lado, tomando en cuenta los yerros percibidos a lo largo del proceso de autos en sede constitucional-judicial, ha de precisarse que el nombre exacto del EdS donde los codemandados desarrollan las actividades sometidas a cuestionamiento constitucional es el INESM'HD-HN', y dentro de él ha de señalarse que el área donde su trabajo es desplegado es la SHA, la cual fue creada el 2 de abril de 2001 y que cuenta con veintitrés camas para la atención intramural de los pacientes [Carta remitida por el director general del instituto, como parte del Informe N.º 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (f. 15 del Cuadernillo del TC)], y que ha albergado a doscientos sesenta y un personas entre marzo de 2006 y diciembre de 2007 [Relación de pacientes, como parte del Informe N.º 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (f. 18, ss. del Cuadernillo del TC)].

31. De otro lado, y como también fue señalado, llama la atención que se emplace con la demanda a una persona que no tiene nada que ver con la situación descrita por el recurrente. En efecto, ésta ha sido dirigida también contra "(...) el defensor del Pueblo, Dra. Beatriz Merino Lucero en la persona de su procurador (...)" [punto 1 de la demanda (f. 1 del Expediente)]. De tal emplazamiento habría que entender que la Defensora del Pueblo también sería responsable de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales alegados. Sin embargo, como ha sido expresado con nitidez al inicio de la presente sentencia, es el propio recurrente quien ha manifestado que tan sólo requiere su opinión jurídica.

32. Es decir, no está planteado que se determine responsabilidad alguna de esta persona, sino por el contrario, lo que se pretende es a la emisión de un dictamen sobre lo que estaría sucediendo en el señalado ISM, por lo que no puede entenderse a doña Beatriz Merino Lucero como parte del proceso. No obstante ello, según la propia normatividad procesal, es posible constituir como amicus curiae a una persona o a una institución cuando puedan ayudar a los jueces constitucionales a esclarecer aspectos especializados que surjan del estudio de los actuados [artículo 13º-A del Reglamento Normativo del TC; al respecto, también STC N.º 7435-2006-PA/TC], máxime si los poderes públicos pueden ser requeridos por este Tribunal para otorgar informes y documentos que considere necesarios para la resolución de los procesos que correspondan [artículo 119º del CPCo]. Un 'amigo de la Corte' se materializa con la participación de terceros ajenos al proceso a fin de ilustrar a los jueces sobre aspectos técnicos de alta especialización, que eventualmente habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final.

33. Por tal razón este Colegiado decidió constituir a la DP, representada en la persona de doña Beatriz Merino Lucero, en amicus curiae en el presente proceso [Resolución del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2008 (f. 343 del Cuadernillo del TC)], a fin de que pueda presentar informes e ilustrar sobre la realidad de la salud mental en el país. En esta misma línea se encuentra el avocamiento de la DPcuando, a través del Primer Adjunto (e), señala que su pronunciamiento tiene por finalidad aportar al presente proceso constitucional elementos que coadyuven en su labor jurisdiccional y así garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales tanto de las personas a las que pretende proteger en el caso de autos, como de los pacientes con tratamiento por adicción en general, por advertirse a partir de su análisis la existencia de una problemática que afecta a la colectividad que utiliza los servicios públicos de salud para el tratamiento de trastornos mentales, como es la adicción [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 348 y 349 del Cuadernillo del TC)].

34. Entonces, es imprescindible un amplio conocimiento sobre la salud mental, tanto desde la perspectiva de la ejecución de las políticas públicas como desde la constatación de la realidad. Un amicus curiae se justifica cuando se trata de la protección de ciertos derechos que por su propia naturaleza pueden ser objeto de distintos enfoques científicos, como son la salud en general, y la mental en específico. Caso contrario se podría llegar a una decisión injusta, contraria al principio-derecho de dignidad de la persona humana. Por tal razón, el TC considera que la intervención del DP será un instrumento procesal al servicio de una protección eficaz de los derechos en juego, como es en el presente PHC los relacionados con la libertad individual de los favorecidos.

§3. La pretensión en el PHC

35. Si bien es importante el análisis de los componentes del PHC, en el caso de autos también lo es analizar qué se está solicitando en específico, toda vez que tal determinación es la que orienta la actuación de este Colegiado. Por tanto, corresponde establecer los puntos controversiales a ser desarrollados en el caso de autos y es necesario, utilizando el principio del iura novit curia [artículo VIII del Título Preliminar del CPCo], aplicar con corrección el derecho ajustado a los hechos planteados, resguardando de la mejor manera posible los

derechos de los favorecidos, siempre en referencia a la defensa de su dignidad personal.

36. El TC es categórico al afirmar que lo único que puede solicitarse a través de una demanda de hábeas corpus es la tutela de derechos fundamentales específicos, exclusivamente de la libertad individual, y cabe asimismo la posibilidad de ampliarse a derechos conexos a ella. Según la Constitución, a través del PHC se custodian también derechos fundamentales conexos a la libertad personal [artículo 200°, inciso 1) de la Constitución], es decir, no puede ser competente un juez en un PHC para analizar la vulneración de un derecho (con violación concreta o con amenaza de ella) si es que tal vulneración no está en relación directa con el derecho-zócalo de este proceso constitucional, cual es la libertad individual. La conexidad, por ende, no puede ser vista de manera abstracta entre los derechos fundamentales, sino bajo las circunstancias específicas de un caso concreto, tal como se observa en el presente cuando se cuestiona el mecanismo de internamiento en un EdSM de los pacientes en él hospitalizados.

37. La tutela promovida a partir del PHC, a partir de la defensa de la libertad individual de los favorecidos, se prolonga ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan en ciertos establecimientos e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran en entidades públicos o privados. En tal sentido, es inadmisible aceptar el patrocinio de un derecho distinto a la libertad individual a través del PHC si es que no existe un grado razonable de vínculo y enlace con él, tal como lo ha expresado el TC [fundamento 6.h de la STC N.° 2663-2003-HC/TC; también, fundamento 4 de la STC N.° 2262-2004-HC/TC] y la CIDH [Opinión Consultiva OC-9/87 N.° 29: derechos en correspondencia con la libertad personal].

38. El análisis principal en un PHC ha de centrarse en los temas relativos a la libertad individual, con una posible vulneración directa o indirecta a través de derechos conexos. En el presente proceso, ergo, conviene estudiar la cuestión del tratamiento intramural de las personas de la SHA del INESM'HD-HN' en una doble faceta: reparadora y correctiva. Si bien en ambos supuestos estaría en juego la libertad individual, también lo estaría la salud de las personas, en tanto derecho fundamental conexo a ella -en este caso-, tanto así que el siguiente acápite de la sentencia que se está emitiendo versará sobre su contenido constitucional. Cuando se plantea conexidad en un proceso constitucional de este tipo, la relación entre los derechos involucra dos acciones distintas de análisis por parte del juez constitucional. En primer lugar, debe examinarse la violación o amenaza de violación del derecho conexo según los condicionamientos de la pretensión existente en la demanda. Recién, en un segundo término, deberá verse cómo tal pretensión está en consonancia con la aducida vulneración de la libertad individual y estaría atentándola. La conexidad, entonces, no puede ser vista de manera abstracta entre los derechos fundamentales, sino bajo las circunstancias específicas del caso concreto.

39. En la demanda de autos la violación de la libertad individual está íntimamente relacionada con la violación del derecho fundamental a la salud de los favorecidos dentro del la SHA del INESM'HD-HN', aunque tampoco puede negarse la existencia de vinculación con otros derechos fundamentales, sobre todo con la integridad personal. Con relación a la salvaguardia del derecho a la salud, se conoce que la vía procesal adecuada habría de ser el amparo [artículo 37°, inciso 24) del CPCo]. Sin embargo, la interrelación entre este derecho y la libertad personal es innegable, más aún en casos relativos a problemas o desórdenes de salud mental, hecho que motiva que la propia Organización de Naciones Unidas -en adelante, ONU- haya señalado que no es admisible someter a algúnpaciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria salvo con arreglo a los procedimientos aprobados por la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros, sin prolongarse más allá del período estrictamente necesario para alcanzar tal propósito, siempre que se realice en condiciones dignas y bajo el cuidado y la supervisión inmediata y regular de personal calificado [Décimo Primer Principio Fundamental, punto 11 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental -en adelante, PPEM-, emitida por la Asamblea General de ONU, a través de la Resolución 46/119 de fecha 17 de diciembre de 1991]. Es válido recordar que este Tribunal ya ha señalado la integralidad e indivisibilidad entre ambos derechos dentro de un PHC [fundamento 42 de la STC N.° 1317-2008-PHC/TC].

40. La correlación de la tutela vía PHC de la libertad personal y de los derechos conexos (salud, en especial), en el caso planteado es visible en dos ámbitos específicos. (a) En primer término, elinternamiento impropio de una persona en un centro hospitalario puede ser considerado como una vulneración a la libertad individual. Y justamente éste uno de los ámbitos en el que este Colegiado debe pronunciarse a través del presente PHC, que se presenta como uno reparador, al alegarse que no se cuenta con el consentimiento debido. (b) De otro lado, las condiciones inadecuadas de atención de los EdS no estarían acordes con el respeto que corresponde a la dignidad de la persona, aspecto del derecho a la salud también relacionado directamente con la libertad individual, protegiéndose así uno de los supuestos en que el PHC opera, en tanto se presenta como uno correctivo, al buscar que las condiciones en que una persona se encuentra y que sufre restricciones de libertad no contravengan el respeto de su integridad y respeten unas condiciones mínimas de vida.

41. La libertad individual que se desea salvaguardar a través del presente PHC, entonces, está en íntima relación con el internamiento y la retención de pacientes en establecimientos de salud mental [Informe Defensorial 'Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental'. Informe N.° 102, emitido por la DP en Lima, 2005]. Estos temas han sido puestos de relieve

por el recurrente cuando plantea la demanda y señala que las circunstancias que rodean el internamiento de los favorecidos no es apropiada para un paciente con problemas de adicciones. De esta forma, en la presente sentencia se evaluará la vigilancia a la salud de las personas que se encuentran hospitalizadas, con especial énfasis en las que se encuentran en un EdSM, como es el caso del INESM'HD-HN'.

B. SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON LA LIBERTAD INDIVIDUAL

42. Dado a que en el caso de autos la parte demandante aduce que los pacientes hospitalizados son víctimas de maltrato físico y psicológico, resulta pertinente analizar los alcances del derecho fundamental a la salud, así como los lineamientos que deben tenerse en cuenta en todo centro de salud que tenga a su cargo pacientes con problemas de trastornos mentales, y siempre en atención a su conexidad con la protección de la libertad individual de los favorecidos en el PHC de autos.

§1. El artículo 7° de la Constitución y la tutela constitucional de la salud

43. En la Norma Fundamental se ha preceptuado de forma sucinta que "Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa" [artículo 7° de la Constitución], párrafo que se ve complementado con algunos más que explican elementos específicos del derecho fundamental. Aún más, cabe mencionar que la transformación de una disposición constitucional en una verdadera norma constitucional, como parte de un proceso interpretativo constitucional, requiere de los instrumentos internacionales para poder darle su verdadero sentido y significación, tanto así que deben ser entendidos de acuerdo al contenido de aquellos [Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del CPCo], en una línea de 'conformidad' y no necesariamente de 'uniformidad' a fin de que siempre prime una interpretación pro hómine [fundamento 63 de la STC N.° 3081-2007-PA/TC]. Por tal razón, es imposible entender lo que significa un derecho como el de la salud si no se le analiza a la luz de los instrumentos internaciones que ponen énfasis en el mayor disfrute posible de su ejercicio [artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos -en adelante, DUDH-; artículo 12°, punto 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -en adelante, PIDESC-; artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -en adelante, DADDH-].

a. La salud como derecho fundamental

44. El derecho fundamental a la salud involucra la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación [fundamento 12 de la STC N.° 1429-2002-HC/TC; en la misma línea, STC N.° 2016-2003-AA/TC y STC N.° 1956-2004-AA/TC]. El goce de un estado psicosomático pleno es unacondición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo que puede llegarse a conseguir a través del ejercicio del derecho a la salud, toda vez que implica la imposibilidad de que se afecte o menoscabe su esfera de protección, al presentarse como un típico derecho reaccional o de abstención [fundamento 8 de la STC N.° 1429-2002-HC/TC]; y gracias a su salvaguardia constitucional se podrá alcanzar el funcionamiento armónico del organismo del ser humano tanto en el aspecto físico como en el psicológico y mental [fundamento 30 de la STC N.° 2945-2003-AA/TC]. La salud, por ende, es un derecho fundamental indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, pues resulta inobjetable que deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen de él.

45. No podrá entenderse qué es salud si no se insiste en que sus elementos esenciales son: (i) su disponibilidad; (ii) su accesibilidad (comprende a su vez cuatro dimensiones: no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica; y, acceso a la información); (iii) su aceptabilidad; y, (iv) su calidad [Punto 12 de la Observación General N.° 14 (E/C.12/2000/4). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12° del PIDESC), emitido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas -en adelante, OG14- en el 22° período de sesiones. Ginebra, de 2000.http//www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/EC.12.2000.4.Sp?OpenDocument], enunciación que conlleva la exigencia de la adecuada asignación de medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad (artículo XI de la DADDH)]. Los servicios de salud, especialmente los públicos, cobran vital importancia en la sociedad, pues en la eficiencia de su prestación radica la vida y la integridad de los pacientes [fundamento 30 de la STC N.° 2945-2003-AA/TC; fundamento 29 de la STC N.°2016-2004-AA/TC]. Ha permitirse, por ende, su tutela en el ámbito individual, en el familiar y en el comunitario o colectivo, toda vez que no incluye con exclusividad el cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna.

46. Este derecho está dirigido a lograr tanto su conservación como su restablecimiento, a fin de lograr un consolidada calidad de vida gracias al acceso a prestaciones de salud adecuadas, con médicos competentes y con políticas públicas coherentes, máxime si es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo [artículo I del Título Preliminar de la LGS], lo cual se logra plenamente gracias a prestaciones preventivas y promocionales que involucren educación, evaluación y control de riesgos sanitarios [artículo 10° del Reglamento dela Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Decreto Supremo N.° 009-97-SA].

47. Los programas de salud, y en especial de salud mental, están dirigidos a contribuir tanto al desarrollo

de la responsabilidad individual y familiar como a la promoción de una calidad de vida lo más elevada posible [artículo 1º de la Declaración de los Derechos Humanos y de la Salud Mental -en adelante, DDHSM-, adoptada por la Federación Mundial de la Salud Mental, en Auckland, 1989]. En ese sentido se ha configurado el derecho-principio a la salud como aquél según el cual todo ser humano tiene la potestad de exigir la no-afectación de su salud, y al mismo tiempo la obligación de coadyuvar en la promoción de dicho derecho.

b. La salud como derecho autónomo

48. Pero quizás donde el TC ha de optimizar su posición es respecto a la autonomía del derecho fundamental a la salud. Es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y excluyente, tal como se ha podido notar en el fundamentos precedentes. De hecho, tiene sustento en el principio de dignidad del ser humano [posición asumida en STC N.º 3593-2005-PA/TC], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna [fundamento 28 de la STC N.º2945-2003-AA/TC; además, fundamento 27 de la STC N.° 2016-2004-AA/TC y fundamento 43 de la STC N.º 3330-2004-AA/TC], tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad [fundamento 10 de la STC N.° 05954-2007-PHC/TC], y cuenta con una estrecha enlazamiento con el medio ambiente [fundamento 2 de la STC N.º 2064-2004-AA/TC, sobre todo en lo relativo a la higiene ambiental]; pero igual debe permitirse su tutela independiente, tal como puede observarse en el presente caso, en el cual por su parte se incorpora el elemento de su conexidad con la libertad individual, a través del PHC.

49. El carácter de integralidad de los derechos fundamentales impone que la violación de uno de ellos involucre muchas veces también la afectación de otros más [fundamento 42 de la STC N.º 1317-2008-PHC/TC], amén de la utilización de los criterios interpretativos de unidad de la Constitución y eficacia integradora de ella, por lo que el resguardo del mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales obliga a que la tutela de este derecho fundamental sea lo más omnicomprensiva posible: un deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ella [fundamento 10 de la STC N.° 05954-2007-PHC/TC], y como sucede en el proceso de autos, estaría siendo vulnerada.

c. La salud como derecho social

50. Comprendida su formulación constitucional, conviene observar cuál es su posición dentro del Estado social y democrático de derecho que es el que informa nuestra Norma Fundamental. En esta forma de Estado el reconocimiento y promoción del derecho a la salud ocupa un papel trascendental, al representar parte del cúmulo de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado, a efectos de ser impulsado en condiciones materiales y fuentes de acceso. Los servicios que han de brindarse, entonces, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende, de un lado, el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, y de otro, la eficiencia de su prestación en la tutela de la vida y la integridad de los pacientes [fundamento 7 de la STC N.° 1956-2004-AA/TC y fundamento 6 de la STC N.º 3208-2004-AA/TC], lo cual redundaría en la salud mental de los favorecidos. Por tal razón, aparece como trascendente el hecho que su ejercicio pueda darse sin discriminación y adoptándose las medidas adecuadas destinadas a su plena realización [punto 30 de la OG14].

51. Su configuración como derecho social también implica una acción de conservación y otra de restablecimiento, cuyo cumplimiento corresponde al Estado, con pleno apoyo de la comunidad, a fin de garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido [STC N.º 2945-2003-AA/TC y STC N.º 2016-2003-AA/TC]. La salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición básica del derecho fundamental a la salud [fundamento 8 de la STC N.° 1956-2004-AA/TC], deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo [compatibilizando su contenido con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución], siendo inadmisible que las autoridades públicas opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable su concretización o aplicación.

52. Pero igual que los derechos civiles y políticos, los sociales gozan del carácter de exigibilidad directa (posición que guarda concordancia directa con la definición que este Colegiado ha vertido sobre su carácter prestacional [STC N.º 1417-2005-PA/TC]), en el caso del derecho a la salud, sobre todo si está en consonancia con la libertad individual, tal como se presenta en el presente caso. Tal exigibilidad depende de: (i) la gravedad y razonabilidad del caso; (ii) la vinculación del caso con otros derechos fundamentales; y, (iii) la disponibilidad presupuestal; considerándose que el último de los requerimientos cederá ante su vinculación y amenaza cierta e inminente con el derecho a la vida [STC N.º 2945-2003-AA/TC]. En este orden de ideas el Estado no puede eximirse de su obligación para con los usuarios del sistema de salud, como sucede cuando estos necesitan de información adecuada para tomar la mejor decisión posible [artículo 65º de la Constitución]. En base a ello, la protección del derecho a la salud debe constituirse en tarea principal del Estado y la sociedad, a efectos de evitar la trasgresión de un conjunto de valores y principios constitucionales, tales como la dignidad de la persona humana.

53. El derecho fundamental a la salud, en tanto derecho social, también debe ser definido como prestacional, toda vez que su efectivización está sujeta a la actuación concreta, directa y activa del Estado. razón por la cual su faz positiva permite su transformación en un típico

derecho programático [fundamento 9 de la STC N.° 05954-2007-PHC/TC], vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales [al respecto, artículo 12° del PIDESC], o como bien ha señalado la Organización Mundial de la Salud -en adelante, OMS- debe llevar a la persona a contar una condición física mental saludable, situación que ha de comprobar este Colegiado con relación a la actuación del INESM'HD–HN'.

54. El derecho a la salud, por tanto, debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, por lo que el Estado debe tratar de brindar protección contra las causas posibles de la mala salud del ser humano [punto 9 de la OG14]. En esta misma línea y con relación al derecho a la salud, los Estados deben cumplir una triple función: (i) Respetarlo, lo que significa que han de abstenerse de injerir directa o indirectamente en su disfrute; (ii) Protegerlo, lo que importa la adopción de medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas; y, (iii) Cumplirlo, lo que se expresa en la necesidad de tomar las medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para darle plena efectividad, lo cual incluye la obligación de facilitarlo, proporcionarlo y promoverlo [punto 33 de la OG14, retomando los contenidos expuestos en las Observaciones Generales N.° 12 y N.° 13].

55. Pero como contraparte, es válido mencionar que los derechos sociales, entre los que se encuentra la salud, no tienen el mismo grado de cumplimiento, por no tratarse de prestaciones específicas, pero sobre todo por depender de la ejecución presupuestal para satisfacerlos. Entonces, que sea concebido como un derecho social acarrea como consecuencia directa que su plena exigibilidad se vea condicionada a un análisis de carácter presupuestal. En ese orden de ideas, si bien el derecho a la salud está sujeto al principio de progresividad en el gasto [al respecto, fundamento 38 de la STC N.°2945-2003-AA/TC], ello no implica que los Estados se escuden en dicho principio a efectos de diferir la implementación de políticas de salud, pues tal como lo ha precisado este Tribunal, los derechos social es, al igual que los económicos y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas, que comporta la obligación concreta y constante de avanzar lo más expeditiva y eficazmente posible hacia su plena realización [apartado 31 de la OG14, haciendo énfasis en el artículo 12° del PIDESC].

d. La salud como derecho-defensa y derecho prestacional

56. Según se dejó entrever supra, el derecho a la salud posee tanto un contenido como derecho-defensa como uno activo. Así, este derecho no se articula únicamente como uno con el que se busca evitar su vulneración o perjuicio, sino también supone el deber del Estado de establecer políticas para brindar a las personas un nivel adecuado de vida, en el que se garantice la salud del ser humano. En la misma línea, la CIDH ha establecido que no basta el abstencionismo, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [fundamento 103 in fine de la Sentencia de la CIDH en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006].

57. La faz positiva de la norma constitucional referida a la salud, en tanto idea de su promoción, importa una lógica principalista basada en la dignidad de la persona humana [fundamento 3 de la STC N.°3208-2004-AA/TC y fundamento 5 de la STC N.° 0976-2001-AA/TC], pues es ella el fin supremo de la sociedad y del Estado [artículo 1° de la Constitución]. La Declaración Universal sostiene que el nivel de vida adecuado incluye lógicamente el aseguramiento de la salud [fundamento 25 de la DUDH], precepto que deviene en "(...) el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" [artículo 12°, punto 1 del PIDESC; en términos iguales, artículo 10° del Protocolo de San Salvador, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales].

58. Las medidas positivas de salud en el marco de las políticas públicas no puede ser desdeñado, por lo que el 'más alto nivel posible de salud' importa que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -en adelante, CDESC- haya precisado que la frase alude a las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona según los recursos con que cuenta el Estado [punto 9 de laOG14], convirtiéndose en necesaria e imprescindible la inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiéndose adoptar políticas, planes y programas en ese sentido [fundamento 28 de la STC N.° 2945-2003-AA/TC; fundamento 27 de la STC N.° 2016-2004-AA/TC].

59. Sobre el particular en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha manifestado que el Estado tiene el deber-poder de proporcionar y garantizar el cumplimiento de acciones de conservación y de restablecimiento del derecho a la salud ante cualquier situación de perturbación de la estabilidad orgánica y funcional, lo cual implica que garantice una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, e invierta en la modernización y fortalecimiento de las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud [fundamento 41 de la STC N.° 10063-2006-PA/TC]. De otro lado, en la ya mencionada LGS se precisa que la salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo; que la protección de la salud es de interés público, por lo que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla; y que toda persona tiene derecho a su protección en los términos y condiciones que establece la ley, siendo dicho derecho irrenunciable

[artículos I, II y III del Título Preliminar de la LGS]. Todo ello condiciona que la salud, en tanto derecho social, requiera para su verdadero impulso un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos [fundamento 12 de la STC N.º 2945-2003-AA/TC].

60. En conclusión, el derecho fundamental a la salud ha de entenderse como derecho autónomo, aunque muy ligado a otros derechos y bienes jurídicos constitucionales que le dan contenido y permiten la mejor protección de la persona, a partir de una interpretación correcta y completa de la Constitución. Su carácter de derecho social y programático no impide su exigibilidad directa a través de las diversas medidas, no sólo negativas, sino también positivas por parte del Estado, y también de los particulares. En este esquema habrá que encuadrar el supuesto derecho vulnerado de los favorecidos en el INESM'HD-HN', pues su ejercicio cuenta con una ligazón muy fuerte con la libertad personal, tal como quedará demostrado en el análisis de la forma en que fueron internados y en la manera en que transcurre su hospitalización. Ahora bien, el ámbito del derecho a la salud que estaría en juego sería el de salud mental -específicamente el tema de adicciones- en tanto el área del EdSM cuestionado es el SHA, por lo que a continuación el análisis se centrará en dilucidar lo que se entiende por salud mental.

§2. El artículo 9º de la Constitución y la tutela constitucional de la salud mental

61. Frente al derecho-principio a la salud se puede encontrar el derecho-regla de la protección de la salud de la persona con problemas de salud mental. La Constitución ha reconocido expresamente la especial protección de las personas que padecen de algún tipo de discapacidad, precisando que son titulares de derechos fundamentales susceptibles de protección no sólo por parte del Estado, sino por parte de la colectividad en pleno. En tal sentido se señala que "(...) La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad" [artículo 7º de la Constitución], por lo que es responsabilidad del Estado vigilarla, cautelarla y atenderla [artículo V del Título Preliminar de la LGS]. Como es sabido, la discapacidad puede ser tanto física como psíquica, caso este último en el se hará referencia a las personas con problemas mentales, las que por diversos motivos se ven afectadas en sus facultades de raciocinio y capacidad de actuación, lo cual incide en el normal desenvolvimiento de su personalidad en la sociedad.

a. La salud mental y su amparo en sede constitucional

62. La OMS ha señalado que la salud mental es el estado de bienestar que permite a cada individuo realizar su potencial, enfrentarse a las dificultades usuales de la vida, trabajar productiva y fructíferamente y contribuir con su comunidad. Incluye, entre otros, el bienestar subjetivo, la autosuficiencia perseguida, la autonomía, la competitividad, la dependencia intergeneracional y la autoactualización del propio intelecto y potencial emocional [Informe mundial de la Salud 2001, emitido por la OMS, Salud mental: una nueva comprensión, una nueva esperanza]. El derecho a la salud y particularmente el derecho a la salud mental, incluye, por una parte, la prohibición de intromisiones estatales en la esfera individual, y por otra, un elenco de garantías en beneficio de la dignitas personae, lo que implica una enorme variable de factores socioeconómicos imprescindibles para el desarrollo sano del ser humano [fundamento 11 de la STC N.º 3081-2007-PA/TC].

63. Asimismo en el plano nacional se ha señalado, aunque de manera más genérica, que la protección del derecho fundamental a la salud es de interés público, por lo que el Estado es responsable de regularla, vigilarla y promoverla [artículo II del Título Preliminar de la LGS]. De ahí que las obligaciones estatales no se constriñen, como se ha señalado, a una libertad negativa de un no-hacer, sino que importan un conjunto de acciones positivas a fin de que el derecho a la salud no sea una entelequia platónica ni una fórmula vaciada de contenido por una mala interpretación de su contenido de norma programática. La actuación del Estado debe realizarse de manera coordinada y descentralizada a fin de que las políticas no se conviertan en meros discursos.

64. Así, la tutela de la salud mental es un reflejo de la forma en que se debe observar el derecho genérico: requiere atención de salud oportuna y apropiada [fundamento 2 de la STC N.º 2064-2004-AA/TC], máxime si entre las medidas que deben adoptar los Estados a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figura la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad [artículo 12º punto 2.d del PIDESC]. Es por ello que en el ordenamiento nacional, exactamente en la LGS, se ha dicho, en primer lugar, con relación a los problemas mentales, que toda persona con discapacidad mental tiene derecho a recibir tratamiento y rehabilitación [artículo 9º de la LGS]. La proclamación del derecho a la mejor atención médica posible en materia de salud mental conduce a reconocerla como una libertad básica y fundamental, y en tal caso, cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, el paciente deberá a ser tratado, siempre que sea posible, cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y deberá regresar a la comunidad lo antes posible [Séptimo Principio Fundamental, punto 2 de los PPEM].

b. La salud mental y su doble ámbito

65. Los problemas mentales de salud se pueden dar en dos facetas: aquellas que se refieran específicamente a la discapacidad mental y las que se refieran a los perturbaciones mentales, tal como sucede en el caso de autos. Una interpretación pro hómine deberá llevarnos a entender el término 'persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia mental' y también ha de incluir a aquellas personas que sufren problemas de desórdenes mentales en toda su extensión. Implícitamente

también habrán de encontrarse los problemas de adicciones; según se desprende de la demanda es en el SHA donde los favorecidos sufrirían el menoscabo a su salud, y concomitantemente a su libertad individual.

66. Para el caso específico de las personas con discapacidad mental (retraso mental), existe un deber del Estado de proteger sus derechos, lo que exige entre otras cosas que ellas cuenten con atenciónmédica y con el tratamiento físico que requiera su caso; con seguridad económica y con un nivel de vida decoroso; y con asistencia constante de su familia, todo con el fin de ser tratados como el resto de seres humanos [derechos 2, 4 y 5 de la Declaración de los derechos del retrasado mental, aprobado por la ONU (AG res. 2856 [XXVI], 26, U.N. GAOR Supp. [No. 29] p. 93, ONU. Doc. A/8429, 1971], situación especial que no puede ser agravada por el entorno económico y social [artículo 30 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada con fecha 6 dejulio de 1999, en la XXIX Asamblea General de la OEA].

67. Si bien la preservación del derecho a la salud de las personas en general debe constituirse en una obligación primordial del Estado y de la sociedad, al tratarse de personas que se encuentran en una situación de discapacidad el esfuerzo debe redoblarse de modo que tanto los particulares como el Estado establezcan programas y políticas para atender las necesidades básicas de estas personas, asegurando el respeto y la no vulneración de sus derechos fundamentales [para complementar el sentido de la norma sub exámine se puede revisar, entre otros, Ley N.° 27050, Ley General de las Personas con Discapacidad; Declaración de Manila sobre la Legislación concerniente a las Personas con Discapacidad de los Países en Desarrollo, proclamada en la II Conferencia Internacional sobre Legislación concerniente a las personas con discapacidad, organizada por Rehabilitación Internacional, de 1978 en Manila, Filipinas; Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana, aprobada en la Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para Personas Ancianas y Personas Discapacitadas, de 1992, Colombia; Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano, AG/RES.1249(XXIII-O/93); Resolución sobre la Situación de los discapacitados en el continente americano, AG/RES.1296(XXIV-O/94); Resolución sobre la Situación de los Discapacidad en el Continente Americano, AG/RES.1356(XXV-O/95), aprobada en la Novena Sesión Plenaria de la Organización de Estados Americanos, de 1995; Compromiso de Panamá sobre las Personas con Discapacidad en el Continente Americano, aprobado mediante Resolución de Asamblea General, AG/RES.1369(XXVI-0/96), de 1996; Recomendación sobre la Promoción y Protección de las Personas con Discapacidad Mental, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 111° Período Extraordinario de Sesiones, de 2001; y, Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (2006-2016), aprobada en el Trigésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, de 2006, AG/DEC.50(XXXVI-O/06)]. El desarrollo de la presente sentencia, si bien no está dirigida a este tipo de pacientes, igual puede extrapolarse, en la medida de lo posible, a su caso.

c. La salud mental y los problemas de perturbaciones mentales

68. El tema que merece la atención primordial de este Colegiado es el relativo a las personas que tienen en estricto problemas de perturbaciones mentales, las cuales tienen derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud [artículo 11° de la LGS]. Dentro de este grupo se encuentra el caso específico de las personas que sufren el problema de las adicciones, sea de alcoholismo, farmaco-dependencia, trastornos psiquiátricos o violencia familiar. La adicción es una forma de trastorno complejo, de afectación cerebral, básicamente a través de una dificultad de control en el uso de sustancias psicotrópicas, generando modificaciones en el comportamiento del efectado y el abandono progresivo de sus actividades cotidianas, todo lo cual se expresa como una conducta disfuncional en el seno familiar, laboral y social [Guía de Práctica Clínica en Trastornos Mentales y del Comportamiento debidos al consumo de Sustancias Psicotrópicas -en adelante, GPCTM-, emitidos por el Ministerio de Salud en Lima, 2006, a través de la Resolución Ministerial N.° 648-2006/MINSA; en la misma línea, Resolución Ministerial No. 0943-2006-MINSA, Plan Nacional de Salud Mental -en adelante, PNSM-]. Esta afección incluye no sólo la adicción por consumo de sustancias (como toxicomanía o ebriedad habitual, previstas en el Código Civil -en adelante, CC-), sino también la ludopatía, la adicción electrónica (entre otros, internet o juegos por computadora) y la adicción conductual.

69. Sobre la base de los argumentos vertidos, es necesario insistir en que un tratamiento adecuado par la prevención y recuperación de las personas que sufren perturbaciones mentales –incluyendo, claro está, las adicciones- sólo puede ser admitido siempre que respete sus derechos y se desenvuelva como una actitud dignificadora en su cuidado. Basta percatarse que las personas que sufren enfermedades mentales están sujetas a prejuicios y fuertes estigmas, constituyendo un grupo vulnerable a violaciones de derechos humanos a nivel global; tanto así que son arbitraria e innecesariamente segregadas de la sociedad en instituciones psiquiátricas, donde se encuentran sujetas a tratamiento inhumano y degradante o a tortura [Informe del experto internacional en materia de derechos humanos de las personas con enfermedades mentales, peritaje propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de la Sentencia de la CIDH en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil].

70. Este Colegiado coincide con la ONU cuando establece que cuando está comprometida su salud mental, las personas que son atendidas en un EdSM

gozarán del mejor cuidado disponible, serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana y serán protegidas contra la explotación económica, sexual, el maltrato físico y el trato degradante [principio 1 de los PPEM; sobre el tema también Informe Defensorial 'Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental', básicamente a brindar el consentimiento informado], sobre todo considerando que dichas personas se encuentran en un nivel de inferioridad y dependencia que no se presenta necesariamente en el caso de las personas que padecen enfermedades físicas. Es así como se ha postulado un grupo de principios que deben ser observados en la atención a estos pacientes: (i) promoción de la salud mental y prevención de los trastornos mentales; (ii) acceso a una atención básica de calidad de la salud mental; (iii) evaluación de la salud mental de acuerdo a los criterios aceptados en el ordenamiento jurídico; (iv) recepción de atención que sea lo menos restrictiva posible; (v) autodeterminación, es decir, posibilidad de consentir en el tratamiento a que será sometido; (vi) ser asistidos por expertos en el ejercicio de su autodeterminación; (vii) disposición de procedimientos de revisión con relación a las decisiones adoptadas por los responsables de tomarlas; (viii) mecanismo automático de revisión periódica, en caso que el tratamiento incluya restricción de su integridad (tratamiento) o de su libertad (hospitalización) por un período de larga duración; (ix) asunción de las decisiones relacionadas con su situación por la autoridad competente previo conocimiento informado; y, (x) asunción de las decisiones que involucran su salud de conformidad con normatividad vigente y según estándares internacionales de protección de los derechos humanos [Diez Principios Básicos de las Normas para la atención de la Salud Mental -en adelante, PBNASM-, realizada y aprobada por la OMS - División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias, el 17 de diciembre de 1991]. Según los parámetros establecidos en sede internacional, este Colegiado habrá de analizar tanto la forma de internamiento como la atención de los pacientes en el SHA del INESM'HD-HN', pues sólo así estaría tutelándose convenientemente el derecho fundamental a la salud, en concordancia con la libertad individual de los favorecidos en el presente PHC.

71. Tal como se señalara genéricamente para el derecho-principio a la salud, la idea de una protección y promoción apropiada del derecho-regla a la salud mental es un mandato constitucional que no puede ser desdeñando ni por el Estado ni por la comunidad. Y tal como también se vio supra, su exigibilidad tendrá relación directa con las posibilidades presupuestarias del país. En muchas oportunidades la realidad económica, cultural y social ha sido uno de los mayores obstáculos a vencer para la materialización de la tutela de la salud mental. Aprovechando la teoría social de interpretación constitucional, puede advertirse que en el país el presupuesto asignado a esta área de salud es reducido, los profesionales no son suficientes en número y en calidad, su capacitación es limitada, la conciencia ciudadana no es la más satisfactoria e incluso son utilizados métodos crueles, inhumanos y degradantes [fundamento 7 de la STC N.º 02002-2006-AC/TC].

72. El MINSA ha logrado identificar algunas de las causas que ocasionan que la salud mental esté en el país tal como ahora está, entre ellas las elevadas tasas de prevalencia de violencia contra grupos vulnerables de la sociedad; el incremento de la pobreza y de desigualdad en la distribución de los recursos; los graves secuelas psicológicas y económicas por la violencia política en los ochentas y noventas; la alta tasa de prevalencia de trastornos ansiosos y depresivos, incluyendo el incremento de la frecuencia de suicidio e intento de él; el elevado número de personas con trastornos psicóticos crónicos que no reciben atención adecuada; y la gravedad del alcoholismo como problema de salud pública [PNSM; sobre sus orígenes, fundamento 48 de la STC N.º 3081-2007-PA/TC]. El análisis de la tutela de este derecho fundamental no puede ser ajeno al contexto que rodea su tratamiento en la realidad, por lo que tampoco puede desligarse del caso concreto de los favorecidos recluidos en el INESM'HD-HN'.

d. La salud mental y las acciones relativas a su salvaguarda

73. De todas formas, para lograr la mayor efectividad de la tutela del derecho a la salud, el Estado tiene tanto obligaciones de hacer (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como obligaciones de no hacer (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos). Es por ello que este Colegiado considera imprescindible que se pueda realizar una política, en el marco del mencionado plan, que ejecute las acciones correspondientes a la tutela del derecho, con la mayor eficacia e intensidad posible, aunque siempre determinadas por las capacidad presupuestarias. No obstante le atañe resaltar algunos hechos problemáticos con una necesidad de intervención: (•) Graves secuelas psicológicas y económicas en la población sobreviviente de la violencia política a fin de asignar recursos destinados a la reparación; (•) Vinculación entre los problemas socioeconómicos y psicosociales y la presencia de trastornos mentales frente a ausencia de una respuesta concertada; (•) Grave situación de la salud mental en el país frente a la falta de prioridad de la salud mental en los planes del MINSA, escaso presupuesto, carácter centralizado de las políticas y desconocimiento del gasto real en este ítem; (•) Modelo intramural de atención frente a ausencia de participación comunitaria; y, (•) Escasa cobertura médica frente a deficiente acceso a medicamentos [fundamento 42 de la STC N.º 3081-2007-PA/TC]. Si bien existe una identificación de lo que significa este derecho y cómo surge la problemática, aún quedan muchas acciones que tomar a fin de revertir el panorama existente en el país.

74. En esta línea este Colegiado es consciente de la necesidad de que se apruebe una Ley de Salud Mental, pues su promulgación sería un importante avance para adquirir una verdadera cultura de respeto por los

demás y significaría un verdadero cumplimiento del mandato constitucional así como de los compromisos internacionales contraídos por el Estado peruano. Bajo la perspectiva descrita sobre la salud mental, es válido reconocer que el derecho a la salud no puede ser un mero derecho programático -e ineficaz- pues el Estado en atención a los deberes primordiales que le han sido signados en la Norma Fundamental tiene la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, así como promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrio de la Nación [artículo 44° de la Constitución], y una de estas formas sería la aprobación de dicha ley.

75. De otro lado, este Colegiado ha puesto sobre el tapete que el presupuesto en el Sector Salud es exiguo, lo cual se traduce en un inadecuado modo y comportamiento del Estado para dar inicio a un goce del derecho en juego, por lo que se hace necesaria la existencia de un marco legal adecuado, con autoridades conscientes del problema y con decisión política para ejecutar un plan progresivo, que debe empezar por la atención inmediata de todos los enfermos [fundamento 42, punto D de la STC N.° 3081-2007-PA/TC].

§3. El artículo 11° de la Constitución y la tutela constitucional de la salud mental en un establecimiento de salud mental

76. Determinadas las obligaciones del Estado y de la comunidad en la salvaguarda no sólo de la salud en general, sino también de la salud mental en particular, corresponde ahora avanzar en el análisis de la actuación de los EdSM pues es finalmente a través de ella cómo se va concretizar la atención de los pacientes que no gozan de una salud cabal. Esta tutela está en relación directa con lo que corresponde a una conveniente política pública de salud en país, toda vez que "(...) el Estado determina la política nacional de salud. El poder ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud" [artículo 9° de la Constitución], pues únicamente a través de ella el resguardo del derecho involucrado será realmente efectivo y real, redundado incluso en otros derechos fundamentales como la libertad individual, tal como se analiza en el presente caso. El tratamiento tiene como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano [fundamento 130 de la Sentencia de la CIDH en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil]. De otro lado, hay que tomar en cuenta que la realidad de la salud en el Perú se traduce en un sistema normativo hospitalario y político sumamente fragmentado y desorganizado, que se estructura en función de la capacidad económica de las personas, y que da origen a inequidades en el reparto de los recursos presupuestarios, lo que trae como consecuencia que la atención y los gastos obedezcan a patrones de exclusión de ciertos grupos de pacientes [fundamento 64 de la STC N.° 3081-2007-PA/TC].

a. La salud mental en un establecimiento de salud mental y el respeto de la persona

77. Sobre la base del principio de dignidad personal, los favorecidos merecen una adecuada protección a través de un tratamiento eficaz, pues según la cláusula constitucional es prioridad y deber dictar medidas a favor de los internados en cualquier establecimiento de salud, a fin de garantizar el respeto de sus derechos. Cabe recordar que un EdS es aquél que realiza en régimen ambulatorio o de internamiento, así como la atención de salud con fines de prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, dirigidos a mantener o restablecer el estado de salud de las personas. Pueden ser sin y con internamiento. De otro lado, no es ilógico recordar que son pocos los países que cuentan con un sistema público de tratamiento bien desarrollado, concebido para ocuparse de diferentes sustancias que son objeto de abuso o cualquier otra forma de adicción [Por qué intervenir en el tratamiento del abuso de drogas: Documento de debate para la formulación de políticas, realizado por la Oficina contra las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas, emitido en Nueva York, 2003. www.unodc.org/pdf/report_2003-01-31_1_es.pdf]. Los EdS con internamiento, como es el caso del INESM'HD-HN', son aquellos que brindan atención integral, general o especializada al paciente agudo o crónico, y que para realizar tales atenciones o procedimientos clínicos o quirúrgicos, con fines diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación, requieran permanencia y necesidad de soporte asistencial por más de doce horas por su grado de dependencia o riesgo [artículo 51° del Decreto Supremo N.° 013-2006-SA, Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo -en adelante, RESSMA-]; dentro de este tipo de nosocomios se encuentra el grupo de los denominados institutos de salud especializados.

78. Los pacientes enfermos sujetos a tratamiento en un EdSM, sobre todo cuando son internados, son plenas personas humanas, con la única limitación de tener problemas de drogas, alcohol, trastornos mentales y psiquiátricos, condición caracterizada por un deseo incontrolable, con búsqueda y uso compulsivo de alguna sustancia o ejercicio compulsivo de la actividad adictiva [Carta remitida por el director general del instituto, como parte del Informe N.° 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD–HN' (f. 15-b del Cuadernillo del TC)]. Tal como fuera señalado en los fundamentos precedentes, no se puede estigmatizar ni denigrar su condición, en vista que el Estado y la sociedad deben brindar mecanismos de rehabilitación con fines terapéuticos que procuren su desarrollo, bienestar e integridad, ya sea a través de entidades públicas o de particulares; pero lo que no se puede obviar es que también están sujetos a control por parte del Estado: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud (...), a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento" [artículo 11° de la Constitución].

79. Siguiendo este precepto, las EdSM o psiquiátricas deben estar sometidas a inspección por parte de las

autoridades competentes con frecuencia suficiente para garantizar que las condiciones, el tratamiento y la atención de los pacientes sean los adecuados [Décimo Cuarto Principio Fundamental, punto 11.2 de los PPEM], rol que en muchas oportunidades es incumplido cuando se producen abusos frente a las personas que tienen problemas de adicciones. ¿Es posible admitir ese tipo de situaciones desconociendo el mandato constitucional? Sobre la base de la interpretación social de la Norma Fundamental y a la vista del problema de estas personas privadas de su libertad y sometidas a internamiento en un EdSM, es menester tener en cuenta que estos institutos deben ser centros especializados para fines terapéuticos que procuren una adecuada atención, custodia, prevención, protección y una posterior rehabilitación de los pacientes, y así tengan una futura vida digna.

b. La salud mental en un establecimiento de salud mental y el tratamiento extra e intramural

80. Los principios que inspiran la actuación de los EdSM están destinados al logro de la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia y la integración social de las personas que tienen estos problemas con proscripción a priori del método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales [fundamento 34 de la STC N.º 3081-2007-PA/TC]. En base a ello, es importante tener en cuenta que la ONU ha precisado que aquella persona que padezca una enfermedad mental tiene derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad [principio 3 de los PPEM], siempre en un esquema de tratamiento extramural.

81. En esta línea de pensamiento, la Corte Interamericana ha precisado que los Estados están en la obligación de regular y fiscalizar la asistencia de salud prestada a las personas, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado [fundamento 89 in fine de la Sentencia de la CIDH en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil], afirmación que cobra sentido cuando la trasgresión del derecho a la salud de las personas con problemas de salud mental se realiza en una institución pública (a veces incluso el Estado suele argüir falta de responsabilidad), aparte claro está de las privadas, y es ahí cuando su deber de protección se inserta en la supervisión y control de la actividad privada, tal como lo ha establecido la instancia supranacional en mención y que es parte de la formulación de la norma constitucional. De lo expresado queda claro que con un internamiento inadecuado, lejano a las reglas previstas para las personas pacientes de un EdSM, ya sea público o privado, se puede terminar afectando sus derechos fundamentales, de modo que, en salvaguarda de la libertad individual o de otros derechos conexos a ella, como sucede en el caso de autos con la salud, se puede acudir al PHC para que sean adecuadamente tutelados por el ordenamiento constitucional.

82. La tendencia actual es reducir a su máxima expresión el tratamiento intramural, es decir, dentro de un EdSM, debiéndose, en la medida de las posibilidades, optar por un tratamiento extramural, o como se conoce normalmente, por un tratamiento ambulatorio. Resulta necesario recalcar que la finalidad del internamiento no es confinar al paciente de por vida en una EdSM como consecuencia de su exclusión de la sociedad, sino brindar un tratamiento adecuado a efectos de que dicho paciente pueda recuperarse, o al menos estabilizar su situación, y continuar con el tratamiento psiquiátrico fuera de él. Lo anterior implica que los pacientes psiquiátricos deben ser constantemente informados del tratamiento que reciben, máxime si es intramural, así como de las consecuencias de dicho tratamiento a efectos de que no se les prive de la facultad de expresar su consentimiento. Debe tenerse en cuenta que el grado de autonomía de estos pacientes se reducirá dependiendo de cuán alto sea el grado de la enfermedad, y en estos casos serán los familiares, tutores o curadores quienes deberán contar con la información necesaria para tomar las decisiones pertinentes respecto al tratamiento psiquiátrico.

83. Sin embargo, no es que vayan a desaparecer los EdSM con internamiento, sino que su actuación debe ser lo más restrictiva posible. Sólo para efectivizar la calidad y eficiencia del servicio de salud de dichos establecimientos, es importante apuntar algunas obligaciones de los profesionales de la salud, especialmente psiquiatras, psicólogos, enfermeros, terapeutas y asistentes sociales. Teniendo en cuenta que su objetivo ha de ser brindarle una recuperación completa al paciente: (a) Es preciso tener su manifestación de voluntad pues de ella dependerá qué tratamiento efectivo ha de recibir y permitir su cuidado del personal médico, requiriendo para esto gozar de capacidad de ejercicio, o contar con representantes legales. (b) Su derecho a que se le brinde una adecuada y veraz información del tratamiento a seguir, su evolución, su medicación así como su estado de salud. (c) El derecho a ser tratado con dignidad, no permitiendo ningún acto de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a torturas o a tratos inhumanos o humillantes, pues estos actos están proscritos constitucionalmente [artículo 2º, inciso 24.h) de la Constitución], toda vez que el Estado no debe permitir el hacinamiento en cualquier establecimiento que permite una readaptación y rehabilitación a la sociedad. (d) Su derecho a recibir oportunamente y con puntualidad sus medicinas, las emergencias y requerimientos que pudieran solicitar y permitir el recreo y la interacción entre grupos sociales. (e) Permitir su rehabilitación, pues sólo así se habrá logrado con el tratamiento médico seguido en estos centros. (f) Para efectivizarlos en la práctica, se necesita la intervención del Estado y la disposición de recursos económicos para lograr tales fines. (g) Ahora atendiendo a que el internamiento en un EdSM puede ser por voluntad de la propia persona o involuntaria, caso de las personas que no cuentan con la capacidad de ejercicio, deben contar con consentimiento para su internamiento. Sobre la base de estas consideraciones, este Colegiado recuerda al Estado su obligación de establecer y hacer efectiva la política en materia de salud mental, psiquiátrica, psicológica u otras similares

que permitan el régimen de internamiento, en aras de proteger los derechos fundamentales de los pacientes.

c. La salud mental en un establecimiento de salud mental y las acciones dirigidas a su control

84. Dentro de este esquema de funcionamiento los EdSM, con independencia de si son públicos o privados, deben siempre actuar respetando la tutela del derecho fundamental a la salud, con la singularidad que suponga la enfermedad. Según lo expresado supra, la exigibilidad de un derecho como el de la salud deberá realizarse hasta el nivel que permitan los recursos del Estado y de la comunidad [artículo IX de la DADDH]. Basándose en la cantidad de recursos disponibles, los EdSM deberán contar con: (i) Personal médico y otros profesionales calificados en número suficiente y locales suficientes, para proporcionar al paciente un programa de terapia apropiada y activa; (ii) Equipo de diagnóstico y terapéutico; (iii) Atención profesional adecuada; y, (iv) Tratamiento adecuado, regular y completo, incluido el suministro de medicamentos [Décimo Cuarto Principio Fundamental, punto 11.1 de los PPEM].

85. Pero no se puede negar que cualquier exigencia en la labor de estos centros médicos, sobre todo cuando implica gastos del Estado, tiene que estar en correlación directa con el nivel de exigencia de nuevos o mayores gastos públicos y su aplicación progresiva [Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución; en la misma línea, artículo 2º, punto1 del PIDESC], dispositivo que importa el compromiso estatal de adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de este derecho fundamental, aunque es evidente que el Estado no puede eximirse de la obligación de cumplimiento, al estar referido a un deber de perentorio cumplimiento, "(...) si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas" [fundamento 37 de la STC N.º 2945-2003-AA/TC]. Lo que también hay que tomar en cuenta es que conseguir bienestar y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de este último. Toda política social necesita de una ejecución presupuestal y de ella derivan obligaciones concretas por cumplir, por lo que debe adoptarse medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos en igualdad de condiciones para la población en su conjunto.

86. Si bien el ideal es evitar el internamiento del paciente que padece una enfermedad mental, cuando ello no sea posible, el tratamiento psiquiátrico que se brinde no puede escapar a los parámetros de respeto de los derechos fundamentales, lo cual implica que ningún centro de salud mental puede aplicar métodos que vulneren los derechos de los internados. En el caso de la libertad personal de la persona con problemas de salud mental, se debe precisar que dicho derecho solo puede ser afectado a través de medidas legalmente previstas y rigurosamente acreditadas, consecuentes con las características del padecimiento y las necesidades del tratamiento; y que además sean razonables y moderadas en la mayor medida posible, es decir que eviten el sufrimiento y preserven el bienestar [fundamento 25 del Voto razonado del juez García Ramírez de la Sentencia de la CIDH en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil]. En tal sentido debe tenerse presente que en los casos de internamiento es necesario que se cumpla una serie de requisitos para evitar la afectación desproporcionada de la libertad individual del enfermo mental, pues la regla general, como se verá más adelante, es que el paciente manifieste su consentimiento al momento de ser internado.

87. Vale la pena insistir que un EdSM, como es el cuestionado en el presente proceso constitucional, puede realizar sus atenciones a través de tres formas distintas para cuadros adictivos severos con complicaciones y comorbidad: internamiento prolongado en la modalidad comunidad terapéutica; internamiento intermedio, que combina tratamiento ambulatorio con internamiento parcial [GPCTM, referida a establecimientos de salud de nivel III], y en el caso específico del INESM'HD-HN', el modelo utilizado es el familiar – afronte holístico de las adicciones, que se presenta como una propuesta considerada como innovadora en el manejo preventivo-terapéutico del fenómeno adictivo [Guía de Manejo de las Adicciones según el Modelo Familiar -en adelante, GMAMF-, aprobado por la Resolución Directoral N.º 144-2004-SA-DG-IESM"HD-HN", de 2004]; según se debe priorizar el manejo familiar pues se juzga que el entorno socioambiental nocivo representa un rol predominante en el origen, mantenimiento y desenlace de la enfermedad adictiva [Manual de Normas de Procedimientos del Modelo Familiar -en adelante, MNPMF-, también aprobado por la Resolución Directoral N.º 144-2004-SA-DG-IESM"HD-HN", de 2004], quizás tomando en cuenta que siempre la familia es un instituto fundamental para la sociedad y el Estado [artículo 4º de la Constitución].

88. Por tal razón el Estado, cuando analiza la actuación de las EdSM, debe tomar en cuenta medidas deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud [punto 30 de la OG14]. El proceder estatal, por tanto, conlleva un sinnúmero de situaciones propias y con relación a la comunidad que no pueden ser obviadas a la hora de analizar las actividades de dichos establecimientos: (a) Con relación al propio Estado, (i) A pesar de las cada vez más claras vinculaciones entre problemas socioeconómicos y psicosociales y la presencia de trastornos mentales y del comportamiento, no hay una respuesta concertada que permita mejorar significativamente las condiciones de vida de las personas; (ii) Falta de prioridad de la salud mental en los planes del sector; (iii) Escaso presupuesto, centralización del mismo y desconocimiento del gasto real en salud mental; (iv) Modelo de intervención vigente que tiende a fragmentar el proceso de promoción, prevención, atención y rehabilitación, optando, muchas veces, por un sólo aspecto y excluyendo o desvalorizando el otro; cuando a nivel local la atención debe ocurrir unificadamente; (v) Centralismo y carácter intramural del modelo de atención, con poca relación comunitaria; (vi) Escasa cobertura y acceso a la atención y a los medicamentos necesarios,

especialmente en los casos que producen discapacidad, como las psicosis crónicas, retraso mental y trastornos orgánicos cerebrales; (vii) Inadecuado diagnóstico y manejo integral de los problemas psicosociales más graves (como las violencias) y de los trastornos adictivos (alcoholismo, tabaquismo, ludopatía); (viii) Recursos humanos poco motivados y capacitados, que laboran en ambientes mal implementados, donde atienden problemas humanos graves y reciben poco estímulo para su desarrollo con la consecuencia de manifestaciones de síndrome de agotamiento y desmoralización; y, (ix) Falta de una cultura de buen trato y de respeto a los derechos humanos de los usuarios. (b) Con relación a la coordinación intersectorial dentro del Estado: (i) Escasos planes, programas y servicios de salud mental. Los existentes no están articulados entre los sectores e instituciones del Estado, y no cuentan con un enfoque de salud pública, produciendo una reducida cobertura y duplicación de acciones; (ii) Falta de reconocimiento del MINSA como ente rector en salud mental; (iii) Ausencia de espacios de coordinación permanente de políticas y planes; (iv) Baja prioridad de la estrategia de intervención en redes locales intersectoriales; (v) Falta de posicionamiento en los sectores de la importancia de la salud mental para el desarrollo del país; y, (vi) Falta de reconocimiento en los diversos sectores y en las regiones, de la importancia de la salud mental para el desarrollo del país. (c) Con relación a la comunidad: (i) Discriminación, exclusión y estigmatización de las personas, familias y grupos que sufren problemas de salud mental. Esto favorece la invisibilización de los problemas y la falta de búsqueda de ayuda; (ii) Falta de información, conocimiento y actitudes que favorezcan las iniciativas de intervención en salud mental por parte de la sociedad civil en forma organizada; y, (iii) Desconocimiento de la importancia de la salud mental como determinante del bienestar y desarrollo de la comunidad, dando lugar a que las autoridades regionales y locales no incorporen la salud mental en sus planes [Diagnóstico en el PNSM].

C. SOBRE LA ACTUACION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD MENTAL EN EL TRATAMIENTO DE LAS ADICCIONES

89. Al ser el derecho fundamental a la salud una condición indispensable para el desarrollo del bienestar individual y colectivo, para su tutela efectiva en los casos concretos, el TC debe practicar un estudio pertinente y ajustado a la Norma Fundamental. Tal como fue señalado al inicio de la presente sentencia, la deficiente actuación de la judicatura constitucional en las instancias precedentes no es óbice para que este Colegiado decline su función constitucional y menos aún su obligación de impulsar de oficio el proceso [artículo III del Título Preliminar del CPCo], por lo que en esta parte la utilización de los datos obtenidos motu proprio van a ser trascendentales para la resolución de la controversia suscitada, siempre en pos de la tutela de los derechos fundamentales de las personas, sobre todo en su ámbito objetivo. Este Tribunal, por tanto, se apresta a dar respuesta a dos cuestionamientos específicos del recurrente, sobre la base de los conceptos analizados supra, gracias a la explicación concreta brindada por la entidad donde laboran los codemandados a través de un pedido de información, y a la participación del amicus curiae (la DP), "(...) el 7 de abril del presente año, un equipo del Programa de Protección de Derechos de Personas con Discapacidad realizó una visita de supervisión a las instalaciones del servicio de hospitalización por adicciones delINESM'HNHD', en atención a la solicitud de intervención presentada (...) por el ciudadano Ricardo Julca Bejar, miembro de la ONG Pan y Vino (...)" [Primer Informe de la DP como amicus curiae (fs. 348, 349 del Cuadernillo del TC)], demostrando así su conocimiento in loco de la situación de los pacientes del EdSM.

§1. La supuesta ausencia de consentimiento y el hábeas corpus reparador

90. Como una forma clásica de PHC, la primera pretensión que plantea el accionante está en relación íntima con el denominado hábeas corpus reparador, es decir aquél que busca específicamente la libertad individual de la persona. La demanda expresa lo siguiente: "Solicito de que se proceda a la restitución de la libertad personal de los pacientes que se encuentran internados contra su voluntad en forma indebida" [punto 2 de la demanda (f. 1 del Expediente)]. La restitución del derecho a la libertad individual de todas las personas internadas es el objeto central del presente PHC. Este derecho constitucionalmente reconocido [artículo 2º, inciso 24) de la Constitución] se presenta como un derecho subjetivo/objetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias, y su plena vigencia es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Norma Fundamental, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales [fundamento 11 de la STC N.º 0019-2005-AI/TC].

a. La necesidad de un consentimiento informado

91. Dentro del contenido básico de la libertad individual se encuentra la protección contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a su vez, la garantía del derecho de defensa del individuo detenido, pudiéndose salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección [fundamento 223 de la Sentencia de la CIDH en el Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sobre la base del análisis del artículo 7° de la CADH]. Pero, ¿cuál ha sido la vulneración producida en el caso concreto con relación a la libertad individual? Supuestamente, el ingreso sin consentimiento de los hospitalizados. Pero, ¿tal afirmación es correcta? Ello intentará responderse a continuación.

92. El consentimiento informado de los pacientes se fundamenta en el principio de la autonomía individual, al

ser una determinación del propio paciente si se adoptan decisiones racionales en el cuidado de su salud mental [Informe Defensorial 'Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental'] y se sustenta en el respeto de derechos como a la integridad física y psíquica y al libre acceso a las prestaciones de salud [artículos 2 inciso 1) y 11° de la Constitución, respectivamente]. Está en íntima relación con el internamiento de las personas con problemas de salud mental y una atención intramural, si es que existe un alto deterioro físico y mental del paciente o si es alto el riesgo que corren las personas de su entorno [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 350 y 351 del Cuadernillo del TC), sobre la base de los estudios del Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas, CEDRO], aunque no es posible obviar el hecho que el tratamiento ambulatorio, en esencia, es menos perturbador en la vida del paciente, al continuar dentro de su ámbito familiar, laboral y social originario.

93. Al respecto es oportuno recordar que el tratamiento médico sólo será compatible con el mandato constitucional de la tutela de la salud mental en un EdSM si es que cumple u observa con eficacia y eficiencia las disposiciones, reglamento y demás reglamentos en materia de atención, custodia, prevención, protección y rehabilitación de los pacientes sometidos a internamiento. Por eso, frente al tratamiento intramural de los casos de personas con problemas de salud mental, y dentro de ellas las que sufren de adicciones, se debe preferir la atención extramural, coherente con la integración de los enfermos mentales a la sociedad, especialmente a su entorno familiar y comunitario [Declaración de Caracas, emitida por la Organización Panamericana de la Salud, AG/RES.1249-XXIII-O-1993], lo cual contradice la prestación clásica de salud mental en el país, donde siempre existía la intención de los familiares de internar a su paciente y ello era aceptado por el EdSM.

94. Ya este Colegiado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre lo que significa este modelo de tratamiento para las personas con problemas de salud mental, pero no puede negarse que aún queda mucho que hacer al respecto: "(...) Dada la situación real en que se encuentra la política estatal, así como la infraestructura para llevarla a cabo, el modelo intramural debe ser superado gradualmente, y para ello este Colegiado considera que el Ministerio de Salud debe iniciar un plan piloto de instauración del nuevo modelo, a fin de propiciar la inserción gradual y progresiva de los enfermos mentales en la comunidad. Es urgente ejecutar programas que involucren a los gobiernos locales y a la comunidad vecinal, que tengan como propósito la toma de conciencia de que es más beneficioso para un enfermo mental su integración en la comunidad, mejor aún en la familia, que su reclusión en centros de tratamiento. Esto implica el desarrollo de una cultura basada en los valores de los derechos humanos, especialmente en la interdicción de la discriminación de los enfermos mentales" [fundamento 42, punto E de la STC N.° 3081-2007-PA/TC, sobre la base de lo desarrollado en el PNSM]. Pese a que la superación del tratamiento intramural es consecuente con la inserción de los enfermos mentales en la comunidad y en su seno familiar, tal paso sólo es posible en sociedades en las que se ha alcanzado un cierto grado de concientización de los derechos fundamentales de los enfermos y la imposibilidad de discriminarlos.

95. Para que una persona pueda consentir su internamiento debe tener pleno conocimiento de lo que su decisión significa y de las consecuencias que ésta acarrea, exigencia que no se circunscribe al caso de los problemas de salud mental. Es así como todos los EdS están en la necesidad de informar al paciente y sus familiares sobre las características del servicio, los aspectos esenciales vinculados con el acto médico, las condiciones económicas de la prestación y todo término y condición del servicio [artículo 40° de la LGS]. Por tal razón, una exigencia básica que incluye el consentimiento es que éste debe ser con total conocimiento de causa. Las personas deben conocer que la información que reciban ha de ser completa y necesaria para una decisión correcta [vid., artículo 15°, inciso f) y g) de la LGS, sobre la base del artículo 2°, inciso 4) y artículo 65° de la Constitución].

96 El consentimiento determina el derecho de los pacientes a adoptar decisiones racionales en forma autónoma y sin injerencia ni coerción, respecto a un tratamiento específico o un procedimiento en su cuerpo [Informe Defensorial 'Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental'], más aún si las personas que abusan de las sustancias psicotrópicas no son buenos aspirantes al ingreso y tratamiento involuntarios [Manual de Recursos de la OMS sobre salud mental. Derechos humanos y legislación, presentado en Ginebra el año 2006]. Para que un paciente pueda ingresar a un EdS, sobre todo a uno de tratamiento de la salud mental, como es INESM'HNHD', debe contar plenamente con su consentimiento, es decir, habría una especie de restricción de la libertad individual pero tolerada y admitida por el propio titular del derecho, o en su defecto, por quien vela por sus intereses.

97. El paso de un tratamiento extramural a uno intramural no puede ser la regla, sino la excepción, y es la propia persona o la que por él actúa quien autorizará el cambio de atención requerida en un EdSM, lo cual está en concordancia directa con el respeto de la libertad individual de las personas. Por eso, todos los elementos del consentimiento para la mutabilidad del tratamiento deben constar y ser conocidos por la persona. Así, cualquier regulación que pudiera establecerse respecto del internamiento involuntario de personas con adicciones debe estar clara y taxativamente establecida por ley [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 355 del Cuadernillo del TC)].

98. Por ello es que se ha venido insistiendo constantemente en la emisión de una ley especializada en los temas de salud mental, como una forma idónea de desarrollar el mandato constitucional expresado en

la propia Norma Fundamental [artículos 7° y 9° de la Constitución]. Pero aún cuando ésta todavía no existe, el propio INESM'HD–HN' ha creado reglas específicas para que el paciente pueda acceder a su internamiento, al estar obligado a consentir su hospitalización, y es el mismo EdSM quien lo acepta o no, según el cumplimiento de: (i) el criterio de permanencia en la ciudad de Lima; (ii) la situación de comorbidad psiquiátrica; (iii) la conducta antisocial asociada a la integridad psicológica y/o física del paciente, familiar u otro; (iv) el consumo compulsivo de alguna droga (aunque también se aceptan a los ludópata, adictos electrónicos y adictos conductuales); (v) una asistencia familiar constante; y, (vi) la existencia de referencias especiales [MNRPMF].

99. Queda, de esta forma, proscrita toda forma de ingreso involuntario -o por lo menos sin mediar una causal de emergencia-, por ser la retención una forma ilegítima y arbitraria de vulneración de la libertad individual. El derecho de los pacientes a decidir sobre los tratamientos a administrar fija la extensión del deber del médico a informar y obtener de estos el permiso correspondiente; así, respecto a la aplicación de tratamientos especiales, de los diversos EdSM nacionales, sólo tres cuentan con formatos para la autorización de estos tratamientos, de los cuales el formato del INESM'HNHD'permite que el consentimiento lo brinde el paciente [Informe Defensorial 'Anticoncepción quirúrgica voluntaria I. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo'. Informe N.° 7, emitido en Lima, 1998]. Pero para poder analizar la decisión adoptada tiene que tomarse en cuenta la capacidad para actuar. La incapacidad que puede observarse en una persona con problemas de salud mental puede ser de dos tipos: la absoluta, cuando la persona es menor de dieciséis años o está privada de discernimiento [artículo 43° del CC]; y la relativa, cuando la persona tiene entre dieciséis y dieciocho años o cuando adolezca un deterioro mental que le impida expresar su libre voluntad, cuando sea ebrio habitual o toxicómano o cuando sufra interdicción civil [artículo 44° del CC].

b. Los supuestos de consentimiento

100. Entonces, en el caso concreto de las personas con problemas de salud mental, según el ordenamiento legal del país, corresponde el consentimiento a diversas personas, más allá del propio paciente. Para ello corresponde distinguir que la OMS ha expresado que si se ha determinado que una persona con trastorno mental ha sido incapaz de dar un consentimiento (caso ocasional típico, pero no sistemático), deberá presentarse un sustituto responsable para la toma de decisiones (pariente, amigo o autoridad), autorizado para decidir en nombre del paciente, por su óptimo interés, y los padres o tutores, si los hay, darán el consentimiento por los menores de edad [principio 5, punto 3 de los PBNASM]. En estricto, son cuatro los supuestos. El primero relacionado con los menores de edad; el segundo, el del mayor de edad que pueda expresar su voluntad; el tercero, el mayor de edad que no cuenta con la debida capacidad civil; y por último, como excepción, el caso de la situación de emergencia.

i. El consentimiento de las personas menores de edad por parte de padre o tutor

101. Un niño o un adolescente solamente puede autorizar su internamiento a través de la decisión de sus padres, pues son estos los gozan de la patria potestad respecto a aquellos, al tener tanto el derecho como el deber de cuidar de su persona [artículo 418° del CC]. En caso de no contar con este resguardo, se hace imprescindible el nombramiento de un tutor [artículo 502° del CC; sobre el tema, también, artículos 23°, 41° y 510° del CNA y principio 5, punto 3 de los PBNASM]. Sólo cabe el tratamiento intramural los menores de edad, por ende, cuando existe el consentimiento de sus padres o sus tutores.

102. En los casos de adolescentes hospitalizados en el INESM'HD–HN' desde el 9 de marzo de 2006 hasta diciembre de 2007, se puede observar que han contado con el consentimiento mayoritariamente de sus madres y de sus padres. En el documento, que admite que el internamiento sólo puede ser entre cuarenta y cinco y sesenta días, se señala que "(...) estoy informado que no debo abandonar a mi familiar, ni dejar de asistir a las terapias familiares programadas, ni desabastecer a mi familiar de sus medicamentos, exámenes, interconsultas, ropa y utensilios de limpieza y de terapia ocupacional, por un tiempo no mayor de una semana" [Formularios de consentimiento informado, como parte del Informe N.° 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD–HN' (fs. 55-170 del Cuadernillo del TC)].

103. Sin embargo, existen algunas situaciones llamativas en las que la anuencia del tratamiento intramural proviene de otros familiares. Así, se observa que en las certificaciones ofrecidas con relación a los adolescentes J.C.G. (dependiente de marihuana y PBC) y M.A.M.S. (dependiente de internet), ellos cuentan únicamente con el consentimiento de sus respectivas hermanas, sin especificar o comprobar siquiera que sean sus tutores; situación similar se presenta con el adolescente A.C.M. (dependiente de marihuana), quien posee el consentimiento de una tía paterna y una materna [Formularios de consentimiento informado, como parte del Informe N.° 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD–HN' (f. 71, 72, 123, 124, 125, 126, 73, 74 y 75 del Cuadernillo del TC)].

104. No consta en autos, entonces, que estos familiares, quizás muy bien intencionados y preocupados por la salud mental, sobre todo adicciones, de sus hermanos o sobrinos, tengan la autorización normativa para dar el consentimiento para ello, lo cual deviene en un acto para tomar en cuenta por parte de la entidad hospitalaria, sobre todo del codemandado don Luis Julio Matos Retamozo, pues al ser el Subdirector y Jefe de Hospitalización del SHA del INESM'HD–HN', le correspondía evaluar el internamiento de las personas según las reglas establecidas para la hospitalización y según los parámetros que se establecerán más adelante en la presente sentencia. En tal sentido se recomienda que en las subsiguientes oportunidades se tomen en cuenta las previsiones legales para que sólo sean los

padres o los tutores los que autoricen el tratamiento intramural de los adolescentes.

ii. El consentimiento propio de las personas mayores de edad

105. Éste es el caso de la persona con plena capacidad de actuación. Es ahí cuando es ella misma la que ha de brindar el consentimiento [Primer Informe de la DP como amicus curiae (fs. 354 del Cuadernillo del TC)]. De lo señalado se puede desprender que para que un internamiento sea adecuado, cada establecimiento de salud debe contar con formularios de consentimiento informado que permitan registrar la autorización del paciente a ser sometido a tratamientos especiales, o pruebas riesgosas o intervenciones que lo puedan afectar psíquica o físicamente [artículo 60° del RESSMA], los mismos que sí forman parte de los materiales del EdSM materia de cuestionamiento [Formularios de consentimiento informado, como parte del Informe N.° 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (f. 55, ss. del Cuadernillo del TC)].

106. Dentro del modelo del propio INESM'HD-HN' es sugestivo que todos los pacientes que se encuentran en el sistema intramural dentro del SHA hayan brindado su consentimiento, máxime si se tiene que para que haya atención a través del internamiento, la gravedad en la salud mental debe ser tal que involucre medidas extremas; sino, bastaría con un tratamiento ambulatorio. La gran cantidad de pacientes que han estado en el SHA desde el 9 de marzo de 2006 hasta diciembre de 2007 han realizado una aquiescencia voluntaria a través básicamente de su firma: "Por decisión libre y voluntaria autorizo mi internamiento en el Servicio de Hospitalización del Departamento de Farmacodependencia. Asimismo, acepto participar en el programa terapéutico de pacientes adictos que incluye los siguientes procedimientos: farmacoterapia, psicoterapias, exámenes auxiliares, evaluaciones psicológicas, interconsultas, al igual que terapia de grupo, terapia unifamiliar, terapia multifamiliar, psicoterapia individual, terapia ocupaciones y otros de acuerdo a los avances científicos (...)" [Formularios de consentimiento informado, como parte del Informe N.° 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (fs. 171-342 del Cuadernillo del TC)]

107. De la lectura de los documentos presentados este Colegiado puede percatarse de lo siguiente: (i) en la totalidad de los casos no se cuenta con un testigo como el mismo formulario exige; (ii) en muchas oportunidades la identificación de la persona es deficiente, al no indicar el número de su documento nacional de identidad; (iii) no existe fecha alguna de la firma del documento, lo cual no logra determinar si éste fue realizado con anterioridad al ingreso de la persona al instituto de salud; y, (iv), no se indica el motivo del internamiento ni la adicción que se padece. De otro lado llama la atención el contenido de algunas de las certificaciones presentadas, pues aparte de las omisiones generales antes señaladas, algunos presentan otros deslices: (v) exhiben los datos personales de los pacientes (domicilio o teléfono, por lo menos); (vi) se encuentran dibujos en la parte posterior del documento; y, (vii) están llenadas con dos tipos distintos de letras, lo que denotaría que otra persona completó la información brindada por la persona sometida a tratamiento [Formularios de consentimiento informado, como parte del Informe N.° 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (f. 180, 182, 189, 212, 216, 217, 262, 286 y 309 del Cuadernillo del TC)].

108. Todos estos hechos demuestran que si bien formalmente se ha completado el acto de consentimiento, frecuentemente éste contiene errores importantes para determinar la verdadera anuencia para el internamiento al EdSM cuestionado. Y es así como cierto desacierto por parte de uno de los codemandados vuelve a aparecer en el presente caso. De otro lado, pese a que el recurrente ha afirmado que "(...) a muchos de los pacientes que son internados en dicha sala se les interna en estado de sedación medicamentosa por personal contratado por sus familiares (...)" [Demanda (f. 2 del Expediente)], de la información recabada y coherente con el tipo de proceso que es el PHC, el TC no encuentra motivo alguno para sospechar de la veracidad de los documentos presentados (sobre todo en lo referido a si el consentimiento se dio con anterioridad al ingreso al EdSM), puesto que de lo contrario requeriría un perito grafotécnico para comprobar tales afirmaciones, lo cual sería materia de una investigación fiscal, que podría acarrear una denuncia penal.

iii. El consentimiento de las personas mayores de edad por parte del curador

109. Por último está el caso de las personas mayores de edad que no brindan consentimiento propio por tener algún nivel de incapacidad, reflejada en alguna interdicción o curatela. Sin embargo, sorpresivamente no se encuentra caso alguno de este supuesto dentro de la información remitida por el INESM'HD-HN', lo cual crea la presunción de que todas las personas mayores de edad que llegaron al EdSM contaban con sus plenas capacidades para decidir su internamiento.

110. Si no contase con capacidad, la persona debería actuar a través de curadores [artículo 565°, inciso 1) del CC], luego de planteada la respectiva demanda de interdicción en contra del incapaz [artículo 581° del Código Procesal Civil -en adelante, CPCi-]. En el caso específico de los ebrios y toxicómanos, pueden solicitar su interdicción su cónyuge, los familiares que dependan de él y, en ausencia de ellos, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores de edad o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena [artículo 588° del CC; sobre la petición del MP, artículo 583° del CPCi]. Son tres los supuestos en que dicha petición deberá ser aceptada: cuando se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, cuando necesite asistencia permanente o cuando amenace la seguridad ajena [artículo 586° del CC]. De otro lado, el juez penal puede ordenar el internamiento de un toxicómano o alcohólico como medida de seguridad, sin llegar a la ejecución de la pena [artículo 77° del Código Penal, sobre la base de lo señalado en el artículo 71°].

111. Con relación a este punto, es necesario insistir que el internamiento sólo se debió haber producido como última ratio, en caso de que el tratamiento extramural no sea efectivo para la protección de otros bienes jurídicos en juego, como puede ser la integridad o vida de los terceros que se encuentran cerca de la persona afectada por la enfermedad. Justamente para analizar la incapacidad de las personas, un juez debe apreciar, aparte de su habilidad para dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena [artículo 571° del CC], lo cual se probará a través de la certificación médica sobre el estado del supuesto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva [artículo 582°, inciso 2) del CPCi; también sobre el dictamen médico, artículo 578° del CC].

112. La lógica del tratamiento del paciente que sufre problemas de salud mental es que se logre un rehabilitación del mismo, sobre cuando sometido a una situación de interdicción. Así, jurídicamente se considerará que ello se ha producido cuando una comprobación judicial de que directamente o por medio de un examen pericial desapareció el motivo [artículo 612° del CC] y en el caso específico del ebrio habitual y del toxicómano, cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela [artículo 613° del CC; sobre el trámite para la declaración de rehabilitación, artículo 584° del CPCi].

113. En tal sentido, en los pacientes internados con el consentimiento de un curador existe el derecho a la representación imparcial y a la revisión, incluso a la apelación de su caso [artículo 4° de la DDHSM], por lo que existe una preocupación en virtud de que los procesos de interdicción que declaran la incapacidad de las personas no se encuentran garantizando la revisión periódica de estas decisiones ni de las medidas complementarias de internamiento que pudieran haberse adoptado en el marco de dichos procesos; esta razón ha motivado que "(...) la Defensoría del Pueblo considere indispensable establecer procedimientos de revisión periódica de las órdenes de interdicción, así como de las órdenes de internamiento dictadas en estos procesos" [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 356 del Cuadernillo del TC)], posición que este Colegiado hace suya. Asimismo, lo señalado desarrolla de manera más amplia lo establecido por la Constitución respecto a la readaptación de las personas que sufren problemas mentales, precisándose que el objetivo es lograr la rehabilitación del paciente, lo que implica su posterior reinserción en la sociedad. En efecto, es errónea la idea de que las personas que sufren enfermedades mentales deben permanecer aisladas y encerradas, pues lo que todo tratamiento psiquiátrico, máxime el intramural, debe buscar es que la persona retome la capacidad de vivir en sociedad, la que supone la posibilidad de desarrollarse emocionalmente y cumplir su proyecto de vida.

114. Llama poderosamente la atención de este Colegiado que al 7 de abril de 2008, de los veintiún pacientes internados en el SHA, sólo sean dieciocho los que hayan manifestado su consentimiento [Primer Informe de la DP como amicus curiae (fs. 361 del Cuadernillo del TC), sobre la base de la información brindada por el INESM'HD-HN', a través del Oficio N.° 0662-2008-SA-SDG- IESM "HD-HN"], aunque ellos son realizados por la misma persona. Es decir, no todos los pacientes cuentan con ingreso consentido al instituto de salud objetado, ni siquiera por un curador nombrado judicialmente, cuando es una obligación de dicha entidad tenerla, máxime si lo que está en juego en estos casos es la libertad individual de personas que posibles no tengan plena capacidad de actuación, ante lo cual también debe asumir responsabilidad el INESM'HD-HN', tema que será explicado con más detenimiento infra.

iv. La emergencia como excepción a la exigencia de consentimiento

115. Si bien la autorización del tratamiento por parte de los pacientes (ya sea por la misma persona, o por su padre, por su tutor o por su curador) es la regla general, se prevé la autorización de actos médicos sin el consentimiento del paciente, como situación de excepción, siempre que estos se produzcan en casos de emergencia destinados a enfrentar una situación que ponga en peligro inminente a la vida o salud de ellos mismos [artículo 40° de la LGS; en la misma línea, Primer Informe de la DP como amicus curiae (fs. 354 del Cuadernillo del TC)], y se dará pronto aviso de toda restricción física o reclusión involuntaria de pacientes a los representantes personales, de haberlos y de proceder [Décimo Primer Principio Fundamental, punto 11 de los PPEM]. No puede admitirse un abuso de la emergencia como mecanismo de internamiento y se exige además una explicación clara y sucinta del EdSM del por qué de la decisión de su utilización.
Como ha quedado dicho, si bien la autorización o consentimiento para el tratamiento es la regla general, sin embargo deben admitirse, además, como supuestos de excepción o emergencia: a) Los casos de una potencial amenaza sustentada en una conducta agresiva comprobada (por ejemplo, a través de denuncias policiales) no sólo respecto del mismo paciente (autoagresión), sino también de sus familiares y/o terceros, pues no puede esperarse a que se produzca el daño o, peor aún, éste se convierta en irreversible; b) Los casos de una manifiesta y comprobada incapacidad de sostenimiento económico provocada por la adicción y/o enfermedad mental en personas mayores de edad; y, c) Los casos de quienes han sido condenados por delito doloso por hechos derivados de la adicción.

116. Por tal razón, si en el caso del internamiento de los mayores y menores de edad en el INESM'HD-HN' cuyos formularios han sido cuestionados en los fundamentos precedentes, existía una emergencia en la cual se guarecía la institución para determinar la validez del tratamiento intramural, entonces debió sustentarse la situación concreta del paciente, lo cual tampoco ha sucedido. Cabe recordar que para que una persona pueda ser admitida como paciente involuntario en un EdSM o ser retenida como paciente involuntario en una

institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario, se tendrán que tomar en cuenta las siguientes condiciones: (a) Un médico calificado y autorizado por ley determinará que la persona padece una enfermedad mental, considerando que (i) existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o, (ii) el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado, tomando en cuenta el principio de la opción menos restrictiva. (b) La admisión o la retención involuntaria se debe realizar, en un inicio, por un período breve determinado por ley, con fines de observación y tratamiento preliminar del paciente, hasta que el órgano de revisión considera la admisión o retención, decisión que será comunicada sin demora al paciente y la admisión o retención misma, así como sus motivos, se comunicarán también sin tardanza y en detalle al órgano de revisión, al representante personal del paciente, cuando sea el caso, y, salvo que el paciente se oponga a ello, a sus familiares. (c) Una institución psiquiátrica sólo podrá admitir pacientes involuntarios cuando haya sido facultada para tal efecto [Décimo Sexto Principio Fundamental, punto 11 de los PPEM]. Sólo condiciones determinadas como las presentadas posibilitan, a la luz de lo dispuesto por la ONU, la restricción de la libertad individual de los pacientes por problemas de salud mental cuando no han brindado su consentimiento.

117. En conclusión, tratándose de personas con adicciones, las situaciones de emergencia pueden estar relacionadas con conductas suicidas, intoxicaciones severas y síndrome de abstinencia severo. Entonces, más allá de los casos específicamente señalados en la legislación, como son la exposición del paciente o su familia a caer en miseria, la necesidad de asistencia permanente o amenaza de su seguridad [artículo 586º del CC], también puede darse, por ejemplo, por una emergencia médica, con una posterior evaluación por parte de órganos administrativos [Décimo Quince y Décimo Sexto Principio Fundamental de los PPEM]. A entender del TC, siempre que un EdSM determine el ingreso de una persona por una causal de emergencia, la exposición clara del caso presentado no puede obviarse y es una obligación de la institución médica.

118. En estos casos el internamiento durará el tiempo que persista la situación que le dio origen, luego del cual los pacientes deben encontrarse en la posibilidad de decidir si desean permanecer internados de manera voluntaria, o si prefieren abandonar el EdSM. Pero igual, nadie puede ser sometido a un tratamiento médico o quirúrgico, fuera de estos supuestos de excepcionalidad, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo [artículo 4º de la LGS], lo cual obliga a este Colegiado a determinar los supuestos en que los pacientes pueden o no haber dado su consentimiento por sí mismos.

§2. La ausencia de condiciones mínimas en el establecimiento de salud mental y el hábeas corpus correctivo

119. Además del tema del consentimiento, el recurrente, pese a no fijarlo directamente en la demanda como parte de los derechos conculcados, también alega la afectación de la integridad personal de los pacientes [artículo 2º, inciso 1) de la Constitución], cuando cuestiona la situación interna del SHA. Dentro de la restricción de la libertad individual, "nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...)" [artículo 2º, inciso 24.h de la Constitución], toda vez que el ser humano es, per se, portador de estima, custodia y apoyo heterónomo para su realización acorde con su condición humana, de allí que la defensa de su integridad forme parte de la dimensión vital de la persona y, que, por ende, la Constitución le reserve deferente tutela y vocación tuitiva. Tal derecho tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida que el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano deviene en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo [RTC N.º 2333-2004-HC/TC], lo cual también sustenta su tratamiento a través del PHC.

a. La corrección en el tratamiento intramural

120. Sobre esta base el demandante ha alegado la existencia de un "(...) trato indigno y hasta cruel que se les practica a los pacientes que se internan, los someten a un régimen de violación de su libertad y sin goce mínimo de derechos que incluso un presidiario sí lo tiene (...)" [Demanda (f. 2 del Expediente)]. Por eso, de manera indirecta (se utiliza el iura novit curia [artículo VIII del Título Preliminar del CPCo], aunque más que él, una suplencia de queja deficiente) se ha planteado un PHC correctivo, aquél que procede ante actos u omisiones que importan la violación o amenaza sobre todo al trato reñido con la dignidad humana y a no ser objeto de tratos degradantes, en conexión directa con la libertad individual [desarrollado, entre otros, dentro del fundamento 1 de la STC N.º 0489-2006-PHC/TC; también, STC N.º 2663-2003-HC/TC]. El derecho a la integridad centrado en el ámbito psíquico se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales, asegurando el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior.

121. Cabe recordar que si bien el PHC protege la libertad individual, también lo puede hacer con derechos conexos a ella, como puede ser la integridad o también la salud de las personas, tal como podría suceder en el caso concreto, siempre y cuando esté en estricta relación con el derecho principal. Con el PHC se protege un núcleo duro de derechos relacionados con la libertad individual, siempre que exista conexión de los hechos referidos en la demanda con este derecho [fundamento 4 de la STC N.º 2262-2004-HC/TC]. Por tal razón, es correcto que se pueda tutelar los derechos fundamentales a la integridad personal, y también la salud misma, porque de otra manera se estaría desconociendo una tutela

verdadera y la salvaguarda completa de la libertad de los internados en la SHA del INESM'HD-HN', pues es posible utilizar el PHC para analizar la situación de internamiento respecto a la tutela de la vida, integridad y salud [v.gr. STC N.º 1429-2002-HC/TC; en el ámbito internacional,Sentencia de la CIDH en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil].

122. Este Tribunal, en tal entendido, considera como una de las pretensiones la mejora en las condiciones en que se encuentran los pacientes dentro de un tratamiento intramural como el que tienen, sobre todo si la tutela de la dignidad de las personas internadas se materializa en las condiciones en que éstas se encuentran hospitalizadas [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 363 del CuadernillodelTC)]. Esdecir,esválidoqueatravésdelPHC se busque revertir determinadas formas de tratamiento carentes de razonabilidad y proporcionalidad [sobre un análisis de este tipo, fundamento 4 de la STCN.° 05954-2007-PHC/TC], respecto de la forma y condiciones en que se lleva a cabo el internamiento, siempre tomando en cuenta que debe contarse con locales en los cuales no se pueda realizar ningún tipo de actividad que altere la tranquilidad o interfiera con la atención del paciente [artículo 30º del RESSMA].

123. La actuación de los EdSM, y en general de cualquier entidad médica, ya sea privada o pública, deben respetar el derecho fundamental a la salud de las personas internadas dentro de ella, en correlación directa con la tutela de la integridad personal, motivo de este PHC. En el marco de la presente sentencia, y tomando en cuenta la situación que debería regir en un tratamiento intramural, este Colegiado considera que es necesario establecer determinadas reglas para que la salvaguarda de las personas que sufren dificultades en su salud mental sea adecuada y razonable en un Estado social y democrático de derecho [interpretación mutatis mutandis del fundamento 8 de la STC N.º 5954-2007-PHC/TC]. En tal sentido debe buscarse un estándar mínimo que se condiga con el respeto a los derechos fundamentales en lo que a condiciones hospitalarias se refiere: (i) En los establecimientos médicos deberá tenerse un registro apropiado donde se consignen los datos personales y los motivos que fundan el internamiento; (ii) Para hacer efectiva el internamiento de una persona deberá tomarse en cuenta los siguientes criterios: sexo, edad y tipo de enfermedad mental. (iii) No deberá existir hacinamiento en los espacios destinados al internamiento. (iv) La higiene personal es una exigencia para las personas internadas, así como para las autoridades constituye una obligación brindarles servicio de agua y los utensilios necesarios para tal efecto. (v) Es una obligación para las autoridades asistir con ropa a las personas internadas y es un derecho de estos que la vestimenta sea apropiada y no denigrante. (vi) La alimentación es obligatoria, la misma que se deberá administrar atendiendo estándares de sanidad, nutrición y hora. (vii) El ejercicio físico y las actividades al aire libre también forman parte de los derechos que tiene las personas internadas, según las necesidades de su tratamiento. (viii) Las autoridades penitenciarias no pueden dejar de velar por el orden del lugar, y si resulta necesario para la preservación de la seguridad y tranquilidad de la convivencia, se tomarán las medidas pertinentes pero siempre obedeciéndose a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. (ix) Las autoridades están en la obligación de informar a la personas internadas sobre los derechos que les asisten, el funcionamiento y las reglas disciplinarias y de organización del establecimiento médico. (x) Los pacientes tienen derecho a tener contacto con su familia y con el mundo exterior. (xi) Deberá implementarse una biblioteca en todos los establecimientos como parte del derecho al disfrute del tiempo libre. (xii) Atendiendo a la religión que profesa el mayor número de reclusos, en cada centro de salud un representante de ese culto está autorizado para prestar sus servicios a los pacientes internados. (xiii) La persona que pase tener un tratamiento intramural al momento de ingresar al establecimiento médico entregará sus pertenencias de valor, dinero y otros a las autoridades para que sean registradas, guardadas y devueltas al momento de su salida por rehabilitación. (xiv) Los funcionarios tienen la obligación de informar a los familiares sobre el estado de la salud del internado. (xv) Tanto paciente como familiar debe tener conocimiento de fallecimiento, enfermedad grave o accidente y traslado a otro establecimiento del otro. (xvi) El traslado de una persona internada a otro establecimiento obedecerá a razones objetivas y razonables, la cual debe realizarse en condiciones de igualdad de trato, seguridad y sin exposiciones públicas que atenten contra la dignidad del paciente. (xvii) El personal del centro de salud debe ser calificado, a dedicación exclusiva y suficiente. (xviii) Personal externo del MINSA deberá llevar a cabo la función de inspección regular en los establecimientos médicos para evaluar la situación en que se encuentran y las condiciones en que conviven los pacientes. (xix) Es una obligación estatal, a través de las autoridades médicas, que en el caso de las personas internadas se cumpla con el fin del tratamiento intramural, es decir, que efectivamente sean rehabilitados. (xx) Durante el tiempo que las personas tengan que estar internadas para cumplir el periodo del tratamiento tienen derecho, en la medida de lo posible, a realizar actividades que supongan su desempeño educativo y laboral y a ejercer actividades recreativas e incluso culturales.

124. Por tal razón se tiene que analizar si la forma en que las personas están internadas es coherente y razonable para el fin que tiene su tratamiento psiquiátrico, en un modo intramural. No es posible desdeñar el hecho que se ha señalado específicamente para la protección de la salud mental, es decir que es necesaria la creación de condiciones apropiadas que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad [artículo 12º, punto d) del PIDESC]. El definido modelo familiar aplicado en el INESM'HD-HN' cuenta con cuatro etapas luego de la admisión del paciente adicto: evaluación diagnóstica integral de él y de su familia; protección ambiental del adicto (de uno a dos años); tratamiento, rehabilitación y reciclaje humano integral de la familia y del adicto hasta alcanzar la condición de familia armónica (hasta tres años); y, seguimiento y alta (hasta diez años) [MNPMF]. Dentro de estas etapas, la fase de hospitalización constará de la evaluación por un equipo terapéutico, visitas médicas,

evaluación psicológica y social, antropometría de los pacientes, control de funciones vitales, administración de psicofármacos, terapias de relajación, entre otros [GMAMF]. Y es justamente en esta etapa donde tiene que ponerse énfasis en la tutela de los derechos personas, sobre todo en lo relativo a la salud mental, en correlación directa con la libertad individual.

125. Cualquier tratamiento debe estar en relación evidente con la rehabilitación de la persona con problemas de salud mental y con su reinserción en el seno familiar y social. En tal sentido corresponde continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen problemas de salud mental [punto resolutivo 3 de la RTC N.º 2333-2004-HC/TC], siempre con la idea de que puedan recibir atención médica especializada. El proceso de atención hospitalaria dentro del SHA permitiría brindar mayor comodidad al paciente, garantizar condiciones óptimas de permanencia hospitalaria en los aspectos relacionados al cuidado e higiene y proporcionar condiciones de seguridad al personal que labora en el servicio y demás pacientes [MNPMF]. Si el fin no puede ser cumplido, entonces está demás cualquier tipo de intervención intramural.

b. La aplicación del tratamiento intramural

126. Para realizar el análisis correspondiente a las condiciones existentes del INESM'HD-HN', el TC está en la obligación de revisar algunas cuestiones sobre el internamiento de las personas del SHA. Y según lo señalado en la demanda, esto debe realizarse en algunos ámbitos específicos, sobre todo, (i) con relación al espacio utilizado para el tratamiento de estas personas; y, (ii) con relación a las posibilidades de contacto con el mundo externo. En estricto, la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación estatal de realizar aquellas acciones tendientes a prevenir los daños al derecho fundamental a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona [fundamento 17 de la STC N.º 02002-2006-AC/TC]. En estricto, lo que se tiene que observar es cómo está ejerciéndose la actividad médica dentro del EdSM materia de estudio, pues no será admisible dentro de un Estado social y democrático de derecho que las acciones realizadas sean desproporcionadas con relación a la forma y las condiciones en que se aplica el tratamiento intramural.

i. La correcta distribución de los espacios

127. En primer lugar, debe ser materia de examen el tema del espacio dentro de los centros especializados. En tal razón se debe verificar el cumplimiento del rol del Estado respecto al establecimiento de una especial separación para aquellos internos que sufren enfermedades psiquiátricas o mentales con aquellos pacientes que tienen problemas de drogadicción, alcohol, pues no es un trato digno que estén mezclados; en buena cuenta, debido al grado de peligrosidad y a las alteraciones mentales no es posible el tratamiento en conjunto de tales pacientes. Como se ha venido señalando, los derechos sociales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas [fundamento 38 de la STC N.º 2945-2003-AA/TC]. Así, de nada serviría que existan diversas normas sobre el tratamiento intramural y el respeto de un espacio físico digno, si en la práctica ellas no son cumplidas.

128. Sobre este tópico se ha venido a señalar, con relación a los derechos de los pacientes, dos cosas principalmente: (i) Deben ser tratados en un ambiente lo menos restrictivo y alterador posible, que corresponda a sus necesidades de salud y, al mismo tiempo, a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros. (ii) Su tratamiento y cuidados estarán basados en un plan prescrito individualmente, examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por personal profesional calificado [Noveno Principio Fundamental de los PPEM]. Aparte de las condiciones específicas para cada tipo de tratamiento, la planta física de los establecimientos de salud debe cumplir con los siguientes requisitos, entre otros: (•) señalización externa que identifique al establecimiento médico; (•) áreas y ambientes acordes con la naturaleza de las funciones asignadas a dicho establecimiento; (•) instalaciones sanitarias, eléctricas, de comunicaciones y otras especiales, en condiciones operativas adecuadas; (•) vías de acceso y circulación que faciliten el ingreso y desplazamiento de personas con limitaciones físicas y que requieran silla de ruedas, camillas u otro tipo de ayudas; (•) señalización escrita y por símbolos, que permita la ubicación e identificación de los servicios, zonas de seguridad, salidas de emergencia, avisos de no fumar, de guardar silencio; de acuerdo a los parámetros establecidos por las autoridades correspondientes y libre de cualquier otro tipo de letrero o cartel distractor; y, (•) condiciones de seguridad para los usuarios y el personal que acuden al establecimiento [artículo 28º del RESSMA; sobre las áreas mínimas, también Décimo Tercer Principio Fundamental, punto 11.2 de los PPEM].

129. A entender de la DP, el espacio dentro del EdSM sujeto a análisis en el presente PHC es prima facie adecuado. En general, está en buenas condiciones y cumple con los parámetros de higiene, pudiéndose constatar que es una instalación moderna; en concreto las habitaciones están en buen estado y bien iluminadas, existe un ambiente común compartido por los pacientes y no se observó condiciones de hacinamiento [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 364, 365 del Cuadernillo del TC)], situación opuesta a la observada en otros centros del MINSA [Informe Defensorial 'Anticoncepción quirúrgica voluntaria I. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo']. No obstante existen algunas cosas que deben mejorar, y este Colegiado hace hincapié en ellas.

130. Como parte de un tema planteado en la demanda, como es la separación entre los hombres y mujeres dentro

del SHA, el amicus curiae del presente proceso consideró que "(...) sería conveniente que el Instituto adopte las acciones correspondientes a fin de que se amplien los ambientes destinados al internamiento de pacientes con adicciones para que las habitaciones de hombres y mujeres puedan ser ubicados en secciones diferentes como sucede en el servicio de hospitalización de psiquiatría" [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 365 del Cuadernillo del TC)]. Ello se comprueba con el plano remitido por el INESM'HD-HN' a este Colegiado [Exposición acerca de distribución de pabellones de los pacientes, como parte del Informe N.º 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (f. 25 del Cuadernillo del TC)], en el cual puede observarse que es aún perfectible la existente separación entre pacientes hombres y mujeres dentro del SHA, en procura del respeto del género de todos ellos y la conveniencia de su internamiento.

131. Según el croquis presentado por el EdSM, la SHA cuenta con un pabellón con dos alas internas, dentro de las cuales se van intercalando habitaciones para varones y para damas, consultorios médicos, ambientes para personal de enfermería, baños para hombres y para mujeres, ambientes de reposo y zonas de servicios (repostería, almacén y ropería) [Exposición acerca de distribución de pabellones de los pacientes, como parte del Informe N.º 009-2008-SA-DEIDAE.AD-.-IESM'HD-HN' (fs. 25 del Cuadernillo del TC)]. Lamentablemente, en el croquis presentado no se indica qué tipo de pacientes pertenece a cada uno de los grupos mencionados dentro de las salas de UCI, de UCI-intermedio y de nivel intermedio. De otro lado la distribución de los ambientes de la institución se encuentra plasmada en papel fotocopia, sin estar legalizada por algún instituto que avale esta construcción, ni se adjunta tampoco plano de construcción. Este Colegiado solicitó un informe con relación a la distribución en habitaciones y pabellones en el que se detalle la ubicación de pacientes hombres y mujeres [Pedido de informe (f. 13-a del Cuadernillo del TC)]; los pormenores correspondientes nunca fueron remitidos, sino tan sólo el mencionado gráfico.

132. De otro lado está el análisis de la separación de los adolescentes de los adultos dentro del INESM'HD-HN'. Un adolescente es aquella persona que se encuentra comprendida entre los doce y los dieciocho años de edad [artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes -en adelante, CNA-], y que cuenta con una tutela específica y especial a partir del mandato constitucional del 'interés superior' de su cuidado y protección [artículo 4º de la Constitución; de manera más directa en el ámbito nacional, artículo IX del Título Preliminar del CNA]. Tal como se encuentra expresado el mandato constitucional, el Estado está en el deber de proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud, por lo que el ejercicio de este derecho fundamental en el caso específico de los adolescentes depende de una atención respetuosa de su salud que tenga en cuenta la confidencialidad y la vida privada [punto 23 de la OG14]. De esta forma, para el análisis de la cuestión se tomará en cuenta la tutela jurídica de sus derechos [artículos 510º y 511º del CC, en concordancia directa con los artículos 23º y 41º del CNA], siendo imprescindible brindar a los adolescentes con problemas de salud, sobre todo en el caso de la salud mental, la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad [punto 22 de la OG14, retomando lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24º].

133. En la solicitud de informe indicada con relación a la distribución en habitaciones y pabellones, el TC requirió que se detallara la localización y diferenciación de los pacientes menores y mayores de edad [Pedido de informe (f. 13-a del Cuadernillo del TC)]; sin embargo no existe explicación alguna que determine de qué forma han sido ubicados los adolescentes dentro del centro hospitalario cuestionado ni existe referencia específica concreta respecto a este punto dentro del plano remitido. De otro lado, al 17 de marzo de 2008, según la explicación del INESM'HD-HN', existían cinco adolescentes varones internados, pero cuando consignan el listado final, sólo se presentan a dos de ellos, de quince y dieciséis años [Informe N.º 070-2007-SA-DEIDAE.AD-INSM'HD-HD', como parte del Segundo Informe de la DP como amicus curiae (f. 389 del Cuadernillo del TC)]. De lo observado, pese a no existir tampoco análisis sobre la materia por parte de la DP, se colige que no existe espacio exclusivo para los pacientes menores de edad, lo cual contradice la tutela especial a que merecen, ni se tiene claro cuándo existe la tutela superlativa para este grupo de personas. Es una exigencia para el INESM'HD-HN', entonces, crear los ambientes adecuados para que los adolescentes puedan llevar un tratamiento intramural correcto, según lo que la tutela de sus derechos constitucionales acarrea.

ii. El pleno respeto de sus derechos

134. Por último, corresponde analizar, según lo planteado en la demanda, la restricción de otros derechos como el derecho a la información. Un paciente de toda institución psiquiátrica debe ser reconocido en todas partes como persona, y por lo tanto, el ejercicio de sus derechos a la vida privada, a las libertades comunicativas, a la inviolabilidad de correspondencia, y a la libertad de religión o creencia no puede ser restringido en su totalidad [Décimo Tercer Principio Fundamental, punto 11.1 de los PPEM]. La comunicación no puede ser anulada, lo cual tampoco quiere significar que pueda imponerse algunas restricciones razonables a la luz del tratamiento intramural que reciba el paciente. Por ejemplo, sería inadmisible que se anulen los mecanismos de información permanente al usuario [artículo 58º del RESSMA], porque este ámbito del derecho fundamental no tiene relación alguna con el fin constitucional de su rehabilitación.

135. Cualquier restricción debe canalizarse según el mecanismo utilizado por el INESM'HD-HN' como parte de su programa de desintoxicación (parte del afronte holístico), pues ésta será la forma en que debe buscarse la recuperación real del paciente. En general, cuando existe internamiento, los pacientes no tienen contacto con

su familia, no tienen acceso a teléfonos fijos o móviles, no pueden utilizar radios y no pueden comunicarse entre sí [MNPMF]. Así es el tratamiento propuesto por el INESM'HD-HN' y, bajo estas condiciones, el pacientes dio su consentimiento para su hospitalización. Se puede decir que es una restricción admitida y aceptada por el propio titular del derecho fundamental.

136. Así, la existencia de terapias como la del 'diario vivencial' o 'grafoterapia', de un lado, o más rigurosos, como la 'clinoterapia', de otro, sólo serán viables en tanto sean cumplidos según los parámetros establecidos por los especialistas en la materia. El uso irregular de estas formas de tratamiento tendría que ser probado por quien recurre ante un juez constitucional o evidenciado por algún reconocimiento in situ, pero en el caso concreto, es la DP la que llegó a constatar que los pacientes ubicados en dicha área se encontraban en buen estado y que las medidas se habían adoptado siguiendo los procedimientos adecuados [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 367 del Cuadernillo del TC)], por lo que no puede ampararse una demanda en este extremo; es más, sobre su utilización se ha señalado que ésta es empleada "(...) con criterios de conveniencia para el funcionamiento del servicio (...)", además de tomar en cuenta lo explicado por un personal de salud del propio instituto: "(...) algunos pacientes que están inquietos, intranquilos, agresivos, vociferantes, perturbadores, se tiran al piso, fastidian a otro paciente que también puede responder a ese fastidio. [Entonces], se le instala en clinoterapia, sólo por un momento, para que el personal pueda entregar el turno... Entonces, ahí es donde nosotros lo aislamos, por unos momentos, hasta que podamos atenderlo..." [Informe Defensorial 'Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental'].

137. En conclusión, a partir de estas afirmaciones, este Colegiado advierte que actividades de esta índole sí restringen los derechos fundamentales de los pacientes, pero ello está en estricta relación con la recuperación de su salud mental; tan así es que la DP no ha cuestionado su utilización [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 365 del Cuadernillo del TC)]. Es cierto que la comunicación es un derecho fundamental que se relaciona tanto con la posibilidad de poder entablar una relación con los demás como con la necesidad de saber qué pasa con la realidad y qué se opina respecto a ella [artículo 2°, inciso 4) de la Constitución], pero la utilización de un tratamiento que restrinja el derecho durante un periodo determinado no puede considerarse vulneratorio, siempre y cuando sea proporcional con el fin constitucional existente, cual es la tutela de la salud mental de las personas [artículo 7° de la Constitución].

D. SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE UNA DEBIDA ACTUACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD MENTAL

138. Analizado el cuestionamiento constitucional realizado por el recurrente a favor de los pacientes del SHA del INESM'HD-HN' con relación a la actuación de los codemandados, es necesario que este Colegiado deje sentado con nitidez su posición al respecto. Para ello, debe responder de forma directa cada una de las pretensiones planteadas.

§1. El respeto de la libertad individual y derechos conexos de los favorecidos

139. De los actuados, y sobre la base de los elementos teóricos expresados al inicio de la presente sentencia, este Colegiado considera que la demanda debe declararse fundada. En efecto, de lo expresado en los fundamentos precedentes, se advierte que algunos menores de edad ingresaron con consentimiento brindado por personas que no poseen patria potestad ni son sus tutores, además de haberse observado falta de consentimiento en el ingreso de algunos mayores de edad. Se declara fundada, entonces, por el ingreso irregular de las algunas de las personas que se encontraban internadas al momento de emitirse los informes correspondientes, incluso habiendo operado la sustracción de la materia por irreparabilidad del daño [artículo 1° del CPCo], en vista que las personas máximo podían encontrarse bajo tratamiento intramural 45 días, plazo que se ha visto superado a la hora de emitir esta resolución, por lo que es imposible ordenar la libertad de personas que en estos momentos no se encuentran hospitalizadas. No obstante los coemplazados no pueden volver a incurrir en las omisiones que motivaron la interposición de la presente demanda; en caso de proceder así se les aplicará las medidas coercitivas previstas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, de modo que se les hace necesario examinar la situación actual de los pacientes internados, para que comprueben si cuentan con el consentimiento adecuado.

140. En esta misma línea de análisis, pero centrándose en los elementos que constituyen la normatividad sobre consentimiento, es imprescindible que, tal como lo establece la legislación infraconstitucional, se establezcan mecanismos de revisión periódica de las órdenes de interdicción, toda vez que ellas sólo pueden ser dispuestas cuando media una imposibilidad para la toma correcta de decisiones, y si es ésta ya no existe, debe restituirse a la persona sus plenas capacidades civiles. De otro lado este Colegiado cree conveniente enfatizar que en los casos en que el consentimiento no es necesario por existir alguna circunstancia de emergencia que amerite la intervención urgente de un EdSM, debe considerarse dos cuestiones: no puede usarse de manera indiscriminada y se debe sustentar su viabilidad.

141. También puede propiciarse, dentro las posibilidades presupuestarias del propio INESM'HD-HN', la mejora en las condiciones del pabellón del SHA dedicado al tratamiento de las personas con problemas de adicciones. En el ámbito de los espacios dedicados al tratamiento intramural de los pacientes es necesario que se acondicionen las zonas donde se dé una mejor separación entre hombres y mujeres, y también que se propicie una división entre los espacios destinados a los adolescentes y a los adultos. Dentro de los EdSM también debe promoverse que existan carteles a lo

largo de la institución en los que se recuerden tanto a los pacientes como al personal de salud cuáles son los derechos que aquellos tienen dentro de un EdS.

142. Asimismo, también es importante que exista un control adecuado a los EdSM, sobre todo en lo relacionado en el tratamiento de salud mental y de adicciones. Por tanto, se requiere grupos de apoyo y vigilancia dentro de los centros de atención psiquiátricos que monitoreen el cumplimiento de las normativa internacional y nacional sobre el tema y la realización de actividades que, además, involucren a asociaciones de familiares [Conclusiones del Taller 'Derechos Humanos Básicos y Libertades Fundamentales de las Personas con Discapacidades Mentales y sus Familiares'], siempre con el objeto de cumplir con el mandato constitucional de supervisión de estas entidades [artículo 11° de la Constitución; en la misma línea, 38° de la LGS].

143. De otro lado se requiere la sensibilización de la población en el tema de la salud mental de las personas -y de adicciones en especial- sobre todo con relación a la actuación de los medios de comunicación social [artículo 2°, inciso 4) en concordancia con el artículo 14° de la Constitución]. Asimismo, es necesario que la difusión de información sobre personas con problemas de salud mental no se convierta, en sí, en un mecanismo que coadyuve al estigma de este grupo poblacional [Conclusiones del Taller 'Derechos Humanos Básicos y Libertades Fundamentales de las Personas con Discapacidades Mentales y sus Familiares', como parte del documento 'Salud Mental y Derechos Humanos', Cuadernos de Promoción de Salud N.° 8, realizado por la DP y el MINSA, en 2004], sobre todo si su promoción y defensa es una obligación tanto del Estado como de los particulares [artículo 7° de la Constitución; en la misma línea, artículo 1° de la DDHSM].

144. Este Colegiado continúa insistiendo en la necesidad de promover una ley de salud mental especial, tal como la normatividad internacional lo propone. A través de ella deben dejarse sentados, entre otros temas, los principales lineamientos de la actuación de un EdSM en la búsqueda de una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona. A través de dicha ley también debe afirmarse la prevalencia del tratamiento extramural sobre el intramural, pero en caso de optarse por este último, el consentimiento debe ser pleno y las condiciones de hospitalización, las mejores.

145. Por último, cabe mencionar además que los lineamientos jurídicos establecidos en la presente sentencia para el fiel cumplimiento del mandato constitucional [básicamente de los artículos 7°, 9° y 11° de la Constitución], si bien han estado dirigidos al análisis del caso de los problemas de salud mental, y en especial de adicciones, deben ser aplicados a todos los casos de atención de salud, especialmente los relativos a la atención dentro de los EdS.

§2. La constitucionalidad de las normas emitidas por el Instituto Nacional Especializado de Salud Mental 'Honorio Delgado – Hideyo Noguchi'

146. De manera indirecta, también el recurrente ha cuestionado la constitucionalidad de las normas internas del INESM'HD–HN', al considerar que las presuntas afectaciones a la libertad individual en el tratamiento médico de estas personas estarían sustentadas en una resolución directoral y procedimientos a todas luces violatorios de los derechos fundamentales [Demanda (f. 2 del Expediente)].

147. La resolución directoral a que hace mención el accionante es la Resolución Directoral N.° 144-2004-SA-DG-IESM"HD-HN", de 2004, a través de la cual se aprueban la GMAMF y el MNPMF, documentos que explican el tratamiento intramural a través del modelo familiar – afronte holístico de las adicciones, que es el utilizado por la entidad objetada en el presente PHC. Como se ha ido expresando a través de la presente sentencia, el problema con relación a la salud mental de los favorecidos no parece surgir del modelo de tratamiento por el cual ha optado la entidad en donde laboran los codemandados, y que tampoco ha sido cuestionada por la DP en su calidad de amicus curiae, sino, para tal caso, de la propia aplicación del tratamiento.

148. Pese a que desde el punto de vista material no podría cuestionarse su contenido, este Colegiado coincide con lo señalado por la DP, al constatar que los documentos utilizados por dicha institución no cuentan con las opiniones necesarias para su aprobación: "Por esta razón, la Defensoría del Pueblo considera que las guías de práctica clínicas, los manuales de procedimiento, así como los formatos de consentimiento informado de las hospitalizaciones y de los tratamientos médicos, deberían contar con la opinión del Comité de Ética Asistencial del Instituto antes de ser aprobados por la dirección" [Primer Informe de la DP como amicus curiae (f. 367 del Cuadernillo del TC), sobre la base de lo respondido en el Oficio N.° 0662-2008-SA-SDG-INSM "HD-HN", de 7 de abril de 2008]. Así, en el ámbito formal, si bien no existe la obligatoriedad de la emisión de estas opiniones, mejor sería que se contase con ellas para la mejor tutela de los derechos de los internados.

§3. La responsabilidad penal de los codemandados

149. Antes de concluir la sentencia debe analizarse la alegación acerca de la determinación de la responsabilidad del agresor, en tanto constituye pretensión del demandante. Según la normatividad procesal constitucional, al existir una causa probable de la comisión de un delito, el juez constitucional, en la sentencia que declara fundada la demanda, dispondrá la remisión de los actuados al fiscal que corresponda para los fines pertinentes [artículo 8° del CPCo]. Por ello, corresponde en este caso determinar si los demandados, es decir los dos médicos pertenecientes al INESM'HD–HN', también podrían ser plausibles de responsabilidad penal. Este Colegiado ha tratado de explicar lo que significa esta responsabilidad del agresor, como parte del análisis del recurso de agravio constitucional,
en los siguientes términos: "(...) es claro que [se] utiliza la figura de la responsabilidad del agresor para, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159°, inciso 1) de la Constitución (función fiscal de promoción de la acción judicial), determinar si es que se logra establecer un nexo causal entre los hechos investigados en sede constitucional y la comisión de un delito. No es que el TC considere la existencia de responsabilidad penal del investigado, sino tan sólo estima pertinente que el accionar del demandado sea analizado a la luz de la legislación penal. Es más, así la sentencia en el proceso constitucional no determine la utilización del artículo 8° del CPCo, el afectado con la conducta antijurídica de un demandado, tiene el camino libre para iniciar las acciones penales que considere. Asimismo, la investigación fiscal también puede ser realizada de oficio (...)" [fundamento 19 de la STC N.º 2877-2005-PHC/TC].

150. Por ello, lo relevante en este caso es establecer, primero, si existió o no vulneración del derecho invocado, y luego determinar si corresponde dar cuenta a las autoridades judiciales y fiscales de los actos cometidos para que inicien la investigación. Al respecto, tal como se ha podido determinar en el caso analizado, los errores cometidos por los recurridos en contra de los favorecidos no tienen relación alguna con la posible comisión de un acto delictivo, o por lo menos no ha quedado ello evidenciado a partir de los autos y los medios probatorios aportados.

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de hábeas corpus interpuesta.

En consecuencia:

1. Se declara **FUNDADA** en lo relativo a la violación del derecho de los pacientes a ingresar a un establecimiento de salud mental con consentimiento informado previo como derecho conexo a la libertad individual (hábeas corpus reparador), por lo que en atención del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, pese a existir sustracción de la materia por irreparabilidad del daño, se exige a los responsables, en especial al codemandado don Luis Julio Matos Retamozo, a que en las siguientes oportunidades el consentimiento de las personas que ingresen al Instituto Nacional de Salud Mental 'Honorio Delgado – Hideyo Noguchi', Sala de Hospitalización de Adicciones, se realice según lo estipulado en la normatividad nacional; caso contrario, le será aplicable las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del mencionado cuerpo legislativo.

2. Se requiere a las autoridades de los establecimientos de salud, no solo a los de salud mental sino también a los que tratan adicciones a que, si bien es necesaria una actuación lo más expeditiva posible en el caso de pacientes que requieran tratamiento, no omitan someter tal actuación a un consentimiento plenamente informado, y si es que la situación amerita una actuación de emergencia, recién podrá aceptarse la intervención sin consentimiento, siempre y cuando la búsqueda de protección de los derechos de los paciente sea la guía de su intervención y esté absolutamente justificada y sustentada, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento N.º 115, supra.

3. Se hace necesario establecer mecanismos de revisión periódica de las órdenes de interdicción para aquellas personas con declaración de incapacidad, siempre y cuando se compruebe que el fin constitucional de tal declaración, cual es la rehabilitación de la persona que padece una enfermedad mental, ha sido verificado según los lineamientos previstos en la legislación.

4. Se ordena que, dentro de las previsiones presupuestarias, la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental 'Honorio Delgado – Hideyo Noguchi' ejecute las correcciones adecuadas en el espacio destinado a sus pacientes (hábeas corpus correctivo) en el sentido de una mejor separación entre los pacientes hombres y mujeres, y crear un espacio destinado al tratamiento diferenciado de los pacientes adolescentes, sobre la base de la tutela prevista en el artículo 4° de la Constitución.

5. Se declara **INFUNDADA** la demanda en lo relativo a la vulneración del derecho a la información como parte del tratamiento intramural que se lleva a cabo dentro de la Sala de Hospitalización del Instituto Nacional de Salud Mental 'Honorio Delgado – Hideyo Noguchi'.

6. Se demanda que se continúe desarrollando programas de formación y capacitación para el personal vinculado a la atención de salud mental, con particular incidencia en los principios que deben regir el trato de las personas que padecen problemas de salud mental, en consonancia con el inicio de una campaña de concientización social para evitar la estigmatización de las personas con problemas de salud mental.

7. Se exhorta a las autoridades legislativas a que contemplen la promulgación de una ley de salud mental, la que representaría un importante progreso en la tutela de los derechos fundamentales de las personas que sufren problemas de dicha índole, sobre todo en el caso de adicciones.

8. Se declara **IMPROCEDENTE** la demanda en lo relativo al cuestionamiento constitucional de la Resolución Directoral N.º 144-2004-SA-DG-IESM"HD-HN", del año 2004, a través de la cual se aprueba la Guía de Manejo de las Adicciones según el Modelo Familiar y el Manual de Normas de Procedimientos del Modelo Familiar, por no ser tal pretensión materia de un hábeas corpus.

9. Se declara INFUNDADA la demanda en lo relativo a la remisión de los actuados al Ministerio Público, por concluirse que las acciones realizadas por los codemandados no constituyen delito.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. Nº 0926-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por C.F.A.D. Sobre los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual, a no ser discriminado y al debido proceso en el ámbito administrativo disciplinario policial].*

Fecha de Resolución: 3 de noviembre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 9 de diciembre de 2009

Resumen: La Sala Segunda del Tribunal Constitucional emitió votos discordantes. Si bien los magistrados suscriptores de la sentencia disintieron en sus fundamentos, sus votos concordaron con el sentido del fallo y alcanzaron el quórum suficiente para formar decisión. Así, pues, declararon fundada la demanda de amparo interpuesta por el alumno C.F.A.D. contra la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra, quien fue separado de la institución por supuestos actos de homosexualidad.

En el presente caso, el Tribunal ordenó la reincorporación del demandante a la escuela policial, por cuanto se violentó el derecho a la defensa durante el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra él, restándole la posibilidad de proponer los medios de prueba que estimaba pertinentes para su defensa, pues no se le permitió presentar testigos ni ofrecer pruebas de descargo.

La sentencia precisó que no se había probado fehacientemente que los alumnos implicados mantuvieran relaciones sexuales dentro de la Escuela Técnica Superior de la PNP. Si ello hubiera ocurrido, sean éstas relaciones heterosexuales u homosexuales, los alumnos hubieran podido ser sancionados de acuerdo con el reglamento vigente.

Además, de los actuados se comprobó que el demandante no fue informado debidamente que su defensa podía ser asumida por él o que tenía derecho a elegir libremente un abogado defensor para que le asista durante el procedimiento, y que en caso de que no contara con uno se le debía haber asignado un abogado defensor de oficio.

El Tribunal sostuvo que, como podrá constatarse en el parte policial, se reconocía que no se contaba con pruebas contundentes que dieran solidez a la denuncia, basándose en testimonios de terceros que constituían indicios que no fueron corroborados posteriormente. Más bien en el proceso administrativo seguido contra C.F.A.D. se constató la intención de separarlo de la PNP por su supuesta condición de homosexual. El Tribunal concluyó que ni el test psicológico ni el examen médico constituían pruebas idóneas para demostrar la supuesta condición de homosexual.

De manera complementaria se dejó sentado en los fundamentos del magistrado dirimente que la condición de homosexual de una persona no significaba una disminución de su calidad moral, profesional, mental o física. En este sentido, la opción sexual de un individuo no podía ser requisito o condición para determinar su capacidad o aptitud profesional, incluyendo la actividad policial y castrense. Sostener ello no solo resulta anacrónico sino atentatorio al principio de dignidad de la persona.

Temas claves: Derecho a la dignidad humana - derecho a la integridad personal - derecho a la intimidad - derecho a la no autoincriminación - derecho a la presunción de inocencia - derecho al debido procedimiento - derecho al libre desarrollo de la personalidad - derecho de defensa -discriminación por opción sexual - régimen disciplinario militar policial.

EXP. N° 00926-2007-PA/TC
LIMA
C.F.A.D.
RAZÓN DE RELATORÍA

La sentencia recaída en el Expediente N.° 00926-2007-AA es aquella conformada por los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, que declaran FUNDADA la demanda. Se deja constancia que, pese a disentir en sus fundamentos, los votos de los magistrados concuerdan con el sentido del fallo y alcanzan el quórum suficiente para formar sentencia, como lo prevé el artículo 11°, primer párrafo del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de noviembre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, inicialmente integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia; con los votos discordantes de los magistrado Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se acompañan; el voto del magistrado Álvarez Miranda, llamado a dirimir, que confluye en el sentido del fallo del magistrado Mesía Ramírez, que se agrega; y el voto finalmente dirimente del magistrado Landa Arroyo, que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por C.F.A.D. contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 133, su fecha 19 de octubre de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de octubre de 2004, C.F.A.D. interpone demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP) solicitando que se ordene su reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra (fojas 39).
El demandante sostiene que ha sido destituido de dicha escuela con violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo disciplinario que le inició la Dirección de Instrucción y Doctrina Policial, la cual adoptó la medida acusándolo de haber cometido una falta muy grave contra la moral policial (contra el decoro).

El 13 de octubre de 2003, la Jefatura del Regimiento de Alumnos de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra (ETS-PNP-PP) emite el Parte N° 3-2003-PNP-DIRIDP-ETS-PP-RAL, el cual se refiere a las faltas muy graves contra la moral policial (contra el decoro), cometidas por los alumnos del segundo año PNP R.E.C.P. y C.F.A.D. al haber mantenido relaciones homosexuales en más de una oportunidad entre los meses de octubre de 2002 y septiembre de 2003 (fojas 2).

Para adoptar esta recomendación, se realizan las siguientes diligencias (fojas 5): (i) se recibe el testimonio de los dos alumnos implicados en dicha acusación; (ii) se recibe el testimonio de testigos alumnos de la ETS-PNP-PP; (iii) se realiza un examen psicológico con el fin de determinar la orientación sexual de los implicados por parte del Centro Médico de la ETS-PNP-PP; y (iv) se efectúa un examen médico forense preferencial anal por parte de la Dirección de Criminalística de la PNP.

El 16 de octubre de 2003, mediante la Resolución Directoral N° 788-2003-DIRDP-PNP/ETS-PP, el Director de Institución y Doctrina de la PNP resuelve separar al demandante y a don R.E.C.P. por tener una relación sentimental de pareja y por mantener relaciones sexuales en más de una oportunidad en los baños del segundo nivel de la ETS-PNP-PP, lo que constituye una falta contemplada en el Capítulo V, 02, c, (a) 1 del Manual de Régimen Interno de las Escuelas de Formación de la PNP, aprobado por la Resolución Directoral N° 1403-2003-DIRGEN/DIREMG del 7 de julio de 2003 (fojas 24).

Esta decisión fue confirmada por la Resolución Directoral N° 916-2003-DIRIDP-PNP, del 3 de diciembre de 2003, que conoce del recurso de reconsideración (fojas 28) y posteriormente por la Resolución Ministerial N° 0883-2004-IN/PNP del 13 de mayo de 2004, que desestima del recurso de apelación presentado por el demandante (fojas 36).

Ante esta situación, el 15 de octubre de 2004 C.F.A.D. interpone la demanda de amparo alegando que en el proceso administrativo disciplinario seguido contra él se violó su derecho fundamental a la defensa (fojas 39).

El 10 de junio de 2005 el Cuadragésimo Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara improcedente la demanda, bajo el argumento de que existen otras vías para la protección de los derechos invocados por el demandante (fojas 71). Esta decisión es confirmada por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima mediante decisión del 19 de octubre de 2006 (fojas 136). No se tomó en consideración la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Huaura del 1 de agosto de 2005, que confirma la demanda de amparo interpuesta por don R.E.C.P., ordenando que se restituya al ex-alumno ala ETS-PNP-PP (fojas 92).

El 19 de diciembre de 2006, el demandante interpone recurso de agravio constitucional reiterando que la declaratoria de improcedencia es inaplicable en este caso puesto que se procura proteger derechos constitucionales tales como el derecho al debido proceso, el principio de non bis in ídem, los derechos a la defensa, a la libertad y al trabajo, entre otros (fojas 139).

Por los fundamentos que a continuación se exponen en los votos que se acompañan, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N° 00926-2007-PA/TC
LIMA
C.F.A.D.

VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por C.F.A.D. contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 133, su fecha 19 de octubre de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta, el magistrado firmante emite el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de octubre de 2004 C.F.A.D. interpone demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP) solicitando que se ordene su reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra (fojas 39).

El demandante sostiene que la destitución sufrida ha sido con violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo disciplinario iniciado por la Dirección de Instrucción y Doctrina Policial, la cual determinó su destitución por haber cometido una falta muy grave contra la moral policial (contra el decoro).

El 13 de octubre de 2003, la Jefatura del Regimiento de Alumnos de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra (ETS-PNP-PP) emite el Parte N° 3-2003-PNP-DIRIDP-ETS-PP-RAL, el cual se refiere a las faltas muy graves contra la moral policial (contra el decoro), cometidas por los alumnos del segundo año PNP R.E.C.P. y C.F.A.D. al haber mantenido relaciones homosexuales en más de una oportunidad entre los meses de octubre de 2002 y septiembre de 2003 (fojas 2).

Para adoptar esta recomendación, se realizan las siguientes diligencias (fojas 5): (i) se recibe el testimonio de los dos alumnos implicados en dicha acusación; (ii) se recibe el testimonio de testigos alumnos de la ETS-PNP-PP; (iii) se realiza un examen psicológico con el fin de determinar la orientación sexual de los implicados por parte del Centro Médico de la ETS-PNP-PP; y (iv) se efectúa un examen médico forense preferencial anal por parte de la Dirección de Criminalística de la PNP.

El 16 de octubre de 2003, mediante la Resolución Directoral N° 788-2003-DIRDP-PNP/ETS-PP, el Director de Institución y Doctrina de la PNP resuelve separar al demandante y a don R.E.C.P. por tener una relación sentimental de pareja y por mantener relaciones sexuales en más de una oportunidad en los baños del segundo nivel de la ETS-PNP-PP, lo que constituye una falta contemplada en el Capítulo V, 02, c, (a) 1 del Manual de Régimen Interno de las Escuelas de Formación de la PNP, aprobado por la Resolución Directoral N° 1403-2003-DIRGEN/DIREMG del 7 de julio de 2003 (fojas 24).

Esta decisión fue confirmada por la Resolución Directoral N° 916-2003-DIRIDP-PNP del 3 de diciembre de 2003, que conoce del recurso de reconsideración (fojas 28) y posteriormente por la Resolución Ministerial N° 0883-2004-IN/PNP del 13 de mayo de 2004, que desestima del recurso de apelación presentado por el demandante (fojas 36).

Ante esta situación, el 15 de octubre de 2004 C.F.A.D. interpone una demanda de amparo alegando que en el proceso administrativo disciplinario seguido contra él se violó su derecho fundamental a la defensa (fojas 39).

El 10 de junio de 2005 el Cuadragésimo Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara improcedente la demanda, bajo el argumento que existen otras vías para la protección de los derechos invocados por el demandante (fojas 71). Esta decisión es confirmada por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima mediante decisión del 19 de octubre de 2006 (fojas 136). No se tomó en consideración la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Huaura del 1 de agosto de 2005, que confirma la demanda de amparo interpuesta por don R.E.C.P., ordenando que se restituya al ex-alumno ala ETS-PNP-PP (fojas 92).

El 19 de diciembre de 2006, el demandante interpone recurso de agravio constitucional reiterando que la declaratoria de improcedencia es inaplicable en este caso puesto que se procura proteger derechos constitucionales tales como el derecho al debido proceso, el principio de non bis in ídem, los derechos a la defensa, a la libertad y al trabajo, entre otros (fojas 139).

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. Teniendo en cuenta el objeto de la presente demanda, considero necesario analizar si el proceso administrativo que culminó con la destitución del demandante de la escuela policial fue realizado de acuerdo con los principios y garantías reconocidos por la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente en lo relativo al ejercicio del derecho de defensa.

2. De forma complementaria estimo pertinente analizar si las diligencias practicadas para determinar la destitución del demandante, tales como la intervención corporal y la evaluación psicológica, constituyen una aflicción a la dignidad de la persona, a la integridad física y moral, a la intimidad y al derecho a la no discriminación.

3. En conclusión, considero que para resolver sobre la presente controversia resulta ineludible integrar el petitorio demandado en cuanto a los derechos alegados como vulnerados, sobre la base de lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

§2. De la procedencia del proceso de amparo

4. En el expediente del proceso, tanto el fallo de primera como de segunda instancia han denegado la demanda de amparo por considerar que no procedía un pronunciamiento de fondo, en la medida que la petición

incumpliría una serie de presupuestos procesales. Uno de ellos sería la existencia de vías procesales igualmente satisfactorias para la protección de los derechos fundamentales que se consideran violados, previsto en el artículo 5º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional. Asimismo se ha insistido en el hecho de que, en el marco de la supuesta afectación constitucional producida, existen circunstancias no acreditadas, lo que exigiría que el asunto sea dilucidado en un proceso contencioso administrativo.

5. Una demanda de amparo resulta procedente, a pesar de no existir riesgo de daño irreparable en la esfera sujetiva de los derechos fundamentales del demandante, en el caso que se configuren las siguientes circunstancias:

a) Cuando existan elementos de juicio que permitan sostener razonablemente que la jurisdicción ordinaria no está otorgando una debida protección al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
b) Cuando existan elementos de juicio que permitan sostener razonablemente que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria existen interpretaciones distintas o contradictorias con relación al contenido constitucionalmente protegido de un determinado derecho fundamental.
c) Cuando el asunto verse sobre la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho que no ha merecido mayor desarrollo jurisprudencial, y que, en esa medida, requiere la intervención del Tribunal Constitucional para asegurar su aplicación igualitaria y predecible por parte de la jurisdicción ordinaria.

6. En el presente caso me queda de manifiesto que las instancias judiciales no han tomado en cuenta todos los elementos de juicio existentes en el proceso, lo que las ha conducido a determinar, injustificadamente, que la demanda incumple con los presupuestos procesales.
En efecto, en el expediente se encuentran documentos que no sólo acreditan la existencia del procedimiento administrativo iniciado contra el recurrente que culminó con su separación de la ETS-PNP-PP a través de la Resolución Directoral N.º 788- DIRDP-PNP/ETS-PP, del 16 de octubre de 2003, sino también de los hechos fundamentales que caracterizaron a dicho procedimiento, tales como: (i) la sospecha relacionada con la supuesta homosexualidad del recurrente; (ii) la supuesta relación sexual del demandante, tanto dentro como fuera de la ETS-PNP-PP, con un compañero de estudios; (iii) los exámenes médico forenses realizados por la Dirección de Criminalística de la PNP en el cuerpo del demandante; entre otros. No existe mérito, pues, para afirmar que se hace preciso un proceso con estación probatoria para acreditar la existencia de los actos que se consideran violatorios de los derechos fundamentales del demandante.

7. Tampoco me parece acertada la consideración de que en el caso resulta aplicable el artículo 5º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional. Ello, en primer lugar, porque el presente proceso se inició cuando el referido artículo aún no estaba vigente en el ordenamiento jurídico. Debe recordarse que, conforme lo tiene establecido el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 0972-2008-AA/TC) "las normas del Código Procesal Constitucional son aplicables incluso a procesos en trámite, conforme a su Segunda Disposición Final, siempre que de su aplicación no se desprenda afectación a la tutela jurisdiccional efectiva".

En efecto, el Código Procesal Constitucional regula un modo más restrictivo de acceso a la jurisdicción constitucional, en cotejo con el modo cómo lo hacía la legislación precedente. De ahí que su aplicación inmediata a los procesos en trámite suponga una restricción irrazonable a aquellos casos iniciados por personas que tenían una fundada expectativa en relación con la competencia de la jurisdicción constitucional para conocer el asunto.

8. Por lo demás cabe interpretar que dicha norma guarda estrecha relación con las reglas de competencia en los procesos constitucionales, puesto que determina un presupuesto para la determinación de si es la jurisdicción ordinaria o la constitucional la encargada de dilucidar el caso. Siendo ello así y por expreso mandato de la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, el artículo 5º, inciso 2 no es aplicable al presente caso, pues la referida disposición final establece que las reglas de competencia "continuarán rigiéndose por la norma anterior".

9. En segundo lugar, porque a la luz de los argumentos utilizados en las instancias precedentes para declarar la improcedencia de la demanda, existen fundadas razones para considerar que aún no existe en el ámbito de la jurisdicción ordinaria una suficiente tendencia a proteger el derecho fundamental a la identidad sexual y a guardar reserva sobre las convicciones que pertenecen al núcleo íntimo de la persona humana, cuyo sustento constitucional se desarrollará más adelante. Se trata de materias que aún no merecen la suficiente atención ni profundización por parte del Poder Judicial y que, en esa medida, requieren de una atención privilegiada por parte de la jurisdicción constitucional.

10. De ahí que, aun en el supuesto negado de que sea cronológicamente aplicable el artículo 5º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la tutela de urgencia que en un sentido objetivo merece el asunto que ha sido puesto a consideración de la jurisdicción constitucional, exige tener en cuenta la ausencia en la jurisdicción ordinaria de una vía igualmente satisfactoria al amparo para proteger los derechos fundamentales comprometidos.

§3. Del régimen disciplinario en los establecimientos policiales

11. El Consejo de Disciplina de la ETS-PNP-PP fundamenta su decisión para destituir al demandante y a su colega de estudios en que estos han cometidos faltas muy graves contra la moral policial que "afectan el prestigio de la Escuela e institución, minan la moral y disciplina y afectan el honor" (fojas 12).

12. Estando a ello, lo que se debe dilucidar en el presente caso es si el proceso administrativo llevado a cabo estaba encaminado a investigar y sancionar una relación sexual cometida dentro de la escuela policial, o si tenía como fin sancionar al demandante por su supuesta opción sexual.

Cabe destacar que dependiendo de la respuesta que se dé a esta interrogante, la decisión que se adopte variará, tanto en su contenido como en su alcance.

13. Como elemento complementario, estimo preciso determinar si es que el proceso administrativo sancionador cumplió con los estándares mínimos requeridos para ejercer el pleno ejercicio del derecho de defensa.
Como se puede constatar en el expediente, el demandante tuvo formalmente a su disposición recursos administrativos de reconsideración y de apelación, así como la posibilidad de ejercer una defensa. Sin embargo, es menester analizar si en el presente caso las instancias y mecanismos existentes fueron debidamente ejercidos y eficaces.

14. Como elemento preliminar al examen de fondo del caso, debo poner de manifiesto que la estructura del sistema policial está basado en el respeto a los principios de disciplina y de respeto al orden jerárquico. Dada la estructura de mando que impera en el sistema policial, el grado de compromiso, sacrificio y entrega de sus efectivos y alumnos es fundamental para que la Policía Nacional del Perú cuente con las mejores personas y cumpla con su deber constitucional.

15. En el Expediente N° 03425-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que "el artículo 166° de la Constitución Política establece que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como prestar atención y ayuda a las personas y a la comunidad. Para cumplir con su objeto la institución requiere contar con personal de conducta intachable y honorable en todos los actos de su vida pública y privada, que permita no sólo garantizar, entre otros, el cumplimiento de las leyes y la prevención, investigación y combate de la delincuencia, sino también mantener incólume el prestigio institucional y personal".

16. Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que las relaciones sexuales en los locales de trabajo o de estudio, constituyen una falta que debe ser sancionada de acuerdo con las normas y reglamentos correspondientes. Independientemente de si se trata de relaciones heterosexuales u homosexuales, la obligación de respeto en los centros de formación y de trabajo es fundamental para que exista un ambiente de consideración y de profesionalismo entre las personas que los integran.

17. Si en el país se han adoptado normas que sancionan el acoso sexual, con mayor razón se debe sancionar las relaciones sexuales dentro de los locales de trabajo o de estudios. La ausencia de mecanismos disciplinarios podría posibilitar que una persona abuse de su posición dominante, sea por aspectos legales o jerárquicos, lo cual debe ser prevenido. Sin embargo, como se verá más adelante en el presente caso, para aplicar la sanción correspondiente debe existir una plena prueba y no basar la imputación en meras suposiciones.

§4. Debido proceso y el respeto a la integridad personal

18. Una vez precisado este punto, queda de manifiesto en el expediente que el Consejo de Disciplina llevó a cabo un proceso administrativo, el cual se inicia ante las denuncias de que el demandante y otro alumno tenían una relación sentimental, de acuerdo con el Informe N° 38-DIRIDP-ETS-PNMP-PNP-PP/RAL.Sec (fojas 3). A tenor de los testimonios recogidos, el demandante y el otro alumno dormían juntos, se duchaban juntos y se dirigían a locales apartados de la escuela policial hasta altas horas de la noche (fojas 4).

19. Ante esta situación, el Consejo de Disciplina recibe el testimonio de los implicados, quienes en un primer momento reconocen haber tenido relaciones sexuales en reiteradas oportunidades tanto dentro como fuera de la escuela policial (fojas 5 y 6). Posteriormente, en la audiencia del Consejo de Disciplina del 13 de octubre de 2003, los implicados se retrotraen en su versión inicial, afirman que no existe una relación sentimental y que habían dicho lo contrario por presión y miedo, de acuerdo con lo contenido en el Acta N° 001-003-DIRIDP-ETS-PNP-PP/CD (fojas 13).

20. En el proceso administrativo, aparte de los testimonios recibidos, se practicó un informe psicológico (fojas 32) y un informe de proctoscopia (fojas 35) con el fin de determinar si los alumnos implicados son homosexuales. Es precisamente en la práctica de estas diligencias que, según advierto, se empieza a vulnerar los derechos fundamentales del demandante.

21. En primer lugar, ni el informe psicológico ni el informe de proctoscopia son determinantes para establecer que los alumnos implicados tuvieron relaciones sexuales dentro de la escuela policial. Más bien puede concluirse por el desarrollo del proceso administrativo que el fin de la investigación tuvo como objeto demostrar que los alumnos eran homosexuales. Esta opción de vida, según el consejo disciplinario, constituye una falta grave que ameritó su separación de la ETS-PNP-PP.

22. Es de especial atención la práctica del examen psicológico puesto que sugiere que dentro de la escuela policial se podría llegar a considerar que la homosexualidad es fruto de un trastorno o deficiencia mental, lo cual no es solo un criterio anacrónico y retrógrado, sino violatorio de los derechos a la intimidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la integridad personal del demandante, que se configura como un trato discriminatorio.

23. Al respecto, considero imperativo afirmar que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, una anormalidad o una anomalía que deba ser curada o combatida. La homosexualidad, la heterosexualidad o el celibato son opciones sexuales legítimas cuya decisión corresponde única y exclusivamente

al fuero íntimo y subjetivo de la persona. El ejercicio de esta libertad, dentro de los límites establecidos por la ley, tiene su razón de ser en el derecho a la intimidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad. Por ello, cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona.

24. En segundo lugar, el examen médico (fojas 16), al igual que el peritaje psicológico, es un medio materialmente impropio para demostrar si los alumnos sostuvieron o no relaciones sexuales dentro de la escuela policial; no obstante, sí fue empleado para determinar si los implicados eran o no homosexuales. En la práctica, esta diligencia no aporta nada para determinar si es que los alumnos cometieron la falta grave de tener relaciones sexuales dentro de la escuela policial, sino que se pretende demostrar la homosexualidad, la cual es considerada como una falta grave a la institución.

25. Cabe destacar que en un proceso, sea administrativo o judicial, la autoridad competente tiene a su disposición una amplia gama de medios para determinar la responsabilidad o inocencia de una persona, siempre y cuando estos instrumentos sean empleados respetando el principio de dignidad e integridad de la persona.

26. Para la Constitución Política, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, son habilitados por el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que "la defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

27. En el caso concreto, no se observa que de modo indubitable el recurrente haya prestado su asentimiento a fin de que le practiquen los correspondientes exámenes, y aunque éste haya brindado su asentimiento, debe tenerse en cuenta que los procedimientos administrativos en las instancias policiales o militares se caracterizan por mantener predominantemente una relación vertical entre la autoridad administrativa y el investigado, lo que se configura como una especie de derecho potestativo y un estado de sujeción.

28. Desde mi perspectiva, someter a una persona a este tipo de pruebas cuando éstas no aportan ningún grado de convicción para demostrar que tuvo relaciones sexuales dentro de la escuela policial, es un maltrato que viola la integridad personal, constituyéndose en un trato degradante.

29. El Consejo de Disciplina, de forma complementaria, llega a la conclusión que los alumnos no solo tuvieron relaciones sexuales dentro de la escuela policial, hecho que no quedó plenamente probado, sino que esto ocurrió también fuera de la institución (fojas 17).

Considero que no tiene ninguna relevancia para el proceso administrativo el que los alumnos implicados hubiesen tenido, o no, relaciones sexuales fuera de la escuela policial.

§5. Debido proceso y presunción de inocencia

30. El ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que la persona sea debidamente emplazada en torno de la iniciación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa. De este modo, el derecho de defensa posibilita contradecir no sólo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la autoridad, por lo que el conocimiento del material probatorio de cargo constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión.

31. Las garantías judiciales para asegurar el adecuado ejercicio del derecho de la defensa son básicas para asegurar un debido proceso y el principio de equidad de armas que debe existir en todo proceso, sea este judicial o administrativo. En este sentido, el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce las garantías judiciales, mientras que en su inciso 2 establece las garantías mínimas que la defensa debe tener.

32. Alguna de las garantías judiciales mínimas reconocidas a la defensa son: (i) la presunción de inocencia; (ii) la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; (iii) el plazo razonable para la preparación de la defensa; (iv) el derecho de defensa técnica; (v) el derecho a tener un defensor; (vi) el derecho a interrogar testigos; (vii) el derecho a no autoinculparse; y (iv) el derecho a presentar un recurso de apelación.

33. La presunción de inocencia es una garantía reconocida en el artículo 2°, inciso 24, literal e) de la Constitución Política, la cual establece que "toda persona es considerada inocente mientra que no se haya declarada judicialmente su responsabilidad".

34. La presunción de inocencia tiene como objeto evitar que un proceso sea utilizado como un elemento estigmatizador de la persona o que se instrumentalice el derecho para que sea empleado como medio de control personal, social o político.
Como el Tribunal Constitucional ya ha establecido en el Exp. N° 8811-2005-HC/TC, esta garantía obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado inocente del que goza todo imputado, pues éste no puede ser condenado sobre la base de simples presunciones.

35. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Canese vs. Paraguay, la presunción de inocencia "es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe

demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa".

36. Cabe destacar que si bien la Constitución Política establece la presunción de inocencia en los procesos judiciales, el Tribunal Constitucional ha hecho extensible esta garantía al proceso administrativo sancionador en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC.
Este postulado va en la misma línea de la Corte Interamericana, la cual ha establecido que las garantías establecidas en el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluyendo la presunción administrativa, es aplicable a todos los procesos, sean estos civiles, laborales, fiscales o cualquier otro establecido por la ley dada su vinculación con el derecho al debido proceso. Esto fue confirmado por la Corte Interamericana en el caso Baena Ricardo vs. Panamá.

37. En el presente caso se puede constatar que todas las diligencias practicadas tenían como fin demostrar la homosexualidad de los dos alumnos y, a pesar de que se establece que no existía una prueba de cargo que hubiese demostrado que tuvieron relaciones sexuales dentro del establecimiento policial, la decisión del proceso administrativo sancionador se basa en suposiciones.

El derecho a la utilización de los medios de prueba

38. El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y relevantes para el imputado es inseparable del derecho de defensa y exige que las pruebas sean admitidas y practicadas sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta, en tiempo y forma, carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable.

39. En este caso, el demandante sostiene que no se lo dejó tener a su propio abogado, que fue obligado a declarar y firmar manifestaciones falsas y que en los recursos de reconsideración y apelación, las autoridades competentes no valoraron las pruebas adicionales que suministró al proceso, entre ellas: (i) una declaración jurada simple legalizada del ex-alumno R.E.C.P. en la cual afirma que no ha tenido ninguna relación sexual con el demandante (fojas 27); (ii) un informe psicológico que concluye la identificación del peticionario con su género (fojas 32); y (iii) un informe de proctoscopia donde establece que no se constata alteraciones en el canal anal (fojas 35). El demandante afirma que no ha cometido ninguna falta grave y que no ha tenido ninguna relación sentimental con don R.E.C.P.

40. Ante estos hechos, considero que durante el procedimiento administrativo disciplinario el demandante no tuvo posibilidad de proponer los medios de prueba que estimaba pertinentes para su defensa, pues no se le permitió presentar testigos ni ofrecer las pruebas de descargo que estimaba relevantes.

El derecho a la no autoincriminación

41. El derecho a la no autoincriminación forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso, y está reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.
Esta garantía se encuentra también reconocida en el artículo 8°, inciso 2, literal g) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14°, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

42. Tanto el derecho a declarar como el derecho a guardar silencio se fundamentan en la dignidad de la persona y constituyen elementos del derecho a la presunción de inocencia y del debido proceso. Lo anterior comprende el derecho a ser oído, es decir, de incorporar libremente al proceso la información que se estime conveniente y el derecho a guardar silencio, lo cual incluye el derecho a estar informado de que la negativa a declarar no puede ser tomada como un indicio de culpabilidad.

43. En este sentido, el contenido protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo se encuentra relacionado con una serie de derechos fundamentales, de cuyo registro es posible individualizar una serie de obligaciones de abstención a cargo del Estado.

44. Por tanto, para los efectos de que este derecho no sufra un menoscabo que pueda ser calificado como arbitrario, el Estado está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el inculpado o acusado y ejecutar métodos engañosos o de naturaleza análoga que pudieran estar destinados a obtener involuntariamente información sobre los hechos por los cuales se investiga o acusa a una persona en un proceso penal o en un proceso administrativo sancionador que implique la posible imposición de una sanción por falta grave. Esta posición ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso López Álvarez vs. Honduras.

45. Desde luego que los jueces y tribunales también tienen la obligación de negar valor a las declaraciones obtenidas por la violencia, lo que no debe entenderse en términos restrictivos, con referencia únicamente a la violencia psíquica o física, sino en un sentido amplio, como omnicomprensiva de toda información obtenida del investigado o acusado sin su voluntad. Como se ha dicho antes, el derecho a no confesar la culpabilidad garantiza la incoercibilidad del imputado o acusado. Sin embargo, dicho ámbito garantizado no es incompatible con la libertad del procesado o acusado para declarar voluntariamente, incluso autoincriminándose.

46. Respecto del informe del examen médico, no se deduce de él que los examinados hayan tenido relaciones sexuales homosexuales; en él se consigna solamente la afirmación vertida por ellos. Sin embargo, el Consejo de Disciplina lo consideró como prueba suficiente para sancionar con la expulsión a los investigados, desconociendo que la confesión no es prueba plena y que la autoincriminación está proscrita, quedando sin suficientes medios probatorios que respalden la conclusión de que, en efecto, habían cometido una falta que implicaba la expulsión.

47. Así, dentro de las investigaciones previas que la autoridad instructiva realizó al recurrente, se tiene que

sólo se le tomó su manifestación y que éste únicamente ratificó las declaraciones vertidas por su compañero, añadiendo que en el exterior tenían relaciones en un cuarto de hotel cuyo servicio era cancelado por él mismo, aunque con ciertas controversias que posteriormente las aclaró en la confrontación, ante la presencia del Tnte. PNP Gallardo Bardales Oscar Edgardo, Jefe de Sección.

48. Sin embargo, del parte administrativo se desprende que las autoridades policiales que se encargaron de realizar la investigación no le informaron al recurrente los derechos constitucionales que le correspondían. Es por ello que, al no haber actuado conforme a ley las autoridades policiales, han contravenido el artículo 139°, inciso 14) de la Constitución Política, el cual se aplica a todo tipo de proceso puesto que reconoce: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

49. Las autoridades administrativas no debieron ignorar que la presencia de un abogado defensor al momento de declarar es consustancial al debido proceso y que la desinformación sobre ese derecho supuso que el recurrente no haya solicitado la presencia de un letrado.

50. De forma complementaria, la autoridad instructiva debió precisar al inculpado y dejar constancia en el parte administrativo que, si el investigado se negaba a contestar alguna de las preguntas, la autoridad administrativa las hubiese repetido aclarándolas en lo posible, y si aquél se mantuviera en silencio, se continuaría con la diligencia dejando constancia de tal hecho.

51. En este sentido, me parece válido concluir que en el proceso administrativo sancionador no se respetaron las garantías mínimas del debido proceso, puesto que su fin fue destituir a los alumnos por su supuesta condición de homosexuales, independientemente de si estos tuvieron relaciones sexuales dentro de la escuela.
Igualmente, las pruebas practicadas sobre estas personas no eran las idóneas para demostrar la supuesta falta grave que se les imputaba, puesto en la práctica tales diligencias no respetaron su integridad personal y su intimidad, y vulneraron su derecho a la presunción de inocencia.

52. Cabe precisar que posteriormente a la destitución de los alumnos, estos se vieron obligados a practicar pruebas adicionales, tales como declaraciones juradas, informes médicos y psicológicos, con el fin de rechazar esta acusación. Estas pruebas no fueron tomadas en cuenta ni en el conocimiento del recurso de reconsideración ni en el recurso de apelación presentados por el demandante.
Un aspecto complementario que no fue tomado en cuenta en el trámite de la demanda de amparo fue la decisión emitida por la Corte Superior de Justicia de Huaura, la que mediante Resolución N° 11, del 8 de julio de 2005, declara fundada la demanda de amparo entablada por el alumno implicado en el proceso administrativo, don R.E.C.P. En esta resolución se declara fundado el recurso por considerar que se violó el derecho de defensa y de presunción de inocencia, por lo que se dispuso la restitución del demandante (fojas 92 a 100).

53. Para mi criterio, entonces, ha quedado evidenciada una violación del derecho de defensa, por lo este solo hecho ameritaría que se declare fundada la demanda de amparo. No obstante, considero menester precisar los límites que un proceso administrativo de esta naturaleza debe tener frente al derecho a la intimidad y al libre desenvolvimiento de la persona.

§6. El libre desenvolvimiento de la personalidad, el derecho a la identidad sexual y el principio de no discriminación

54. A pesar de que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se encuentra reconocido de forma taxativa por la Constitución Política, este constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona, según lo consagrado en los artículos 1° y 3° de la Constitución, y que ha sido reforzado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0007-2006-AI/TC.
55. El libre desenvolvimiento de la personalidad es el fundamento bajo el cual una persona puede buscar un sentido de pertenencia e identificación dentro de la sociedad, cuyo goce y ejercicio abarca aquellas decisiones que no se encuentran protegidas de forma especial por otros derechos y garantías, permitiendo que pueda tomar las decisiones que considere necesarias para cumplir su plan racional de vida. En suma, se trata de un derecho que se basa en el ejercicio puro del principio de libertad y de opción, pero sujeto a que no se afecte a terceros y que no haya un abuso del mismo.
Es, sin duda, un deber del Estado y de la sociedad fomentar y respetar el desarrollo del individuo como persona, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley.

56. La identidad sexual del demandante es irrelevante en el presente caso puesto que esto pertenece a la esfera interna de cada uno; solamente sería pasible de sanción el ejercicio de esta identidad sexual que transgreda normas de conducta reglamentariamente estatuidas.

57. Lo anterior implica que en el marco del Estado social y democrático de derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado el proteger el ejercicio de este derecho así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio, sin que esto implique un abuso del mismo. Esto quiere decir que la identidad sexual se basa no sólo en elementos eminentemente objetivos, sino que incluye factores subjetivos o psicológicos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros.

58. El ejercicio de este derecho requiere proyectarse adecuadamente en todos los ámbitos en los que eventualmente pueda manifestarse, mediante ciertas garan-

tías mínimas. Entre éstas se encuentran esencialmente la protección de la opción sexual y guardar reserva en torno a la propia opción sexual.

59. El ser humano es libre de autodeterminarse y no es posible concebir que en función de sus particulares opciones de comportamiento tenga que verse discriminado. Si una persona cuyo sexo se encuentra perfectamente definido tiene derecho a una identidad en todos los aspectos que tal categoría representa, no existe consideración constitucionalmente válida para que quien opta por un comportamiento sexual diferente, no le asista a plenitud tal derecho.

60. Así, al defenderse la individualidad del demandante en el presente caso, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier limitación del reconocimiento de su identidad sexual, y su voluntad de guardar reserva en torno a ella, constituye una vulneración de sus derechos fundamentales.
Sin embargo, este Tribunal no pretende alentar que al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú sus integrantes efectúen, en contravención de los reglamentos que las rigen, prácticas heterosexuales u homosexuales. Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, ésta sea susceptible de sanción.

61. Como se advierte del proceso administrativo que se les instauró, tanto el demandante como el otro alumno implicado han sido objeto de un trato discriminatorio. Vuelvo a subrayar que la opción sexual no puede ser objeto de una victimización o sanción, sea esta administrativa o penal. La identidad sexual tiene como fundamento el libre desenvolvimiento de la personalidad sobre la base del principio de libertad y dignidad de todas las personas.

62. Por lo tanto, considero que el hecho que se abra un proceso administrativo para destituir a una persona por su opción sexual, más que por haber cometido una falta grave como es el tener una relación sexual dentro de la escuela policial, no solo viola las garantías mínimas del debido proceso y del derecho de defensa, sino que en el caso ha vulnerado los derechos a la integridad personal y al libre desenvolvimiento de la personalidad del demandante, no solo con respecto a su opción sexual, sino también en lo que incumbe a la continuidad de su vocación profesional.

Por estas razones, mi voto es por:

1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo respecto del procedimiento administrativo que la Dirección de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú inició de oficio contra C.F.A.D., por habérsele vulnerado el derecho a la dignidad humana (artículo 1°), el derecho a su integridad (artículo 2°, inciso 1), el derecho a la intimidad personal (artículo 2°, inciso 7), el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser sometido a tratos degradantes (artículo 3°), así como el derecho a no ser privado de su derecho de defensa (artículo 139°, inciso 14 y 15) reconocidos en la Constitución Política.

2. Declarar NULA la Resolución Directoral N° 788-2003-DIRDP-PNP/ETS-PP, mediante la cual se separó a C.F.A.D. de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra.

3. ORDENAR que la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra reincorpore a C.F.A.D. como alumno, en el plazo de tres (3) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.

4. Declarar que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran obligadas a respetar el debido proceso cuando inicien investigación algún alumno, debiendo brindarles debidas garantías a fin de no vulnerar sus derechos fundamentales.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

EXP. N° 00926-2007-PA/TC
LIMA
C.F.A.D.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Fundamento de voto que formula el magistrado Landa Arroyo en el recurso de agravio constitucional interpuesto por don C.F.A.D, contra la sentencia expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superiorde Justicia de Lima, de fojas 133, su fecha 19 de octubre de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

La demanda de amparo tiene por objeto que se declare: i) inaplicable la Resolución Directoral N.° 788-2003-DIRIDP-PNP/ETS.P.P del 16 de octubre de 2003, en el extremo, que dispuso la separación de C.F.A.D de la Escuela Técnico Superior PNP de Puente Piedra, por medida disciplinaria; ii) inaplicable la Resolución Directoral N.° 916-2003-DIRIDP-PNP del 3 de diciembre de 2003 que declaró improcedente su recurso de reconsideración; e, iii) inaplicable la Resolución Ministerial N.° 0883-2004-IN/PNP del 13 de mayo de 2004 que desestimó su recurso de apelación; y que en consecuencia, se ordene su inmediata reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior PNP de Puente Piedra, alegando la violación del derecho al debido proceso, más concretamente, el derecho a la defensa.

Este Tribunal a través de su constante jurisprudencia ha precisado que el derecho de defensa, reconocido en el articulo 139°, inciso 14), de la Constitución tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye

la comisión de una infracción o delito; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure el proceso judicial o administrativo sancionador. En ambos casos, se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive en la etapa preliminar.

Ahora si bien en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, el derecho a la asistencia letrada puede ser sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales; sin embargo, ello no lo priva al administrado del mismo, ni lo obliga a actuar personalmente, sino que le faculta a elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, o a que se le nombre un defensor de oficio. Para que ello ocurra, la autoridad debe previamente informar al administrado, citado, detenido, acusado o procesado que su defensa puede ser asumida por él, o por un abogado elegido libremente por él, o por un abogado defensor de oficio.

En el presente caso se aprecia que la administración policial antes de iniciar el procedimiento administrativo sancionador al accionante no le informó debidamente que su defensa podía ser asumida por él, o que tenía derecho a elegir libremente un abogado defensor para que le asista durante el procedimiento, y que en caso de que no contara con uno se le iba a proporcionar un abogado defensor de oficio. En efecto, de autos se aprecia de manera objetiva que el actor no contó con un abogado defensor y que el Cmdte PNP Alejandro Ramos Sumuoso (abogado de la ETS-PNP-PP), quien forma parte de la entidad policial sólo intervino en calidad de testigo; de lo que se colige que se ha producido la violación del derecho a la defensa del demandante. Asimismo, la violación del derecho a la asistencia letrada queda demostrada con el Acta del Consejo de Disciplina N.° 001-2003-DIRIDP-ETS-PNP-PP/CD del 13 de octubre de 2003 (fojas 12), donde se aprecia que el actor fue defendido por un Teniente PNP, es decir, no tuvo una defensa técnica por cuanto no fue realizada por un profesional del derecho.

Por lo señalado, considero que la demanda debe ser declarada FUNDADA al haberse producido la violación del derecho de defensa.

Sr.

LANDA ARROYO

EXP. N° 00926-2007-PA/TC
LIMA
C.F.A.D.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Por el presente fundamento de voto preciso las siguientes consideraciones:

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP), con el fin de que se ordene su reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra (fojas 39). El recurrente aduce que el proceso administrativo sancionador que determinó su destitución fue realizado violando su derecho al debido proceso.

2. El proceso administrativo seguido en la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra se inicia con la denuncia de que el demandante y otro alumno tenían una relación sentimental homosexual (fojas 3). Ante esta situación las autoridades de la PNP realizan las siguientes diligencias: (i) recepción del testimonio de los alumnos involucrados; (ii) recepción de las declaraciones de alumnos de la Escuela; (iii) la realización de un test psicológico a los alumnos implicados; y (iv) la práctica de un examen médico para determinar la existencia de lesiones corporales.

3. Como ha quedado demostrado en el expediente, se recibe el testimonio de los implicados, quienes inicialmente reconocen haber tenido relaciones sexuales, tanto dentro como fuera de la escuela policial (fojas 5 y 6). Posteriormente, los alumnos implicados modifican su versión inicial, afirmando que no existe una relación sentimental o sexual entre ellos y que habían dicho lo contrario por presión y miedo (fojas 13).

Este hecho no es tomado en cuenta por el Consejo de Disciplina, el cual recomienda la separación del recurrente por haber cometido faltas muy graves contra la moral policial (contra el decoro) al haber mantenido una relación sentimental y haber tenido relaciones homosexuales en el interior de la Escuela de Formación y fuera de ella (fojas 17). La separación de los alumnos se hace efectiva mediante Resolución Directoral del Director de Instrucción y Doctrina de la PNP del 16 de octubre de 2003 (fojas 24), confirmada mediante Resolución Directoral del 3 de diciembre de 2003 por parte de la misma entidad (fojas 28).

4. Como el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiteradas ocasiones, la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública. En un Estado de Derecho, esta facultad se encuentra condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, a los principios constitucionales y a la observancia de los derechos fundamentales.

Debe resaltarse que los procesos administrativos disciplinarios se encuentran sometidos al irrestricto respeto del debido proceso, y de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales tales como la legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad.

5. En el caso concreto, considero que no se ha probado de forma fehaciente que los alumnos implicados hayan tenido relaciones sexuales dentro de la Escuela Técnica Superior de la PNP. Si ello hubiere ocurrido,

sean relaciones sexuales heterosexuales u homosexuales, los alumnos hubieran podido ser sancionados de acuerdo con el reglamento vigente.

Como se puede constatar en el parte policial, se reconoce que no se cuenta con pruebas contundentes que dan solidez a la denuncia, basándose en testimonios de terceros que constituyen indicios que no son posteriormente corroborados (fojas 4). Más bien, en el procedimiento administrativo que se sigue contra C.F.A.D. se constata la intención de separarlo de la PNP por su supuesta condición de homosexual, dado que ni el test psicológico ni el examen médico constituyen pruebas idóneas para demostrar si es que tuvieron relaciones sexuales dentro de la Escuela Policial sino que tienen como objeto demostrar (infructuosamente) una supuesta condición de homosexual.

Esto queda de manifiesto en la Resolución Directoral del 16 de octubre de 2003 que afirma que la destitución de los alumnos se da por haber mantenido relaciones sexuales en los baños de la escuela (fojas 24), a pesar de que este hecho no ha quedado probado en el expediente.

Esta situación fue aceptada por la Corte Superior de Huaura (fojas 92 a 103), al declarar fundada la demanda de amparo presentada por el otro alumno implicado, ordenando mediante la Resolución N.° 11, de fecha 8 de julio de 2005, la reincorporación R.C.P. a la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra (fojas100).

En la actualidad, según un reportaje televisivo, esta persona se desempeña como oficial de la PNP, cumpliendo con sus funciones de policía como cualquier otro integrante de esta fuerza. Con base en lo anterior, este Tribunal Constitucional no podría declarar infundada la demanda presentada por C.F.A.D. cuando ha quedado demostrado en la vía judicial que se han dado violaciones a derechos constitucionales.

Si bien el testimonio inicial de C.F.A.D. y del otro alumno implicado son indicios razonables para realizar una investigación, la posterior negación de los hechos por parte de los presuntos autores debió haber motivado a los funcionarios de la PNP a una profundización de las investigaciones para determinar la veracidad de la denuncia.

En este sentido, las autoridades administrativas debieron, ante la gravedad de las acusaciones y la sanción que podría ser impuesta, haber practicado diligencias complementarias idóneas con el fin de determinar la veracidad de la denuncia planteada.

7. En este sentido, distinto hubiera sido en el caso de una exteriorización exagerada de su preferencia sexual, por cuanto aquello si representaría una vulneración a la obligación de respeto en los centros de formación y de trabajo, es fundamental para que exista un ambiente de consideración y de profesionalismo entre las personas que los integran. Lo que juzgo inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, ésta sea susceptible de sanción.

8. De forma complementaria, debo expresar que la condición homosexual de una persona no significa ni puede ser visto como una disminución de su calidad moral, profesional, mental o física. En este sentido, la opción sexual de una persona no puede ser considerado como un menoscabo a la aptitud profesional para portar armas, de someterse al régimen de orden y disciplina castrense o la de cumplir el mandato constitucional de las Fuerzas Armadas.

Por lo tanto, la opción sexual de un individuo no puede ser un requisito o condición para determinar su capacidad o aptitud profesional, incluyendo la actividad policial y castrense. Sostener esto no solo es anacrónico sino atentarorio al principio de dignidad de la persona.

9. Como el Tribunal Constitucional ya ha establecido en la STC N.° 02868-2004-AA/TC, el carácter digno de la persona no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o porque haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Planned Parenthood of Southeastern v. Casey, "estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad [...]. En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado".

10. Ahora bien, si no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado, tampoco pueden considerarse ilícitos desde el punto de vista del Derecho, a no ser que con su ejercicio se afecten bienes jurídicos. De ahí que cuando el Estado, a través de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones homosexuales, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo, como ser libre y racional.

Por los argumentos expuestos soy de la opinión que la demanda debe declararse FUNDADA, ordenando que la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra reincorpore a C.F.A.D.como alumno.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N° 00926-2007-PA/TC
LIMA
C.F.A.D.

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por los presentes fundamentos:

Petitorio

1. Con fecha 15 de octubre de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP) con el objeto de que se ordene su reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnico Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra.
Refiere el recurrente que se le ha destituido arbitrariamente violando su derecho de defensa en el procedimiento administrativo disciplinario iniciado por la Dirección de Instrucción y Doctrina Policial.

Antecedentes

2. A fojas 2 de autos se observa el parte N.° 03-2003-PNP-DIRIDP-ETS.PP-RAL emitido por la Jefatura del Regimiento de Alumnos de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra que señala y califica como faltas muy graves contra la moral policial (contra el decoro) presuntamente cometidas por alumnos del segundo año PNP R.E.C.P. y C.F.A.D. al haber mantenido relaciones homosexuales en más de una oportunidad entre los meses de octubre de 2002 y setiembre de 2003.
3. El 16 de octubre de 2003 el Director de Institución y Doctrina de la PNP emite la Resolución Directoral N° 0788-2003-DIRDP-PNP/ETS-PP, en la que decide separar al demandante y a don R.E.C.P., bajo la fundamentación de que dichos alumnos mantienen una relación sentimental que incluso ha llegado a relaciones sexuales practicadas en los baños del segundo nivel de la ETS-PNP-PP, lo que constituye una falta contemplada en el Capítulo V, 02,c, (a), del Nuevo Manual de Régimen Interno de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, aprobado por RD N° 1403-2003-DIRGEN/DIREMG de 07 de julio de 2003.
Dicha decisión fue confirmada por la Resolución Directoral N° 916-2003-DIRIDP-PNP del 3 de diciembre de 2003, que conoció el recurso de reconsideración de fojas 28 interpuesto por el afectado, y posteriormente por la Resolución Ministerial N° 0883-2004-IN/PNP del 13 de mayo de 2004, que desestima el recurso de apelación presentado por la misma parte.

Pronunciamientos de las instancias precedentes

4. El Cuadragésimo Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente la demanda considerando que existen otras vías para la protección de los derechos invocados por el demandante. La Sala superior revisora confirma la apelada por los mismos fundamentos.

En el caso en concreto

5. Se evidencia en el caso que el recurrente pretende por medio del proceso de amparo que se le reponga como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra, argumentando para ello que presentó suficientes medios probatorios para desvirtuar las acusaciones realizadas en su contra y que si en determinado momento su compañero aceptó los cargos imputados fue por presión del personal de oficiales de la PNP, por lo que considera que se le ha vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, esencialmente el derecho de defensa. En apoyo de esta versión dice el recurrente que no se le dio participación a su abogado y que al momento de la decisión no se tuvo en consideración la prueba que resultaba idónea para el caso.

6. Se observa de autos que el conflicto gira en torno a lo que afirma el autor respecto a su separación definitiva de la Escuela sin que se haya llevado un procedimiento administrativo que cumpla con las garantías que exige el debido proceso. Entonces deberá circunscribirse la controversia a la evaluación de si existió o no en este caso concreto vulneración del debido proceso, es decir si se le otorgaron al demandante las garantías que exige todo proceso ya sea judicial o administrativo.

7. El propio recurrente señala en su escrito de demanda que ante el Personal de la Comisión conformada por Oficiales de la Policía Nacional su compañero manifestó haber mantenido relaciones sexuales con él, aduciendo después su compañero para desvirtuar tal afirmación que fue presionado por oficiales de dicha comisión. Respecto a ello debo manifestar que no obra en el expediente medio probatorio alguno que corrobore dicha argumentación, por lo que tal medio probatorio es válido, puesto que la sola versión de su compañero desvirtuando su anterior declaración no se puede negar con argumentación contraria ya que ello significaría tener como cierto todo lo argumentado por una parte en contra de lo admitido en oportunidad anterior. Debe tenerse presente que el respeto al debido proceso está referido a que se cumpla con las garantías que el proceso le asegura a las partes, pero no sólo para una de ellas sino para ambas, a fin de que se encuentren en las mismas condiciones, es decir sin que el juzgador pueda brindar mayores garantías a una de las partes en perjuicio de la otra puesto que ello supondría la parcialización de quien resulta ser un tercero ajeno al conflicto. El debido proceso asegura a las partes no solo la igualdad manejada por el juzgador bajo el principio de socialización sino también y principalmente la nivelación real de ambas partes en el contradictorio, prueba, impugnación y ejecución.

8. Así se observa por versión del propio recurrente que éste presentó documentación para desvirtuar los cargos efectuados en su contra, apeló la resolución que presuntamente lo agraviaba, es decir hizo uso de los medios impugnatorios pertinentes y en suma realizó el descargo respectivo frente a las acusaciones en su contra, de lo que se evidencia que ejerció a plenitud su derecho de defensa.

9. Es preciso aquí recordar que el régimen disciplinario en los establecimientos policiales está signado por normas de estricto cumplimiento puesto que rigen la vida vertical de la institución, dotando a ésta de principales características dentro de un marco ciertamente vertical en cuanto a su disciplina interna por lo que todo acto realizado por un integrante de esta institución debe encontrarse dentro de los parámetros establecidos en los dispositivos vigentes que los conoce y acepta voluntariamente el postulante al momento de su postulación. La vida militar policial crea así una, hasta hoy saludable diferenciación, que por cierto no afecta el derecho a la igualdad en relación a la civilidad. Es así como el recurrente estuvo inmerso dentro de un proceso administrativo disciplinario por contravenir el Capítulo V, 02, c, (a), del Nuevo Manual de Régimen Interno de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, por lo que el conflicto se circunscribió a dicha acusación, teniendo evidentemente el recurrente conocimiento sobre contra qué cargos ejercía su defensa.

Significa todo esto que frente a los cargos de la denuncia el actor ha tenido defensa cabal y actuación de los medios probatorios que él aportó al proceso, sin obtener el convencimiento en sus juzgadores sin poder por tanto expresar alteraciones en el modo de su participación procesal. Anular las resoluciones en su contra ha de traer con su reincorporación un natural estado de hostigamiento que resultaría insoportable para él, pudiéndose en esta situación aceptar la afirmación histórica que dice "que la mujer del César no sólo debe ser honesta sino que debe parecerlo". ¿Acaso la sociedad podría dormir tranquila con personal militar policial que ha perdido su confianza por acusaciones de hechos que nacen de su propia interioridad?

10. Se observa de la ponencia traída a mi Despacho que se realiza una argumentación en torno a la vulneración del derecho a la dignidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad e identidad sexual del recurrente. Consideramos en este caso que no se está discutiendo propiamente la opción sexual del recurrente, sino el hecho de que haya sido procesado administrativamente faltando a las garantías del debido proceso. Considero entonces que el análisis del caso debe girar sólo en torno a los alcances de dicha acusación. La ponencia en cambio considera que la entidad emplazada decidió separar al demandante no por el hecho de haberse vulnerado específicos dispositivos que norma la actividad interna de la institución, sino por una opción sexual que no es materia de discusión en el presente caso, ni menos para concluir en el tema de la dignidad humana, puesto que como decimos el proceso se circunscribió a la acusación expresa en relación a la contravención no sólo de la norma sino de la vida interna por hechos que obviamente no resultan propios de personas que han de utilizar el uniforme y las armas que le entrega la nación para el resguardo del orden público a favor de la ciudadanía en general. En el caso concreto tenemos que reafirmar que los medios probatorios actuados en el proceso administrativo sancionador con participación activa del interesado en todos los actos de defensa plena acreditan su responsabilidad. No habiendo pues acreditación de las ofensas al sexo ni a la dignidad del recurrente, éste debe responder por hechos concretos que han sido suficientemente acreditados en autos con la prueba idónea que él pretende desacreditar. Por ello considero que la demanda debe ser desestimada.

11. Señalamos también que en un Estado Constitucional de Derecho el respeto por la persona humana y por su dignidad son ciertamente fines primordiales para la atención por el Estado, el que por tanto tiene la obligación de proteger a toda la ciudadanía en general frente a los excesos que cometen o puedan cometer miembros de la Policía Nacional en ejercicio, no por distinguir su derecho a la opción sexual sino por hechos específicos y sentidos que atentan contra la disciplina interna de su institución. La policía cumple un rol importante y obviamente las instituciones castrenses también, que les da la singularidad de tener a personas con formación especializada para roles singulares que parten de la disciplina y el honor, siendo por ello necesario un régimen de disciplina especial que juran cumplir desde el primer momento de su ingreso a cualquiera de estas instituciones. Hablar de la dignidad y del honor para desembocar en una opción sexual que pudiera ejercitarse dentro de las instalaciones de férrea disciplina vertical, sería echar por tierra la formación especial obtenida precisamente en estas escuelas de preparación singular y dejar de cumplir un juramento, mintiéndole así a la colectividad. Es menester también, por el momento en el que atraviesa la República, consolidar la moral y la disciplina de nuestros institutos armados y policiales para el llamado a cumplir las tareas importantes que le requiere la sociedad; y para esto resulta importante los resultados a obtener pues no podríamos asistir en mejores condiciones acudiendo a la guerra habiéndose resquebrajado la moral en los integrantes de nuestras fuerzas del orden.

Por tales razones, mi voto es porque se declare INFUNDADA la demanda de amparo.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. Nº 00926-2007-PA/TC
LIMA
C.F.A.D.

VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto en discordia por los siguientes fundamentos:

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de octubre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú (PNP) con el objeto de que se ordene su reposición como alumno del

segundo año de la Escuela Técnico Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra.

El recurrente manifiesta que se le ha destituido arbitrariamente violando su derecho de defensa en el procedimiento administrativo disciplinario iniciado por la Dirección de Instrucción y Doctrina Policial.

Mediante Parte N° 03-2003-PNP-DIRIDP-ETS.PP-RAL de fecha 13 de octubre de 2003, obrante a fojas 2, la Jefatura del Regimiento de Alumnos de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional del Perú (Puente Piedra) señala que los alumnos del segundo año PNP de iniciales R.E.C.P. y C.F.A.D, han incurrido en falta muy grave contra la moral policial (contra el decoro) al haber mantenido relaciones homosexuales en más de una oportunidad en los baños del segundo nivel de la Escuela Técnica Superior de la PNP de Puente Piedra, entre los meses de octubre de 2002 y setiembre de 2003.

El 16 del octubre de 2003, el Director de Institución y Doctrina de la PNP emite la Resolución Directoral N° 0788-2003-DIRDP-PNP/ETS-PP, mediante la cual se decide separar al recurrente y su compañero de iniciales R.E.C.P., por considerar que dichos alumnos mantienen una relación sentimental, la cual ha llegado a relaciones sexuales practicadas en los baños del segundo nivel de la ETS-PNP-PP, lo que constituye una falta contemplada en el Capítulo V, 02, c, (a),1, del Manual de Régimen Interno de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, aprobado por la R.D N° 1403-2003-DIRGEN/DIREMG del 07 de julio de 2003.

Dicha decisión fue confirmada por la Resolución Directoral N° 916-2003-DIRIDP-PNP del 3 de diciembre de 2003, que conoció el recurso de reconsideración (obrante a fojas 28) interpuesto por el afectado, y posteriormente por la Resolución Ministerial N° 0883-2004-IN/PNP del 13 de mayo de 2004, que desestima el recurso de apelación presentado por la misma parte.

El Cuadragésimo Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente liminarmente la demanda considerando que existe una vía idónea, adecuada e igualmente satisfactoria para la protección de los derechos invocados por el demandante. La Sala Superior competente confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente interpone demanda de amparo solicitando se ordene su reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnico Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra (cadete).

Análisis de la controversia

2. En primer lugar considero que debe analizarse si procede o no dilucidar la presente controversia en sede constitucional, por lo que se debe evaluar la constitucionalidad del procedimiento administrativo disciplinario realizado contra el demandante, toda vez que éste alega que no se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al no permitirse la participación de su abogado, y que al momento de la decisión no se tuvo en consideración las pruebas que resultaban idóneas para el caso.

3. En este caso, el recurrente pretende por medio del proceso de amparo que se le reponga como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional del Perú (Puente Piedra), argumentando para ello que presentó suficientes medios probatorios con el fin de desvirtuar las acusaciones realizadas en su contra, y que pese a que inicialmente ratificaba lo expresado por su compañero de estudios, ésta manifestación no sería aceptable, por cuanto su compañero aceptó los cargos imputados bajo coacción por parte del personal de oficiales de la PNP; siendo así, considera que se le ha vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, esencialmente el derecho de defensa.

4. Estimo pues que la presente controversia se centra en determinar si, conforme las afirmaciones del actor, la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional del Perú de Puente Piedra lo habría separado definitivamente sin que se haya realizado un procedimiento administrativo disciplinario que cumpla con las garantías mínimas que exige el derecho fundamental al debido proceso. Por lo que deberá evaluarse si existió o no, en este caso concreto, una vulneración al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso dentro del procedimiento administrativo disciplinario que se siguió al recurrente y a su compañero de estudios, vale decir, si se otorgó al demandante todas las garantías dentro de dicho procedimiento, el mismo que concluyó estableciendo que el demandante ha cometido una falta contra el decoro y el honor e imagen institucional de la Escuela Técnica Superior de la PNP. De modo alguno, no cabe evaluar ni emitir un pronunciamiento respecto de la orientación sexual del recurrente o de su compañero de estudios, toda vez que esto no resulta relevante para la solución del conflicto materia de autos. A este respecto, considero que en este caso corresponde dilucidar si el derecho a la defensa que resulta inherente a cualquier investigado o procesado ha sido o no ejercido a plenitud en el transcurso del proceso administrativo disciplinario que versó sobre la verificación de la comisión de una falta grave, como resultaría ser el mantener relaciones sexuales en el lugar de trabajo o estudio, no importando si dicho actos son realizados por personas heterosexuales u homosexuales; es decir, en mi opinión, en el presente proceso constitucional de amparo no se encuentra en evaluación el derecho a la identidad sexual del recurrente o de su compañero de estudios, por cuanto, como ya hemos dicho líneas arriba, ello no resulta relevante para resolver la litis.

5. Como se aprecia de autos, el propio recurrente señala en su escrito de demanda (a fojas 39) que ante el Personal de la Comisión conformada por Oficiales de la Policía Nacional del Perú, su persona se limitó a ratificar lo expuesto por su compañero de estudios, quien manifestó haber mantenido relaciones sexuales

con él, para luego negar su dicho argumentando que fue coaccionado por oficiales de la citada comisión. Respecto a ello, debo señalar que el derecho a la no autoincriminación no proscribe la colaboración sincera que pueda generar el investigado en medio del iter procesal del caso en el cual se le investiga; lo que se proscribe es la declaración autoinculpatoria obtenida por parte del Estado utilizando métodos o medios coactivos para dicho fin, lo cual el demandante no ha probado de modo alguno. Es oportuno señalar que, de los medios probatorios incorporados a los autos por el demandante, no se aporta evidencia alguna que sugiera la existencia de medios coactivos o presión que supuestamente se hubiera ejercido sobre el demandante para obtener su manifestación, donde reconoce la comisión de la falta grave imputada por la Escuela Superior Técnica; por lo que considero que la manifestación, que ahora intenta desconocer el demandante, sí constituye medio probatorio válido, que genera convicción respecto de la comisión de la falta grave.

6. Continuando con el análisis del presente caso, debo precisar que el derecho al debido proceso está referido a que se cumpla con las garantías que éste le asegura a las partes, pero no sólo para una de ellas, sino para ambas, a fin de que participen en las mismas condiciones durante el desarrollo del proceso, es decir sin que el juzgador pueda realizar algún tipo de aventajamiento respecto de la otra(s) parte(s), ya que esto supondría la parcialización de quien resulta ser un tercero ajeno al conflicto, llamado a éste con el fin de solucionarlo.

7. El debido proceso, entonces, como lo menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 28, "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

8. Efectivamente, el derecho al debido proceso asegura a las partes no solo la igualdad ante la ley, bajo los principios de imparcialidad, de impulso de oficio y de socialización; sino también y principalmente, la igualdad de armas en cada acto y etapa del proceso, como el contradictorio, la prueba, la impugnación y la ejecución.

9. De lo manifestado por el propio recurrente en autos, se aprecia que éste presentó documentación con la intención de desvirtuar los cargos efectuados en su contra, e interpuso los recursos impugnatorios legalmente establecidos en los plazos correspondientes a fin de contradecir las resoluciones que supuestamente le generaban agravio, vale decir, utilizó todos los medios de impugnación pertinentes y válidos; en suma, realizó el descargo respectivo ante las acusaciones en su contra, presentando los medios probatorios que consideró convenientes para reforzar su posición, por lo que debemos dejar establecido que el demandante logró ejercer plenamente su derecho a la defensa; siendo así, cabe concluir que en el procedimiento administrativo sancionatorio tramitado por la Escuela Superior Técnica no se ha vulnerado éste derecho.

10. Por otro lado, es preciso recordar que el régimen disciplinario en los establecimientos policiales se configura por normas de estricto cumplimiento, las cuales rigen las relaciones al interior de la institución policial, dotándola de determinadas características dentro del marco que constituye nuestro ordenamiento jurídico. La disciplina al interior de las instituciones policiales constituye el pilar fundamental, disciplina que deberá circunscribirse a los parámetros establecidos por la Carta Magna y demás dispositivos vigentes, que regulan la conducta del personal, tanto al interior como al exterior de los ambientes de la institución, normas que son conocidas y aceptadas voluntariamente por sus miembros al momento de su postulación a la institución policial.

11. Efectivamente, tal y como prescribe el artículo 166° de la Constitución Política del Perú: "La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras". Entonces, es factible deducir que para cumplir con la mencionada finalidad, el personal de dicha institución deberá contar, como bien ha mencionado el Tribunal Constitucional en la STC N° 3425-2004-PA/TC, "con personal de conducta intachable y honorable en todos los actos de su vida pública y privada, que permita no sólo garantizar, entre otros, el cumplimiento de las leyes y la prevención, investigación y combate a la delincuencia, sino también el mantener incólume el prestigio institucional".

12. Ergo, el actuar acorde a las normas mencionadas demuestra que se requiere cierto estándar de conductas que diferencien al policía de aquel ciudadano que se rige únicamente por normas de convivencia pensadas en un estatus de civilidad, es decir, el primero deberá representar un modelo a seguir para el ciudadano, además de resguardar la seguridad interna en todo el territorio nacional.

13. Finalmente, sobre el derecho a la defensa supuestamente vulnerado, sólo me queda agregar que como el recurrente estuvo sujeto a proceso administrativo disciplinario por haber contravenido el Capítulo V, 02, c, (a), 1 del Nuevo Manual de Régimen Interno de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, la controversia, en este caso, se cierne en determinar si el procedimiento administrativo y la acusación realizada en su contra se ha realizado con violación o no de su derecho al debido proceso. En este caso, debo señalar que el recurrente ha tenido pleno conocimiento de los cargos que se le imputaban, contra los cuales ha ejercido su defensa, como consta en autos, además ha tenido oportunidad de interponer los recursos impugnativos que le franquea la ley, ha podido aportar los medios probatorios que ha considerado pertinentes, con lo que se puede verificar la participación activa del interesado en todos los actos de defensa durante el procedimiento administrativo sancionatorio; razón por la que considero que en el

presente caso no existe vulneración al derecho al debido proceso del recurrente, en especial al derecho de defensa.

14. Por otra parte, se observa de autos que se esgrime una fundamentación en torno a la supuesta vulneración del principio-derecho de la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad e identidad sexual del recurrente. A mi criterio, es claro que en el procedimiento administrativo no se está discutiendo, como he mencionado en líneas anteriores, la orientación o identidad sexual del recurrente; sino el hecho de que si ha sido o no procesado administrativamente con observancia de las garantías contenidas en el derecho fundamental al debido proceso por la comisión de una falta grave consistente en mantener relaciones sexuales en el centro de formación de la institución policial demandada.

15. Considero, entonces, que el análisis del caso debe girar sólo y únicamente en torno a los alcances de la mencionada acusación, aspecto que no considera la ponencia, la cual entiende que la entidad emplazada decidió separar al demandante no por el hecho de haberse vulnerado específicos dispositivos normativos y de conducta que norman la actividad interna de la institución, sino por la orientación sexual del recurrente y del señor R.E.C.P, hecho que, reitero, no es materia de discusión en el presente caso, puesto que como hemos afirmado tantas veces, el proceso administrativo disciplinario se circunscribió únicamente a la acusación expresa en relación a la contravención, no sólo de la norma reglamentaria tantas veces citada, sino del modo de vida interna de los alumnos de la Escuela TécnicaSuperior de la PNP de Puente Piedra, que, como cualquier centro de formación, tiene como objetivo perfilar a los futuros efectivos de la Policía Nacional del Perú a fin de orientar sus valores y modular su conducta en su diario interactuar al interior de dicho centro de instrucción policial.

16. En consecuencia, al no haberse acreditado en autos la vulneración de los derechos a la identidad, al desarrollo de la personalidad ni a la dignidad del recurrente, éste deberá responder por hechos concretos que han sido suficientemente acreditados en el procedimiento administrativo con prueba idónea; teniendo que reiterar que en ningún momento se cuestiona en el proceso administrativo disciplinario la orientación sexual del demandante, sino las causas objetivas que motivaron iniciar el mencionado proceso investigatorio, esto es, el hecho de mantener relaciones sexuales en el recinto formativo de la Policía Nacional del Perú, hecho que considero que de ninguna manera puede ser concebido como una conducta permisible al interior de un centro de formación o de un centro de trabajo. Por todo ello, soy de la opinión que la demanda debe ser desestimada.

Por las razones expuestas, mi voto es porque se declare INFUNDADA la demanda de amparo de autos.

Sr.

CALLE HAYEN

Exp. N° 1575-2007-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Marisol Elizabeth Venturo Ríos. Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el acceso al beneficio de visita íntima de mujeres condenadas a terrorismo].*

Fecha de Resolución: 20 de marzo de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de abril de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N.° 01575-2007-PHC/TC, determinó que el beneficio penitenciario de la visita íntima para las mujeres condenadas por el delito de terrorismo no se encuentra restringido, limitado o prohibido para los internos o internas por el delito de terrorismo.

En este sentido, consideró que la decisión del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) de denegar el beneficio penitenciario a una reclusa, sin que exista una prohibición legal expresa y un parámetro claro para determinar bajo qué circunstancias se puede conceder o rechazar este beneficio, viola los derechos a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres reclusas, así como el principio de resocialización de la pena.

De esta forma, ordenó que se realicen las gestiones administrativas necesarias para establecer un régimen de visita íntima, de acuerdo con los requisitos del Reglamento del Código de Ejecución Penal, bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad. Además, exhorta a la Defensoría del Pueblo a que realice el seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia.

Temas claves: Derecho a la integridad personal - derecho al libre desarrollo de la personalidad - fines de la pena - protección estatal de la familia - tratados internacionales de derechos humanos - visita íntima.

EXP. N.° 01575-2007-PHC/TC
LIMA
MARISOL ELIZABETH
VENTURO RÍOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de marzo de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Marisol Elizabeth Venturo Ríos contra la sentencia de la Sexta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 93, su fecha 4 de diciembre de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de julio de 2006 la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Director Regional y el Director General de Tratamiento del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) solicitando que se le conceda el derecho al beneficio penitenciario de visita íntima, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación por razón de género.

Señala que se encuentra recluida en el Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Chorrillos en cumplimiento de una condena de pena privativa de la libertad y que ha venido gozando del beneficio penitenciario de visita íntima; y que sin embargo a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.° 927 el Establecimiento Penitenciario en que se encuentra recluida mediante el Oficio N.° 276-2006-INPE-07 le suspendió y negó la concesión del beneficio penitenciario de visita íntima bajo el argumento de que las reclusas condenas por el delito de terrorismo no tienen derecho a acceder a dicho beneficio penitenciario.

Realizada la investigación sumaria se recibe la declaración indagatoria de la demandante, quien se

ratifica en el contenido de la demanda, agregando que desde el 8 de setiembre de 1993 se encuentra recluida en cumplimiento de una condena de pena privativa de la libertad de 22 años, y que desde el año 2002 hasta el 25 de mayo de 2006, ha tenido derecho al beneficio penitenciario de visita íntima.

El Director Regional y la Directora General de Tratamiento del Instituto Nacional Penitenciario manifiestan que el beneficio penitenciario de visita íntima se encuentra prohibido para las recluidas por el delito de terrorismo en mérito a lo dispuesto por el artículo 19.° del Decreto Ley N.° 25475 y el artículo 2.° del Decreto Legislativo N.° 927.

El Decimocuarto Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de octubre de 2006, declaró fundada en parte la demanda, por considerar que la suspensión del beneficio penitenciario de visita íntima dispuesta por el artículo 2.° del Decreto Legislativo N° 927 vulnera el principio de igualdad, pues establece un diferencia de trato entre las internas que han sido condenadas por el delito de terrorismos y las internas que han sido condenadas por otros delitos, diferencia carente de una justificación objetiva.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por estimar que el artículo 19.° del Decreto Ley N° 25475 y el artículo 2.° del Decreto Legislativo N° 927 prohíben expresamente que a los condenados por el delito de terrorismo se les conceda el beneficio penitenciario de visita íntima.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

1. De acuerdo con los hechos que han quedado expuestos en los antecedentes, en el presente caso la controversia se centra en determinar si la decisión de los directores del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), consistente en prohibir el otorgamiento del beneficio penitenciario de visita íntima a la demandante, vulnera, o no, su derecho fundamental a la integridad personal, así como el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

2. Ello debido a que en la demanda se ha alegado erróneamente que la decisión de los directores emplazados ha vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por razón de género de la demandante. Para llegar a esta conclusión, este Tribunal tiene presente que en el segundo párrafo del fundamento 12 del recurso de agravio constitucional obrante de fojas 107 a 112, la demandante ha señalado que:

"La relación íntima entre hombre y mujer es un derecho natural inherente a la naturaleza humana (...) que tiene relación directa con la libertad del hombre individual y socialmente, en el primer caso, está íntimamente relacionado con su normal desarrollo sicofísico y su bienestar espiritual, y en el segundo caso con su desenvolvimiento familiar y social".

3. Por tal razón, en virtud del principio iura novit curia consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, este Tribunal estima que en el caso los derechos fundamentales que se estarían vulnerando son los derechos a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

4. Para resolver la controversia este Tribunal estima oportuno previamente realizar unas breves consideraciones sobre las restricciones legítimas del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a la vista íntima de quienes se encuentran privados legalmente de su libertad.

§2. La reinserción social del penado como fin del régimen penitenciario

5. De acuerdo con el inciso 22), del artículo 139° de la Constitución, entre los fines que cumple el régimen penitenciario se encuentra la reinserción social del interno. Esto quiere decir que el tratamiento penitenciario mediante la reeducación y rehabilitación tiene por finalidad readaptar al interno para su reincorporación a la vida en libertad. Ello es así porque las personas recluidas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad.

6. Tomando en cuenta los fines de la pena consagrados en la Constitución, el legislador tiene la facultad de regular mecanismos que faciliten el proceso de reinserción de la persona a la sociedad. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos.

La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, "si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo[1].

7. En armonía con ello, el principio-derecho de dignidad de la persona humana impide que los internos puedan ser tratados como cosas o instrumentos. Por ello, y dado que la privación de la libertad ubica a los internos en una situación de indefensión, dada la imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales por sus propios medios, la defensa de la persona humana y la legitimidad del régimen penitenciario le imponen al Estado el cumplimiento de determinados deberes jurídicos positivos.

8. En el régimen penitenciario el Estado no sólo asume el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión.

9. En consecuencia los internos no sólo no pueden ser sometidos a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino tampoco a restricciones que no sean las que resulten necesariamente de las propias condiciones de la privación de la libertad. Por ello, el Estado debe garantizar el respeto pleno de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres.

10. En líneas convergente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurar a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención"[2].

11. En este contexto este Tribunal estima que las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario. Por esta razón el Estado asume el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con lasinstalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima.

§2.1El Derecho Internacional y las Personas Privadas de la Libertad

12. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconociendo que las personas privadas de su libertad constituyen un grupo vulnerable y de especial protección, ha adoptado disposiciones específicas para la tutela de sus derechos, especialmente en el ámbito de las Naciones Unidas (ONU).

13. Sin embargo, es de especial relevancia constatar que a diferencia de otros grupos de especial protección, sobre los cuales se han adoptado tratados internacionales específicos (niños, mujeres o minorías étnicas, entre otros), en el caso de las personas privadas de la libertad, el sistema internacional solamente ha emitido resoluciones no convencionales sobre la materia.

En este sentido, las principales disposiciones internacionales sobre la materia son: (i) las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos del Consejo Económico Social de la ONU[3]; (ii) el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión[4]; y (iii) los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos[5]. En el ámbito americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas[6].

14. El hecho que hasta la fecha no se hayan adoptado tratados internacionales especiales obedece a que la protección de todas las personas privadas de su libertad lleva a que la fuente jurídica para su protección lo constituya el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es decir, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y, en lo pertinente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. En el ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 es igualmente aplicable.

El Tribunal Constitucional es conciente de que el mayor número de violaciones a los derechos humanos que se cometen en el mundo tiene que ver precisamente contra las personas privadas de libertad, sea esto en establecimientos penitenciarios y en estaciones policiales pero también en hospitales, centros psiquiátricos y zonas de detención[7].

15. De esta manera, la protección del derecho a la integridad personal, a la dignidad, a la libertad, a la integridad y al debido proceso de las personas que se encuentran privadas de su libertad, independientemente de su condición de detenida o condenada, debe basarse en los tratados internacionales y los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2º de la Constitución Política del Perú. Las resoluciones de la ONU específicas sobre la manera deberán ser empleadas como un criterio interpretativo auxiliar sobre la base del artículo V del Código Procesal Constitucional.

16. Lo anterior es de suma importancia en un país como el nuestro que tiene una situación penitenciaria precaria, el cual ha sido objeto de análisis de órganos encargados de velar por los derechos humanos, tales como la Defensoría del Pueblo[8] y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[9]. Se debe reconocer los esfuerzos por hacer frente a esta situación pero en la medida que no haya una política integral para revertir la situación carcelaria, no se podrá contar con un sistema garantista y protector de los derechos a la vida, integridad, salud, alimentación, dignidad, a favor de las personas que se encuentran recluidas en establecimientos penitenciarios cumpliendo condena.

17. Como el Tribunal ha señalado, el haber sido procesado por la comisión de un delito y obligado a cumplir una sanción por tal hecho no supone ser estigmatizado; por el contrario, durante el período de reclusión el Estado tiene la obligación de que esa persona sea rehabilitada para que su reincorporación en la sociedad se torne más fácil y realmente efectiva y esto sólo se puede llevar a cabo si su permanencia en el establecimiento penitenciario es digna[10].

§2.2. La visita íntima como forma de protección a la familia

18. El Estado, al permitir y garantizar la visita íntima a los internos, coadyuva decisivamente en la consolidación de la familia en el proceso de resocialización del reo, pues las condiciones de hacinamiento e higiene de los establecimientos penitenciarios generan en éste un deterioro de su integridad física, psíquica y moral que frecuentemente sólo pueden ser compensados con el amor que brinda la familia.

19. Asimismo, el Estado al permitir la visita íntima está cumpliendo con su deber de especial protección a la familia como institución fundamental de la sociedad reconocido en el artículo 4° de la Constitución. Si bien no es el único mecanismo para cautelar a la familia, el espacio compartido en la visita íntima sí es propicio y necesario para fortalecer los vínculos de la pareja; pues una vez fortalecida la relación de pareja, se facilita la relación armónica con los hijos.

20. Es más, la visita íntima como forma de protección a la familia se encuentra reconocido en el Código de Ejecución Penal. Así, de acuerdo a su artículo 58° la visita íntima tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino, bajo las recomendaciones de higiene, planificación familiar y profilaxis médica.

21. De este modo, el derecho a la intimidad familiar no sólo se garantiza al no inmiscuirse en los asuntos de la familia mediante la no divulgación de los hechos privados, sino también al permitírsele un espacio para que tal derecho se desarrolle. Por ello este Tribunal estima que las limitaciones desproporcionadas de las visitas íntimas entre los internos y sus parejas (cónyuge, concubina o concubino) vulnera el deber especial de la familia reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

22. El derecho a ser visitado es de tal importancia para la garantía de los derechos del interno y su familia que está consagrado en el principio 19 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución N° 43/173, de fecha 9 de diciembre de 1988.

§3. La visita íntima como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad

23. Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. De este modo, la relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. De ahí que, pueda considerarse que uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas sea la posibilidad de tener relaciones sexuales.

24. Por ello, tanto para aquellos internos que tengan conformada una familia, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues si bien la privación de la libertad conlleva una limitación razonable del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es obvio que no lo anula. Y es que la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica, brinda a la pareja un momento de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro.

25. La relación sexual entre el interno y su pareja es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Y es que, tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja.

26. En conclusión los internos en virtud de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, tienen derecho a la visita íntima bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, en la medida en que lo permitan las limitaciones mismas que se derivan de la reclusión y las normas que regulan la materia.

27. Teniendo presente ello, esta Tribunal considera que las medidas adoptadas por las autoridades penitenciarias que restringen de manera absoluta el ejercicio de la visita íntima vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los internos y resultan contrarias a los fines constitucionales del tratamiento penitenciario.

28. En sentido similar este Tribunal estima que la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales.

29. De otra parte debe señalarse que la sanción disciplinaria impuesta a un interno, consistente en la suspensión temporal de la visita íntima por incurrir en faltas legalmente previstas, sólo resultará proporcional y razonable si es que se sustenta en la necesidad de garantizar el orden y la seguridad del establecimiento penitenciario. Como por ejemplo, cuando se comprueba que un interno está haciendo uso de la visita íntima para planear la realización de actos ilícitos.

§3. La visita íntima y el derecho a la integridad personal. Análisis de la controversia

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia ha considerado que las restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación del derecho a la integridad personal[11]. Ello debido a que el derecho a la integridad personal reconoce como manifestaciones el derecho a no ser sometido a tratamientos susceptibles de anular o restringir la voluntad o el uso pleno de las facultades corpóreas.

31. En el presente caso de los Oficios N.os 1046-2006-INPE/16-08, de fecha 16 de abril de 2006 y 039-2006-INPE-07-01-AL, de fecha 5 de mayo de 2006, obrante de fojas 31 a 34, se desprende que la Oficina de Asistencia Penitenciaria, la Dirección Regional Lima y la Dirección de Tratamiento del Instituto Nacional Penitenciario consideraron que no es procedente el otorgamiento del beneficio penitenciario de visita intima

a los internos procesados o sentenciados por el delito de terrorismo en virtud del artículo 2° del Decreto Legislativo N.° 927.

32. Teniendo en cuenta ello este Tribunal estima que debe determinarse si, en realidad, el texto del artículo 2° del Decreto Legislativo N.° 927, prevé una limitación normativa para el goce y ejercicio a la visita íntima. Para ello conviene analizar la naturaleza de la visita íntima y su relación con el delito de terrorismo. Al efecto, debe recordarse lo siguiente:

a. Mediante la Ley N° 24651, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de marzo de 1987, se introdujo al Código Penal el delito de terrorismo, estableciéndose en su artículo 5° que los condenados por terrorismo no tendrán derecho a libertad condicional, semilibertad, libertad vigilada, redención de la pena por el trabajo o el estudio o conmutación.

b. Mediante el Decreto Supremo N.° 005-97-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 1997, se aprobó el Reglamento del régimen de vida y progresividad del tratamiento para internos procesados y/o sentenciados por delito de terrorismo y/o traición a la patria, estableciéndose en su artículo 28° que la visita íntima se efectuará en la etapa de mínima seguridad especial, de acuerdo al manual de procedimientos de visita íntima.

c. Mediante el Decreto Legislativo N° 927, publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de febrero de 2003, se reguló la ejecución penal de los beneficios penitenciarios en materia de delitos de terrorismo, estableciéndose en su artículo 2° que los condenados por delito de terrorismo podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, y de liberación condicional.

d. Mediante el Decreto Supremo N° 015-2003-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de setiembre de 2003, se aprobó el Reglamento del Código de Ejecución Penal estableciéndose en su Cuarta Disposición Transitoria que los regímenes penitenciarios que se rijan por normativa especial, seguirán regulados por dichas normas, en tanto que no haya una derogatoria o modificación expresa.

e. Mediante el Decreto Supremo N° 016-2004-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2004, se modificó el Reglamento del Código de Ejecución Penal, reconociendo de manera limitada el beneficio penitenciario de visita íntima, aun para los internos que se encuentran bajo el régimen cerrado especial de máxima seguridad, estableciéndose en su el artículo 3° que el Reglamento del Código de Ejecución Penal se aplicará a todas las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios del país, independientemente del delito que se le impute o por el que haya sido condenado.

33. Sobre la base de lo anterior puede concluirse que normativamente el beneficio penitenciario de la visita íntima no se encuentra restringido, limitado o prohibido de manera general y precisa para los internos o internas por el delito de terrorismo; por el contrario puede advertirse que la limitación del beneficio penitenciario referido es consecuencia de una interpretación arbitraria de la normativa citada de parte de la autoridad penitenciaria.

34. De otra parte este Tribunal considera que el argumento del Instituto Nacional Penitenciario consistente en que la limitación del beneficio penitenciario de la visita íntima tiene como fundamento el temor de que las internas queden embarazadas, carece de sustento legal y constitucional.

35. Los tratados internacionales sobre derechos humanos y el Código de Ejecución Penal establecen la obligación de que los centros penitenciarios tengan los medios que permitan a las personas privadas de la libertad mantener el vínculo familiar. Por ello, es una obligación del Instituto Nacional Penitenciario implementar un programa de educación sexual e higiene para que sean las propias internas las que tengan un conocimiento informado sobre cómo poder ejercer sus derechos sexuales y reproductivos de una manera responsable, incluyendo mecanismos de planificación familiar contemplados por la legislación peruana.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, porque se ha acreditado que el Director Regional y el Director General de Tratamiento del Instituto Nacional Penitenciario han violado los derechos a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad de doña Marisol Elizabeth Venturo Ríos.
2. Declarar **NULOS** los Oficios N.os 1046-2006-INPE/16-08 y 039-2006-INPE-07-01-AL, por servir de sustento para impedir el otorgamiento del beneficio penitenciario de la visita íntima.
3. **ORDENAR** a la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Chorrillos que realice las gestiones administrativas necesarias para permitir las visitas íntimas a doña Marisol Elizabeth Venturo Ríos, si es que cumple con los requisitos del Reglamento del Código de Ejecución Penal, bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad.
4. **ORDENAR** al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) que disponga a todos los establecimientos penitenciarios que administra que el beneficio penitenciario de la visita íntima debe ser concedido a los internos e internas por el delito de terrorismo.
5. Exhortar a la Defensoría del Pueblo para que realice el seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 01575-2007-PHC/TC
LIMA
MARISOL ELIZABETH
VENTURO RÍOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los considerandos siguientes:

1. Si bien concuerdo con el sentido del fallo en su extremo sustancial que estima el petitorio de la demanda y dispone que los emplazados permitan la vista íntima de la demandante doña Marisol Elizabeth Venturo Rios conforme al ordenamiento legal y la Constitución, debo manifestar los fundamentos por los cuales concluyo estimando la demanda.

Los antecedentes

2. Con fecha 26 de julio de 2006 la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el director de la Dirección Central y Tratamiento y el jefe de la Dirección General – Lima del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) denunciando afectación a sus derechos al acceso al beneficio penitenciario de visita íntima, integridad personal, a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivo de origen, raza, opinión, condición económica o de cualquier índole.
Refiere que sin que exista una norma que modifique, reemplace o elimine lo establecido por el Decreto Legislativo N.° 927, los emplazados han suspendido el acceso al beneficio penitenciario de visita íntima mediante el Oficio N.° 276-2006-INPE-07, lo que afecta el principio de legalidad. Afirma que con fecha 25 de mayo de 2006 los emplazados restringieron la visita íntima específicamente a las mujeres recluidas por el delito de terrorismo, lo que afecta los derechos alegados, más aún si no está permitido desconocer la personalidad del individuo y menos los derechos consubstanciales en la condición humana. Afirma que este derecho [a la visita íntima] se estuvo aplicando con un rol de programación de 15 días, por lo que tuvo la posibilidad de recibir a su esposo. Finalmente agrega que la restricción de la visita íntima impide que las mujeres detenidas puedan concebir.

3. Realizada la investigación sumaria la demandante manifiesta que desde el año 2002 venía gozando del derecho a la visita íntima, sin embargo ésta fue restringida y el motivo sería para evitar embarazos. Agrega que se debe considerar su derecho a la unión familiar puesto que tiene [esposo y] una hija de trece años de edad. Por otra parte, el Director de la Dirección Regional de Lima del INPE, don Kenth Augusto Mora Landeo, señala que el artículo 19° del Decreto Ley N.° 25475 prohíbe los beneficios penitenciarios a los condenados por el delito de terrorismo y que el posterior Decreto Legislativo N.° 927 sólo concede los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o educación y la liberación condicional, quedando prohibidos todos los demás beneficios penitenciarios, entre ellos la visita íntima. De otro lado, la Directora General de Tratamiento del INPE, doña Nancy Arias Aguirre, señala que entre los beneficios penitenciarios permitidos mediante el Decreto Legislativo N.° 927 no se encuentra contemplado el de la visita íntima.

4. El Décimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de octubre de 2006, declara fundada en parte la demanda por considerar que el dispositivo contenido en el Decreto Ley N.° 25475, que prohíbe los beneficios penitenciarios a los condenados por el delito de terrorismo, ha sido sustituido por Decreto Legislativo N.° 927 que no limita de manera expresa la concesión del beneficio penitenciario de visita íntima sino que señala que en lo no regulado –por dicha norma– es de aplicación el Código de Ejecución Penal. En tal sentido es posible que los internos por el delito de terrorismo tengan acceso al beneficio penitenciario de la visita íntima ya que esta última norma no hace diferenciaciones para los internos recluidos por el delito de terrorismo. Finalmente señala que la denegatoria del reclamado beneficio afecta el principio de igualdad y que los demandados deben cesar dicho trato discriminatorio.

5. La Sala Superior revisora revocando la apelada declara improcedente la demanda por considerar que el artículo 19° del Decreto Ley N.° 25475 prohíbe la concesión de beneficios a los condenados por el delito de terrorismo. Refiere que el Tribunal Constitucional ha señalado que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo no infringe el principio de igualdad ya que se justifica en la especial gravedad del delito y los bienes de orden público constitucional. Finalmente sostiene que el petitorio de la demanda no se encuentra contemplado como uno de los supuestos enunciados en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional.

Delimitación del petitorio

6. El objeto de la demanda es que en sede constitucional se disponga que las autoridades penitenciarias emplazadas: a) cesen todo acto tendiente a restringir el beneficio penitenciario de visita íntima a la recurrente; y, b) adopten las medidas necesarias a fin de que la recurrente acceda a dicho beneficio penitenciario conforme a ley.
Con tal propósito se alega afectación a los derechos al beneficio penitenciario de visita íntima, a la igualdad ante la ley, a no ser discriminada, a la integridad personal, a los derechos consustanciales del ser humano y al derecho de la mujer a concebir un hijo.

7. De manera previa al análisis de la materia de controversia constitucional se debe precisar que el cuestionado Oficio N.° 276-2006-INPE-07 de fecha 11 de mayo de 2006 (fojas 5) no es el pronunciamiento de la Administración Penitenciaria del que dimana la restricción a la visita íntima de la recurrente (lo que se considera en los hechos de la demanda). En efecto, en el presente caso el oficio que se cuestiona no contiene efecto de mandamus en si mismo pues constituye un oficio consultivo dirigido a la Defensoría del Pueblo a fin de recibir su opinión respecto a la jurisprudencia constitucional y norma restrictiva del beneficio penitenciario a la visita

íntima. En este sentido y apreciadas las declaraciones indagatorias practicadas a las partes en la investigación sumaria del hábeas corpus, las instrumentales que obran en los autos y el texto del cuestionado oficio se concluye que la prohibición a la vista íntima de la recurrente es una determinación administrativa aplicada por las autoridades penitenciarias emplazadas en autos.
Análisis de la presunta afectación a los derechos a la igualdad ante la ley, a no ser discriminado y al alegado derecho al beneficio penitenciario a la visita íntima.

8. El artículo 139°, inciso 22, de la Constitución señala que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". Al respecto, este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.° 010-2002-AI/TC (FJ 208) que los propósitos de reeducación y rehabilitación del penado "[...] suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de la libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito".
No obstante también ha precisado la citada sentencia que "la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad, no es, per se, contrario al inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad" (FJ 209).

9. En cuanto al derecho al beneficio penitenciario de visita íntima cuya titularidad se alega en la demanda se debe indicar que este Tribunal ha señalado en su reiterada jurisprudencia que en estricto los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas, de ahí que puedan ser limitadas y ser concebidas con carácter meramente legal. [Cfr. sentencia recaída en el Expediente N.° 2700-2006-PHC/TC FJ 19].

10. Ahora, en cuanto a la normatividad implicada en la materia controvertida tenemos i) el Código de Ejecución Penal (promulgado mediante Decreto Legislativo N° 654 y publicado el 2 de agosto de 1991) concibe al beneficio penitenciario de visita íntima para todos los internos y sin distinción del delito por el que se encuentran procesados o condenados; ii) el artículo 19 del Decreto Ley N° 25475 (publicado el 6 de mayo de 1992) proscribe todos los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo; iii) el artículo 1° del Decreto Ley N.° 25916 (publicado el 2 de diciembre de 1992) dispone que las prohibiciones de beneficios penitenciarios para los agentes del delito de terrorismo se mantienen en vigencia; iv) el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 927 (publicado el 20 de febrero de 2003) señala que los condenados por el delito de terrorismo podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de a) redención de la pena por el trabajo y la educación y b)liberación condicional.
Las disposiciones del Código de Ejecución Penal que prevén la visita íntima no le son aplicables a los condenados por el delito de terrorismo por cuanto hay una Ley que la proscribe y un decreto ley que concede dos beneficios, en los que no se encuentra. Por consiguiente, la Ley no prevé el denominado beneficio penitenciario de visita íntima, cuyo otorgamiento reclama la recurrente.

11. En lo que respecta a la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 927 el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, in extenso, en la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Expediente N.° 003-2005-PI/TC (FJ 325) estableciendo que:
"(...) los condenados por delito de terrorismo sólo pueden acogerse a los beneficios penitenciarios previstos en el Decreto Legislativo 927, encontrándose excluidos de la posibilidad de acogerse a aquellos otros que se encuentran regulados por el Código de Ejecución Penal (vg., la semilibertad). Tal exclusión, así como el establecimiento de reglas ad hoc distintas a las contempladas en el referido Código de Ejecución Penal para los beneficios penitenciarios contemplados en el artículo 2° del Decreto Legislativo 927, comporta una intervención en el ámbito garantizado por el derecho/principio de igualdad (...)"
Para luego determinar en los fundamentos jurídicos 326 y 330 que:
"(...) la intensidad de la intervención en el ámbito del derecho/principio de igualdad es "leve", pues el tratamiento diferenciado no se sustenta en motivos proscritos por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc.) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce [a una garantía] de rango legal", [por lo que] "la finalidad del trato diferenciado en materia de beneficios penitenciarios puede sustentarse en la gravedad del delito por el cual se fue condenado. Desde esta perspectiva, en atención a la gravedad de los bienes jurídicos afectados por la comisión de un ilícito penal, el legislador penal no sólo está en la capacidad de poder realizar una distinta valoración del reproche penal que tales conductas merezcan, sino también para realizar un distinto tratamiento en materia de beneficios penitenciarios".

12. Por consiguiente, a) la alegada afectación a los derechos a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, opinión, condición económica o de cualquier índole (artículo 2°, inciso 2, de la Constitución) debe ser rechazada de conformidad a lo establecido por el artículo 6° del Código Procesal Constitucional toda vez que el Tribunal Constitucional ya emitió un pronunciamiento de fondo

en cuanto a la aludida materia controvertida en la sentencia recaída en el Expediente N.° 003-2005-PI/TC, pronunciamiento constitucional que tiene eficacia erga omnes y que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada constitucional; y b) la alegada afectación al derecho al beneficio penitenciario de visita íntima debe ser desestimada puesto que los beneficios penitenciarios no constituyen derechos fundamentales en si mismos sino que se estiman como garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal con carácter legal a favor de los internos, ciertamente condicionados porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que están sujetos a presupuestos establecidos en la norma y a la decisión que determine el juez competente o la autoridad penitenciaria, según sea el caso.

Precisiones sobre la naturaleza de los beneficios penitenciarios

13. Los beneficios penitenciarios son garantías previstas en el Derecho de Ejecución Penal concebidos como incentivos o estímulos y cuyo objeto es el de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno de manera anticipada a la pena que le fue impuesta para tal efecto. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que los beneficios penitenciarios son estímulos que coadyuvan a la reinserción del interno en la sociedad [Cfr. STC 2898-2005-PHC/TC y STC 2715-2006-PHC/TC].

14. En la legislación penitenciaria peruana se encuentran previstos los beneficios penitenciarios libertarios como a) la redención de la pena por el trabajo y la educación (en cierta medida se ligada el beneficio de la autorización excepcional de horas extras de horas de trabajo y de labores en la propia Administración Penitenciaria), b) la semilibertad y c) la liberación condicional, beneficios penitenciarios que coadyuvan a que el condenado pueda egresar del establecimiento penitenciario en momento anticipado al que impuesto en la sentencia condenatoria. Por otra parte tenemos a los beneficios penitenciarios que no se encuentran relacionados directamente con la excarcelación anticipada sino que se ven ligados a la optimización de la permanencia del interno en el establecimiento penitenciario que en definitiva contribuyen a la resocialización del interno (los que son concedidos por la autoridad penitenciaria), así tenemos a concesiones extraordinarias de comunicaciones, de visitas y de permisos de salida, representando este último más que un incentivo una situación particular que se justificaría en su propia necesidad especial.

Sin embargo, como a continuación se examina, la visita íntima no se concibe en la tipología de los beneficios penitenciarios libertarios y si bien podría clasificarse como ligado a optimización de la permanencia del interno en el establecimiento penitenciario sin embargo tiene una especial connotación de trascendencia constitucional, ello debido a su propia naturaleza y a los derechos fundamentales que encarna.

La vista íntima y su relevancia constitucional

15. El Código Procesal Constitucional en su artículo 25°, numeral 17, ampara la protección del "derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena". Así se yergue en la doctrina y la jurisprudencia constitucional la tipología del hábeas corpus correctivo que opera cuando se produce actos de agravamiento inconstitucional respecto a las formas o condiciones en que se cumplan las penas privativas de la libertad, el mandato de detención provisional e incluso la detención policial a nivel de la investigación preliminar.
El Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.° 2663-2003-HC/TC que:
"[El hábeas corpus correctivo] procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (...). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes (...). [También es admisible su presentación] en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos, de ilegitimidad de del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro (...)".
Por consiguiente mediante el hábeas corpus correctivo se puede realizar el control constitucional de las condiciones en que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual [Cfr. STC 0726-2002-HC/TC], tanto más si un eventual agravamiento a los derechos fundamentales de la persona humana que se encuentra privada de su libertad por parte del propio Estado encuentra una especial conexidad con el derecho fundamental a la libertad personal.

16. De otro lado el Código de Ejecución Penal señala en su artículo V del Título Preliminar que "[e]l régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena" para luego precisar en el artículo 1° que "[e]l interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva". Asimismo, de manera específica en cuanto a la materia controvertida establece en su artículo 58° que "[la] visita íntima tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino (...) [e]s concedido por el Director del Establecimiento Penitenciario, conforme al Reglamento", requisitos y condiciones para su realización que se encuentran previstos en los artículos 195° al 205° del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

17. En este Contexto, el asunto de la visita íntima, por así decirlo, más que la denominación legal que pueda fijársele encarna en su naturaleza y ámbito de desarrollo a la capacidad de cada persona de poder ejercitar aquella parte de su naturaleza biológica en función a su autodeterminación y necesidad física y psíquica, pues su

prohibición compromete el normal ejercicio de derechos fundamentales inherentes a la persona humana que no habrían sido afectados por la sentencia condenatoria, lo que a continuación se expone:

18. Los actuales estados constitucionales democráticos se caracterizan por su predilección a la mayor protección y realización posible de los derechos fundamentales, entendidos aquellos no solo como derechos subjetivos e individuales de las personas, sino también como instituciones que informan el ordenamiento jurídico en conjunto. Esto es así porque los derechos fundamentales se derivan del principio-derecho de dignidad de la persona humana según el cual la persona se concibe como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal al vincular a todos y cimentar el sistema constitucional. En este sentido nuestra Constitución reconoce en capítulo de derechos fundamentales de la persona, artículo 1° :
"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

19. El derecho a la integridad personal, como todos los demás derechos fundamentales, tiene una relación directa con la dignidad de la persona humana. Es así que el derecho a la dignidad persona humana permanece incólume en determinadas circunstancias de detrimento económico, cultural, educativo o cuando la persona se encuentre justificadamente privado de su libertad como consecuencia de su conducta desplegada y el ejercicio del poder punitivo del Estado.

20. Al respecto, la prohibición de la visita íntima a los internos, en mayor o menor medida, afecta los derechos a la salud e integridad personal en su ámbito psíquico puesto que la práctica sexual no siempre se resume a la práctica física del coito sino que para la pareja humana también involucra el afecto, el cariño, la ternura, el romanticismo, la comunicación en sus diversos aspectos, la confianza y la seguridad entre otros, complejidad fisiológica, emocional y sentimental del ser humano que con la abstinencia sexual forzada repercutirá en el estado psíquico del interno conduciéndolo de ese modo a la ansiedad sexual, a la frustración, a la depresión y al sufrimiento por la inseguridad de la fidelidad de su pareja libre, entre otros. En estas condiciones el interno es orientado a ciertas prácticas para mitigarlas, situación que no puede ser propiciada y menos desatendida por el Estado pretextando su validez legal.

21. La Constitución en su artículo 7° reconoce el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud así como el deber del Estado de contribuir a la promoción y defensa de aquella. Ahora, si bien es cierto que el derecho a la salud no se encuentra contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también es cierto que su inherente conexión con el derecho a la vida, a la integridad personal y el principio de dignidad de la persona, lo configura como un derecho fundamental innegable y necesario para el propio ejercicio del derecho a la vida toda vez que constituye, como lo señala el artículo I del Título Preliminar de la Ley N.° 26842 - Ley General de Salud, "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo", por lo que "existe el deber de que nadie, ni un particular y menos el Estado, lo afecte o menoscabe", más aún tratándose del ejercicio del derecho a la salud en los establecimientos penitenciarios [Cfr. 05954-2007-PHC/TC FJ 9].
El derecho a la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho "programático", vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales. En este sentido la atención a la salud de personas privadas judicialmente de su libertad debe darse con mayor énfasis y no, en su lugar, propiciar un estado de riesgo o resquebrajamiento de aquella al proscribir la satisfacción psicológica y física que entraña el acto sexual y con ello la alteración del equilibrio del estado de bienestar y emocional de la persona humana que en reducidas cuentas constituye su salud mental, máxime si esta dimensión positiva del derecho a la salud se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala: "[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

22. Del otro lado tenemos la restricción de la vista íntima y su implicancia en la integridad de la persona humana. Sostiene a) Elías Neuman en su libro El problema sexual en las cárceles (2da Ed. Buenos Aires, año 1982, Editorial Universidad S. R. L. pp. 45) que la inquietud, la infelicidad individual y ciertas enfermedades psicosomáticas del interno se encuentran ligadas a la abstinencia sexual en las cárceles, ello debido a la especial patología del ambiente carcelario; por otra parte b) la socióloga especialista en criminología Doris Cooper Mayr advierte en su trabajo acerca de La Delincuencia Femenina Urbana (Proyecto Conocyt, Chile, 1996) que la práctica de homosexualidad en los establecimientos penales femeninos ejercida por internas heterosexuales que en su reclusión desarrollan el lesbianismo debido a las carencias afectivas, emocionales y sexuales que las que su mayoría padecen, pues se originan y en muchos casos por coacción a asumir dinámicas de relación sentimental y sexual entre las reclusas llamadas "machos" que se adjudican roles masculinos y las reclusas seleccionadas por aquellas; a su turno c) Germán Small Arana relata en su obra Situación carcelaria del Perú y beneficios penitenciarios (Lima, año 2006, Editora Jurídica Grijley E. I. R. L. pp. 269 y 284) que la abstinencia sexual conduce al interno a depresiones melancólicas, practicas masturbatorias, "al homosexualismo ocasional y a otras actitudes generadas o exaltadas en el ámbito del encierro; su pareja [quien es ajena a la condena y las normas legales que la regulan resulta conminada indirectamente a la castidad en su relación con el interno], en algunos casos se proyecta a la satisfacción extraconyugal de sus deseos sexuales ..." (sic.). Precisiones nutridas de la doctrina y estudios de la materia que resultan racionales en términos constitucionales.

23. También llama la atención de manera cardinal la denuncia contenida en la demanda en sentido de que la proscripción de la visita íntima impediría que la interna

pueda concebir puesto que aquellaencuentra juicio de relevancia constitucional en el derecho fundamental a la vida y en la potestad de toda persona humana de desarrollarse, desenvolverse y realizarse con total libertad autodeterminativa en relación a sus propias aspiraciones, esto es el libre desarrollo de su personalidad y de su proyecto de vida. Es evidente que en el caso de las internas condenadas a una pena tan drástica como las tasadas para el delito de terrorismo su privación de la libertad se prolongaría por casi todo el periodo de su edad fértil para la concepción, realidad cuya negación resulta insostenible y frente a la cual el Tribunal Constitucional no puede mostrar un pronunciamiento evasivo sino que es necesario que asiente su juicio en sentido de que la prohibición ilegal de contacto intimo de la interna con su cónyuge o concubino constituye un atentado al derecho reproductivo, facultad de concebir una criatura que en principio no habría sido limitada por la sentencia condenatoria y que de ejecutarse resultaría en un agravio irreparable para la persona humana que en el presente proceso reclama tutela a fin de que no se proscriba ilegalmente ésta facultad natural.

Todo aquello encuentra sustento constitucional en que el derecho reproductivo está consignado en diferentes instrumentos internacionales, entre ellos tenemos a la Primera Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán el año 1968, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizado en Viena el año 1993 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma) realizado el año1998, resultando que en este último instrumento internacional se reconoce que "los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos". Ahora, si bien en nuestra Norma Fundamental no tenemos expresamente reconocido éste derecho lo encontramos como derivado de otros derechos fundamentales de la persona humana como lo es el derecho fundamental a la vida y lo concerniente al concebido, reconocidos en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución. Por tanto se concibe al derecho reproductivo como inherente a toda persona y susceptible de ser limitado por otros derechos fundamentales o por la Ley en salvaguarda de valores superiores (restricción que no acontece del caso sub examen), pues toda persona humana no solo tiene derecho a la vida sino a que aquella sea compatible con la dignidad de la persona humana.

24. Por otra parte tenemos que la prohibición de la visita íntima a una persona privada de la libertad que tiene cónyuge o cuncubino e hijos termina repercutiendo en algún modo en el resquebrajamiento de la institución de la familia, puesto que aquellos vínculos sentimentales de amor, comprensión, seguridad y de afinidad entre los padres que de por sí ya se encuentran menguados por el encierro de uno de ellos se ven reducidos aun más con la medida prohibitiva que aquí se cuestiona, pues redunda en la unión y armonía entre los padres y de éstos con sus hijos ya que tal prohibición propicia a que la pareja libre sea susceptible de encontrar en otra persona lo que al interno se le ha prohibido trayendo consigo las consecuencias de que por si engendra, eventualidad que trasciende de manera negativa en la institución de la familia a la cual la Norma Fundamental, de un lado, le otorga una titularidad reforzada (artículo 4° de la Constitución "La comunidad y el Estado ... protegen a la familia y promueven el matrimonio ... [reconociéndolos] como institutos naturales y fundamentales de la sociedad"), y de otro, al Tribunal Constitucional su salvaguarda, lo que no puede ser convalidado en sede constitucional.

25. Así tenemos que los derechos fundamentales comprometidos con la prohibición de la vista íntima, tratados de los fundamentos 18 al 24 del presente voto, ya han sido materia de pronunciamiento jurisprudencia por el Tribunal Constitucional, reconociéndolos en algunos casos y desarrollándolos en otros. Al respecto tenemos, en cuanto al derecho a la integridad personal en sus tres ámbitos, físico, moral y psíquico, en la sentencia recaída en le caso Francisco Javier Francia Sánchez, Expediente N.° 0256-2003-HC/TC; respecto al derecho a la salud y su objeto de mantener de mantener el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano así como el de su restablecimiento cuando este presente alguna perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser en los expedientes N.os 2333-2004-HC/TC y 2945-2003-HC/TC; en referencia al derecho a la vida y la oportunidad a que esta ofrece para realizar el proyecto vivencial al que una persona se adscribe, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0489-2006-PHC/TC; y en lo que atañe al derecho a la familia, concibiéndola en una garantía institucional de relevancia constitucional que debe ser protegida por la sociedad y el Estado, en las sentencias recaídas en los expedientes N.os 09332-2006-PA/TC y 1317-2008-PHC/TC; entre otras.

Análisis del caso materia de controversia constitucional

26. En el presente caso se aprecia de las instrumentales que corren en los actuados que los funcionarios emplazados han tomado la determinación administrativa de proscribir la visita íntima a la recurrente sustentándose en una interpretación de las normas señaladas en el fundamento 5 de la presente sentencia que en principio resulta válido en términos meramente legales en medida que se aprecia de los actuados que se realizó las consultas pertinentes tanto a sus órganos internos como la Defensoría del Pueblo que sin embargo la Administración Penitenciaria es la facultada a decidir al respecto.

27. No obstante el Tribunal Constitucional cuando conoce de la denuncia de violación de los derechos fundamentales realiza un juicio de interpretación y control constitucional conforme a la Constitución y de manera accidental en relación a las normas legales comprometidas, pues las normas legales son relevantes pero no determinantes en la resolución de la controversia constitucional tanto más si la misión la de la justicia constitucional concretizar la primacía de la Constitución y la salvaguardar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

28. Entonces, toca al Tribunal Constitucional realizar un juicio de interpretación constitucional respecto a

los presupuestos de procedibilidad del hábeas corpus (FJ 15), el tratamiento jurisprudencial constitucional de los derechos comprometidos en el cumplimiento de una condena con la visita íntima proscrita por el ente que tiene facultad para concederla (FJ 18 al 24), y considerando que: i) "nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (artículo 2° inciso 24 literal "a" de la Constitución); ii) "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", constituyendo el régimen penitenciario "...un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación", mas no a la aflicción del interno, (incisos 1 y 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e inciso 2 del artículo 5 de La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, respectivamente); iii) "el régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena", así como que "[e]l interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva" como el de la libertad religiosa, libertad de pensamiento y la integridad personal en su ámbito físico y psíquico, entre otros, y finalmente que "[la] visita íntima tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino (...)" (artículo V del Título Preliminar y artículos 1° y 58° del Código de Ejecución Penal, respectivamente); iv) "La ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú, y en el resto del ordenamiento jurídico peruano. Esta protección se extiende a todos los internos, tanto procesados, como sentenciados, respetando la disposiciones que establezcan los Tratados Internacionales sobre la materia" (artículo 3° del Reglamento del Código de Ejecución Penal); v) "en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad [n]i aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales ... [pues el] respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo [sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad, Expediente N.° 010-2002-AI/TC FJ 218 y 219]; vi)"El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad", libertad del desarrollo de la personalidad que debe ser ejercitada sin la compulsión del Estado [sentencia recaída en el Expediente N.° 2868-2004-AA/TC]; y, vii) la Libertad es un valor superior que inspira al ordenamiento jurídico y a la organización misma del Estado.

En este contexto normativo y jurisprudencial es que la visita íntima entendida en su esencia natural merece una especial tutela constitucional acorde a un parámetro de juicio interpretativo conforme a la Constitución y respecto a los demás derechos fundamentales que en ella se encarnan, máxime si los derechos fundamentales constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional.

29. De esta manera llego a la convicción que la visita íntima entendida en su esencia natural y constitucional es inherente al interno y por lo tanto no puede ser segada por la determinación interpretativa de una norma legal que no la prohíbe expresamente. Y es que una limitación de carácter legal sustentado en salvaguarda de valores superiores no se configura en el presente caso, siendo así que tal restricción administrativa en definitiva agrava las condiciones en que el interno cumple la condena.
Por todo lo hasta aquí expuesto tengo certeza fundada de que la concesión a la vista íntima repercute en:

i) la disminución de la homosexualidad, el lesbianismo situacional y los casos de violaciones sexuales en las cárceles que engendran sus propias patologías,
ii) la estabilidad en la relación matrimonial o concubinato del interno al limitar de algún modo la violencia domestica por celos o adulterio, y
iii) la mejora en la conducta emocional del interno que reacciona de manera más adecuada al tratamiento penitenciario y por tanto a su readaptación social que es el fin de la pena, entre otros.

A ello corresponde indicar que no puede presuponerse en la visita íntima otra finalidad más que a) en su dimensión orgánica la facultad de toda persona privada de su libertad de satisfacer sus necesidades biológicas, y b) en su dimensión subjetiva el aseguramiento y reforzamiento de los vínculos afectivos y sentimentales del interno para con el cónyuge o concubino, y por ende el equilibrio de su integridad psíquica y la estabilidad emocional de su familia. Ello no excluye que en el desarrollo de la vista íntima se puedan presentar situaciones ajenas a su esencia misma lo cual constituye una cuestión totalmente ajena a aquella que eventualmente puede estar ligada a la disciplina, orden o seguridad del establecimiento penitenciario, lo que debe ser tratado conforme a la normatividad pertinente.

30. Por todo lo expuesto concluyo en que la prohibición a la visita íntima de la recurrente a) agrava las condiciones en que cumple su condena, al afectar el normal ejercicio de los derechos a la integridad personal en su aspecto físico y psíquico, a la salud mental, a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, la vida y a la institución de la familia, en conexidad con el derecho a la libertad personal, y b)no presenta juicio de razonabilidad ni de proporcionalidad que la sustente más que la mera interpretación legal de los dispositivos de la materia, lo cual no resulta constitucional. En consecuencia la demanda debe ser estimada disponiéndose que los emplazados adopten las medidas necesarias a fin de que la recurrente acceda a la vista íntima, máxime si el Reglamento del Código de Ejecución Penal en sus

dispositivos de carácter general prevé la facultad de la Administración Penitenciaria de poder conceder la visita íntima en consideración a los regímenes penitenciarios de los internos, como el que atañe al de la recurrente.

31. Finalmente debe precisarse que el tema de autos se ubica en nuestra realidad nacional y por tanto incumbe a la decisión política y la económica que mejore la infraestructura de las instalaciones y facilite el personal adecuado que supervise la vista íntima, por lo que toca al Ministerio del ramo que efectivice lo resuelto en la presente causa a fin de que no sólo la recurrente sino los demás internos que se encuentren en similar situación puedan acceder a la visita íntima con dignidad, claro está, dentro de lo razonable, prudencial y reglamentado, lo que debe ser supervisado por el sector justicia.

También cabe puntualizar que el Tribunal Constitucional al acoger la demanda en cuanto al petitorio no está promoviendo la relajación de la disciplina carcelaria, que entendida en su finalidad constituye un método de readaptación del penado, y menos está incentivando la promiscuidad ni el desmedido aumento de la natalidad, sino que por el contrario coadyuva al afianzamiento de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y concretiza el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. Asimismo no puede dejarse de advertir a la Administración Penitenciaria a fin de que efectivice un adecuado programa especializado en maternidad responsable, ello en atención a que el Estado tiene, en relación con los derechos fundamentales, un deber especial de protección.

Por consiguiente, los emplazados deben adoptar las medidas necesarias, prudenciales y razonables acorde a la reglamentación de la materia a fin de que la recurrente acceda a la visita íntima en condiciones de seguridad, privacidad, salubridad y periodicidad concretizando de esa manera el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno, debiendo poner en conocimiento del Tribunal Constitucional en el término de 3 meses las medidas ordenadas en la presente sentencia y respecto a las acciones desplegadas por el Ministerio del ramo.

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda en cuanto al acceso a la visita íntima de la recurrente de conformidad a la normas reglamentarias de la materia, debiendo ser desestimada en lo demás que contiene conforme a lo expuesto en el fundamento 12 supra.

Sr.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

---

[1] Ver: Tribunal Constitucional. Sentencia 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003. Fundamento 208.

[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 159; y Caso de las Penitenciarías de Mendoza, resolución del 18 de junio de 2005, párr. 7.

[3] Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución N.° 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y en su Resolución N.° 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

[4] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución N.° 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

[5] Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución N° 45/111 del 14 de diciembre de 1990

[6] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

[7] Ver: O'DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 200-232.

[8] Ver: Defensoría del Pueblo. Supervisión del Sistema Penitenciario 2006. Lima: Informe Defensorial N.° 113, 2007.

[9] Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, Departamento de Tacna, Republica del Perú. Washington: OEA/Ser.L/V/II.118, 2003.

[10] Tribunal Constitucional. Sentencia 05954-2007-HC/TC del 27 de noviembre de 2007. Fundamento 6.

[11] Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, párr. 150; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 104; y Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 95, entre otras.

Exp. N° 3343-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Jaime Hans Bustamante Johnson. Se establecen obligaciones medioambientales y sociales de las empresas como requisito para la continuación de proyectos de inversión en Áreas de Conservación. Se desarrolla el derecho a la identidad étnica y cultural, a los recursos naturales, a la consulta y a la participación de las comunidades nativas].*

Fecha de Resolución: 19 de febrero de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 20 de febrero de 2009

Resumen: En el presente caso la demanda tenía por objeto que se ordene la suspensión de la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el Área Natural Protegida "Cordillera Escalera", área que tiene especial importancia por su biodiversidad y por ser la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada han denominado Constitución Ecológica al conjunto de disposiciones de la Constitución referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente. En esta sentencia se desarrollan los principios que se desprenden de dicha doctrina como son el desarrollo sostenible, la prevención y la responsabilidad social de la empresa. Y, en base a esos principios, se ordena suspender las exploraciones realizadas en Cordillera Escalera, pues no se cuenta con el Plan Maestro que precise las reglas para el aprovechamiento de los recursos naturales del lugar. El Tribunal declaró que las empresas petroleras demandadas afectaban el contenido constitucionalmente protegido del derecho a un medio ambiente equilibrado, al pretender continuar con sus labores de exploración de hidrocarburos en dicha área sin contar con el Plan Maestro, requisito que el TC consideraba como necesario para el aprovechamiento de recursos naturales en la etapa de exploración y explotación.

Temas claves: Áreas naturales protegidas - Constitución ecológica - contaminación ambiental - derecho a la dignidad humana - derecho a la identidad étnica y cultural - derecho a la salud - derecho a la vida - derecho al medio ambiente equilibrado - Estado social y democrático de Derecho - principio de prevención - principio precautorio - recursos naturales.

EXP. N.° 03343-2007-PA/TC
LIMA
JAIME HANS
BUSTAMANTE JOHNSON

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de febrero de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jaime Hans Bustamante Johnson contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 926, su fecha 10 de mayo de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 13 de octubre de 2006, el recurrente interpone demanda de amparo contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante PETROBRAS), por considerar que se amenazan sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas

naturales protegidas; alimentación; y al agua. Solicitan que se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida "Cordillera Escalera".

Alega que en el Lote 103 (área a explorar y explotar) se encuentra el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, establecida mediante Decreto Supremo N.º 045-2005-AG. Dicha área tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y almacenadora de agua ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. Manifiesta que la explotación petrolera implica que millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad serán extraídos del subsuelo y aflorarán a la superficie contaminando y devastando el medio ambiente (principalmente el agua), pues dichas aguas saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos. Además, indica que la exploración se está realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27 de la Ley N.º 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, el que establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas naturales protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro.

Contestación de la demanda

a) Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales, con fecha 21 de noviembre de 2006, contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente. Sostiene que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) no ha violado precepto constitucional alguno, por cuanto mediante la Resolución Directoral N.° 360-2006-MEM/AAE, del 4 de julio de 2006, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del MEN aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración Sísmica de la Estructura Pihuicho en el Lote 103, presentado por OXY.

b) Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (OXY) y Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (REPSOL)

Con fecha 21 de noviembre de 2006, OXY y REPSOL contestan la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Aducen que la ejecución del programa de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el lote 103 se inició el 22 de julio de 2006, luego de que OXY obtuviera todas las autorizaciones, y concluyó en su totalidad el 28 de octubre de 2006, por lo que es de aplicación lo previsto en el inciso 5 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. Además, señalan que el Tribunal Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia según la cual los procesos de amparo que requieran de una etapa probatoria debido a la naturaleza o la complejidad de la materia controvertida serán declarados improcedentes.

Por otra parte, sostienen que el demandante no ofrece pruebas que sustenten sus afirmaciones; que la calificación de un territorio como "área natural protegida" no implica que dicha área no pueda ser materia de actividades humana; que no se ha realizado actividades de explotación de recursos que puedan calificarse como "aprovechamiento" de recursos naturales; y, que para la realización del programa de exploración sísmica se cumplió una serie de exigentes y especializados requisitos ante todas las autoridades competentes.

c) Petrobras Energía Perú (PETROBRAS)

Petrobras, con fecha 21 de diciembre de 2006, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Alega que en el caso de autos es necesario actuar medios probatorios que permitan demostrar si existe una amenaza de daño al ambiente, así como la relación de causalidad entre las actividades de exploración y la supuesta amenaza; por lo que en aplicación del artículo 9º del Código Procesal Constitucional y en atención a la reiterada y uniforme jurisprudencia que en ese sentido ha emitido el Tribunal Constitucional, considera que el Juzgado deberá declarar improcedente la demanda.

Asimismo, manifiesta que el establecimiento de un área natural protegida no es, necesariamente, incompatible con la realización de actividades económicas al interior de la misma, y que por el contrario, es lícito su desarrollo, cumpliendo para ello con obtener las autorizaciones exigidas por las normas vigentes y respetando las normas en materia ambiental.

Sobre la aplicación de los principios de prevención y precautorio, sostiene que no es posible utilizar los principios generales del Derecho, entre ellos los que forman parte del Derecho Ambiental, para tipificar infracciones y por lo tanto, imponer sanciones a los particulares, toda vez que los mismos desempeñan una función eminentemente orientadora para las autoridades y para la ciudadanía en general respecto a los alcances de las normas legales.

A su entender, el principio de prevención ya ha sido debidamente aplicado por la autoridad en el procedimiento de evaluación y aprobación del Estudio de Impacto Ambiental del lote 103, por lo que su invocación en la demanda como fundamento de la pretensión carece de sustento.

Señala que para la aplicación del principio precautorio se requiere acreditar, de manera conjunta, la concurrencia de: a) la existencia de daño grave e irreversible; b) la incertidumbre científica e indicios consistentes de amenaza, y, c) la adopción de medidas para prevenir las afectaciones al ambiente. Tales supuestos no han sido acreditados por el actor.

Resolución de primer grado

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín, con fecha 31 de enero de 2007, declara infundada la demanda argumentando que en las conclusiones del informe técnico presentado por el perito de la especialidad de

ingeniería ambiental, se aprecia que el impacto donde se realizaron los trabajos de exploración ha sido mínimo y que no se ha utilizado agua para dichos trabajos, más allá del agua para consumo humano directo del personal que laboró en dichas obras; asimismo, agrega que la muestra tomada para análisis de la Quebrada del río Charapillo arroja que el agua necesita tratamiento previo para el consumo humano, mas no se aprecia niveles de contaminación relevantes o que representen un peligro para la población de zonas aledañas.

Resolución de segundo grado

La Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 10 de mayo de 2007, confirma la apelada considerando que de la lectura del Informe N.º 082-2006-MEM-AAE/MB, el mismo que versa sobre la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el lote 103, desprende que se ha emitido una opinión favorable para la aprobación del Estudio e Impacto Ambiental (EIA), de acuerdo a lo establecido en el Decreto supremo N.º 015-2006-EM, por lo que no existe amenaza de violación al medio ambiente; y que del peritaje obrante en autos se colige que no se ha generado impactos ambientales de envergadura, habiéndose determinado que en las operaciones de análisis sísmico experimental realizado por las emplazadas, no se hizo uso del recurso hídrico, precisándose que no existe afectación directa o indirecta sobre el agua superficial y subterránea que atente contra el uso y consumo humano.

FUNDAMENTOS

§ Petitorio de la demanda

1. El objeto de la presente demanda de amparo es que se suspenda la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera. Alega el demandante que tal situación amenaza su derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. En ese sentido, se analizará si es que efectivamente existe una amenaza, o inclusive una afectación, al referido derecho constitucional, verificándose para ello si las actividades realizadas por los demandados implican amenaza o afectación al ecosistema del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera (en adelante ACR Cordillera Escalera).

§ Solicitud de información

2. Es del caso precisar que a efectos de mejor resolver y conforme al artículo 119 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal Constitucional solicitó información a las instituciones que a continuación se detallan:

a) Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), que remitió la información solicitada mediante Oficio N.º 342-2008-INRENA-IANP-DPANP.
b) Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), que remitió la información solicitada mediante Oficio N.º 253 2008/MIMDES-DGPOA.
c) Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas, que remitió la información solicitada mediante Oficio N.º 1426- 2008/MEM-AAE.
d) PERUPETRO S.A., que remitió la información solicitada mediante Oficio GGRL-PRRC-GFPC-0240-2008.
e) Defensoría del Pueblo, que remitió el Oficio N.º 191-2008-DP/ASPMA.

§ Materias constitucionalmente relevantes

3. A efectos de dilucidar la controversia originada en el presente caso, este Tribunal considera pertinente pronunciarse respecto de los siguientes temas:

- Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado
- Medio ambiente y Constitución ecológica
- Desarrollo sostenible y generaciones futuras
- Medio ambiente y principio de prevención
- Medio ambiente y responsabilidad social de la empresa
- Comunidades nativas y medio ambiente

a) Derecho a la identidad étnica y cultural
b) Convenio 169 de la OIT y recursos naturales

§ Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado

4. Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado con anterioridad sobre el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (STC N.º 00018-2001-AI/TC, STC N.º 00964-2002-AA/TC, STC N.º 0048-2004-PI/TC, STC N.º01206-2005-AA). En ese sentido, se ha establecido que dicho derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado.
En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.
Sobre el segundo acápite, se ha establecido que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares, particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

5. El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales -libertad negativa (de no dañar el medio ambiente)- como de los derechos prestacionales -libertad positiva (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan)-. En su faz reaccional, se traduce

en la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En su dimensión prestacional, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Esto no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención y evidentemente de reparación o compensación de los daños producidos. Debe enfatizarse que la prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tienen especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar prejuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad. ¡Y es que, de lo contrario, abusar del principio contaminador-pagador, podría terminar por patrimonializar relaciones y valores tan caros para el Derecho Constitucional! En este sentido, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible.

§ Medio ambiente y Constitución ecológica

6. Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos.

7. Ello no significa que tales derechos sólo puedan oponerse a los organismos públicos. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares. En el caso de autos, la responsabilidad del Estado la comparte, entre otros, con los particulares que promueven actividades que dañan o pueden dañar el medio ambiente.

8. Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada se ha denominada al conjunto de disposiciones de la Carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, Constitución Ecológica (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33). Así, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68º de la Constitución prescribe: "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas"; en esa línea, el artículo 69 señala: "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía".

9. De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.

10. Desarrollando los alcances de los artículos constitucionales referidos, el artículo 9º de la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, establece: "La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona" (subrayado agregado).

11. El enunciado legal materializa lo determinado en la llamada Constitución Ecológica. Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales, in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.

12. Una perspectiva que no debe ser soslayada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que prestan ciertas áreas del territorio de la Nación. Recursos que, en algunos casos, benefician no sólo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta; por ejemplo, la captura de carbono realizada por la selva amazónica. Por ello, la relevancia de que el Estado asuma la protección de esta riqueza mediante la exhaustiva fiscalización de la explotación de las riquezas ubicada en estas zonas. Una de las formas de protegen estas riquezas, que además suelen ser ecosistemas frágiles, es la implantación de áreas especialmente protegidas. Con ello se deberá evitar la afectación o disminución de la calidad de los servicios ambientales, como puede ser el caso captación y almacenamiento de agua.

§ Desarrollo sostenible y generaciones futuras

13. El uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras. De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarburíferos, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica.

14. Al respecto, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la Comisión Brundtland, emitió un informe en el que definió el desarrollo sostenible como aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que, por ende, involucre la utilización de recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales que acrecienten el potencial actual y futuro de los recursos naturales en aras de atender las necesidades y aspiraciones humanas (véase STC 0048-2004-AI/TC).
En dicho informe también se expresa que el "desarrollo sostenible no es un estado concreto, sino un proceso de cambio en donde la explotación de recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los desarrollos tecnológicos y los cambios institucionales, deben ser consistentes con el futuro así como con el presente".
Como se aprecia, la perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio sostenibilidad (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras.

15. Cabría advertir, no obstante, que no se trata de preservar exclusivamente el legado ambiental, sino también aspectos relativos al ámbito cultural. Es decir, que nuestra deuda con las generaciones futuras no se agota en aspectos ambientales, que si bien forman parte esencial del concepto desarrollo sostenible, no se agota en él.

16. En suma, de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22), y de los artículos 66°, 67°, 68° y 69° de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables-, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

§ Medio ambiente y principio de prevención

17. El artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente establece que la "gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental." Asimismo, en su artículo 11° señala:
"Sin perjuicio del contenido específico de la Política Nacional del Ambiente, el diseño y aplicación de las políticas públicas consideran los siguientes lineamientos: (...) b. La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de producción, comercialización y disposición final más limpias".

18. Por su parte, este Tribunal ha establecido en la STC N.° 01206-2005-AA/TC que:
"(...) este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente".

19. La cristalización del principio de prevención "se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial. Con él se pretende prevenir, por ejemplo:
"La extinción de las especies de la flora y fauna (...); la contaminación de los mares (por petróleo, desechos radioactivos, desperdicios y sustancias peligrosas, de fuentes terrenas o de cualquier fuente); contaminación de los ríos (...) violenta modificación del ambiente; efectos adversos de las actividades que previenen la migración de especies; contaminación del aire; modificación de la capa de ozono; degradación del ambiente natural; toda clase de contaminación; implicancias adversas de los impactos ambientales (...); y pérdida de la biodiversidad (...)
Iturregui encuentra la aplicación del referido principio en las políticas nacionales de prevención, tales como "los sistemas de evaluación del impacto ambiental y los controles directos sobre la contaminación, como en los estándares de emisión de licencias ambientales " (FOY; Pierre y otros: Derecho Internacional Ambiental. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; 2003, pp. 85-86).

20. Es del caso advertir que si bien el principio de prevención y el principio precautorio están íntimamente relacionados, existe una distinción entre ambos. En ese sentido, Jiménez de Parga y Maseda manifiesta que:
" [...] la prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos" (JIMÉNEZ DE PARGA Y

MASEDA, Patricia: "Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea", Política y Sociedad, 2003, Vol. 40. Núm 3, pp. 16-17).
Por su parte, Andorno explica que en caso de la "prevención", la peligrosidad de la cosa o actividad es ya bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Por otro lado, en el caso de la "precaución" la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto (ANDORNO, Roberto: "El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica". En: La Ley, 18 de julio de 2002). Dicho principio se encuentra recogido en el inciso 3, artículo 3, del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, aprobado mediante Resolución Legislativa N.° 26185 y en el artículo 10, inciso f), del Decreto Supremo N.° 022-2001-PCM (ver STC 04223-2006-PA/TC, 26-28).

§ Medio ambiente y responsabilidad social de la empresa

21. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa. Sobre la materia, el Tribunal ha explicado que:
"El modelo del Estado Social y -Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal (...) En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo "social" se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural", permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida" (subrayado agregado) (STC 0048-2004-AI/TC).

22. El carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

23. En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

24. Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.

25. Así, la estabilidad que una empresa requiere para desarrollar su actividad, no solo depende del orden que desde el Estado se pueda generar, sino también de la propia acción de las empresas, las que tendrán que cumplir un rol protagónico y comunicativo a través de su responsabilidad social.

§ Comunidades nativas y medio ambiente

26. Como ya se expresó, el problema a dilucidar en el presente caso es determinar si la exploración y posible explotación hidrocarburífera implica una afectación o amenaza al ecosistema del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera y, por consiguiente, una afectación al derecho del actor a un ambiente adecuado y equilibrado. No obstante, del informe técnico remitido por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social a este Tribunal Constitucional por medio del Oficio N.° 253-2008/MIMDES-DGPOA, el 14

de junio de 2008, se aprecia que en el lote 103 existen 64 comunidades nativas de grupos étnicos perteneciente a las familias Cocama Cocamilla y Chayahuita. Por tal motivo -si bien solo algunos de estos grupos podrían ser directamente afectados- este Tribunal estima pertinente pronunciarse, de manera tangencial, sobre la temática relativa a los pueblos indígenas.

a) Derecho a la identidad étnica y cultural

27. Del el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas.

28. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (Weltanschauung).

29. Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertÇinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]." (HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34).

30. A propósito de lo expuesto, es interesante tomar en cuenta la Resolución Ministerial N.° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:
"el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa" y que tal derecho comprende: "a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles, e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda" (subrayado agregado).
Sin perjuicio de ello, y como ya se observó, algunas de estas facultades han sido reconocidas en nuestro ordenamiento de manera autónoma, enfatizándose con ello su relevancia y alcance. Tal es el caso del derecho a la no discriminación en el centro de labores, el derecho a expresarse en su propia lengua, a la libertad de organizarse y el derecho a la libre disposición de sus tierras (artículo 89 de la Constitución, para los dos último casos). De otro lado, debe observarse el Convenio N.° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que reconoce el derecho a la consulta previa y a participar

en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente, el que a continuación se analizará.

b) El Convenio 169 de la OIT y los recursos naturales

31. Previamente, debe destacarse que "nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades" (STC N.° 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" (STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.° 169 mediante Resolución Legislativa N.° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

32. Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término "tierras", para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de "territorio" ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra. La Corte Interamericana lo ha señalado de esta forma en la sentencia del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, en donde refiere:

"Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.

33. Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

34. De otro lado, el artículo 7 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, "aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente". Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras." De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.

35. En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo

étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. En dicha sentencia, Además. se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:
"[...]cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones" (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, fund. 134).
Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.

37. En la actualidad, en el ámbito interno debemos referirnos al Decreto Supremo N.° 012-2008-EM, que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha normativa se establece que la "consulta es una forma de Participación Ciudadana" de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de Hidrocarburos. Este Decreto Supremo perfecciona lo establecido en la Resolución Ministerial N.° 535-2004-MEM-DM, que también disponía la realización de talleres y consultas a las comunidades que podían verse afectadas. Así se busca materializar el contenido del Convenio N. 169, por lo que las comunidades nativas y campesinas son los principales sujetos beneficiados con esta normativa.

38. De lo revisado en autos, es de inferirse que la empresa, así como entidades del Estado han llevado a cabo, en virtud de la resolución ministerial referida, una serie de talleres donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre la empresa y los distintos procesos que se van a desarrollar en las zonas aledañas.

39. Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera. Así, no sólo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. De igual forma, si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar.

40. No obstante, y a pesar de la normativa indicada, es claro que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el tratado internacional citado. Dicha tarea se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo, quien tendrá que elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas.

§ Análisis del Caso

41. El recurrente sostiene que en el Lote 103 (área reservada para su exploración y eventual explotación) se encuentra la ACR Cordillera Escalera, área establecida mediante Decreto Supremo N.° 045-2005-AG. En tal sentido, la actividad hidrocarburífera, tanto en su faz exploratoria como de explotación, implicaría una afectación al ecosistema del área protegida; por consiguiente, vulneraría el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado.

42. En primer lugar, debe determinarse si efectivamente existe tal superposición. En segundo lugar, se debe analizar si resulta legal y constitucionalmente factible la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida. Y por último, es menester verificar si la exploración y la explotación cumplen los requisitos previstos para efectuar dichas actividades dentro del área protegida.

43. Sobre la superposición de las referidas áreas, debe indicarse que de acuerdo al mapa remitido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), contenido en el Oficio N.° 342-2008-INRENA-IANP-DP-DPANP, se aprecia claramente que gran parte de las 149. 870,00 hectáreas de la ACR se encuentra dentro del Lote 103.

44. En efecto, de acuerdo con el Decreto Supremo N.° 026-2004-EM, que aprueba el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103, el área concesionada se ubica entre las provincias de Alto Amazonas del departamento de Loreto y Moyabamba, Lamas, San Martín y Picota del departamento de San Martín. Por su parte, la ACR se encuentra en los distritos de Pinto Recodo, San Roque de Cumbaza, Pongo del Caynarachi y Barranquita de la provincia de Lamas y de los distritos de San Antonio de Cumbaza, Tarapoto, La Banda de Shilcayo, Shapaja y Chazuta de la provincia de San Martín, de la región San Martín.

45. Una vez aclarado este primer problema, cabe preguntarse si es que esta superposición basta para que la concesión hidrocarburífera sea per se cuestionada por

afectar el ecosistema de la referida ACR. Al respecto, la Ley 26834, de Áreas Protegidas (ANP), establece que el conjunto de áreas protegidas conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), que se encuentra regido por el INRENA. La finalidad de estas áreas se encuentran establecidas en el artículo 2 de la citada ley, debiendo resaltarse, entre otras, la siguiente: asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, mantener la biodiversidad y mantener la base de recursos, incluyendo los genéticos, que permitan desarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos, encontrar adaptaciones frente a eventuales cambios climáticos perniciosos.

46. Entre las ANP existen diferentes categorías, identificadas en el artículo 20 de la Ley citada. Así, se distingue entre las áreas de uso indirecto (entre las que están los parques nacionales, santuarios nacionales y santuarios históricos) y áreas de uso directo (donde están las reservas nacionales, paisajísticas, comunales, refugios de vida silvestre, bosques de protección, cotos de caza y áreas de conservación regionales). En las primeras, no se permite la extracción de recursos naturales, mientras que en las segundas, sí está permitido el aprovechamiento o extracción de recursos, siempre que ello sea compatible con los objetivos del área.

47. Como es de apreciarse, las ACR, que son áreas que tienen una importancia ecológica significativa para la región, se clasifican como áreas de uso directo, pudiendo, en consecuencia, explotarse los recursos naturales ubicados en la zona. Específicamente sobre el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables ubicados en la ANP, el artículo 27 de la norma establece que:
"El aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, zonificación asignada y el Plan Maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área" (resaltado agregado).
Asimismo, el artículo 5 del Decreto Supremo N.º 045-2005-AG, que crea la ACR, señala:
"El aprovechamiento de recursos naturales no renovables al interior del área de conservación regional se permite sólo cuando lo contemple su plan de maestro aprobado, estando sujeto también a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación" (subrayado agregado).
En suma, la propia normativa que regula las ANP de uso directo contempla la posibilidad de que puedan realizarse actividades extractivas, inclusive cuando se trata de recursos no renovables.

48. Antes de revisar el tercer problema planteado, debe darse contestación a lo argumentado por la parte demandante, en cuanto se ha dicho que la concesión para la exploración y explotación hidrocarburífera fue anterior a la existencia de la ACR Cordillera Escalera, por consiguiente, los derechos para la exploración y explotación no deberían supeditarse a la nueva condición del área. En efecto, el Decreto Supremo N.° 026-2004-EM, que aprueba el contrato de licencia para la exploración y explotación del Lote 103, fue publicado en diario oficial El Peruano, el 20 de julio de 2004. Por su parte, el Decreto Supremo N.° N.º 045-2005-AG, que creó el ACR Cordillera Escalera, fue publicado el 25 de noviembre de 2005 en el mismo diario.

49. Al respecto, debe considerarse que las ANP son creadas por decreto supremo, con la aprobación del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, lo que implica una serie de procedimientos previos entre la región interesada en la protección especial de cierta área con el Ejecutivo. Pero el fundamento por el cual el argumento planteado por el demandante debe ceder es la relevante valoración que se debe hacer de una ANP y la profunda incidencia que una afectación grave en su entorno puede provocar en la sociedad. A ello cabría sumar las demás incidencias sociales que tal daño, de ser irreversible, generaría en la dinámica social, económica y cultural de la región. No es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un gran costo para la legitimidad de la jurisdicción.

50. Otra arista del caso que debe tratarse es la referida a la posible sustracción de la materia que ha sido alegada por la parte demandada cuando observa que la etapa exploratoria ya ha sido llevada a cabo. Conviene advertir que, si bien es cierto en autos se pone de relieve que la etapa de exploración sísmica ha finalizado, esto no puede significar que la amenaza ya ha cesado, en tanto dicha exploración sísmica constituye sólo una fase de la etapa de exploración, quedando pendiente otras, como la perforación de pozos exploratorios. Además, obra en autos (fojas 119 a 214 del Principal) el Testimonio de Escritura Pública celebrado entre Perúpetro S.A. y Occidental Petrolera del Perú titulado "Contrato de Licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103"; de dicho documento instrumento público se infiere que el contrato suscrito entre las partes comprende la etapa de exploración y la de explotación.

51. En efecto, la cláusula tercera del referido contrato precisa: "El plazo para la fase de exploración por hidrocarburos es de siete (7) Años, el que se puede extender de acuerdo a ley (...) El plazo para la fase de explotación de Petróleo, es el que reste después de terminada la fase de exploración hasta completar el plazo de treinta (30) Años (...) El plazo para la fase de explotación de Gas Natural No Asociado y de Gas Natural No Asociado y Condensados, es el que resta después de terminada la fase exploración hasta completar el plazo de cuarenta (40) Años".

52. Por otra parte, es del caso precisar que el término 'exploración', en el referido contrato, tiene el siguiente significado: "Planeamiento, ejecución y evaluación

de todo tipo de estudios geológicos, geofísicos, geoquímicos y otros, así como la perforación de Pozos Exploratorios y demás actividades conexas necesarias para el descubrimiento de Hidrocarburos, incluyendo la perforación de Pozos Confirmatorios para la evaluación de los Reservorios descubiertos" (subrayado agregado). Es decir que la etapa de exploración comprende, además de la exploración sísmica, otro tipo de actividades.

53. El artículo 68° de la Constitución establece que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Al respecto, la STC 0021-2003-AI/TC precisa que tal obligación implica que los actos que puedan representar un nivel de riesgo para las áreas naturales protegidas requieran, para efectos de su aprobación, una participación conjunta de los distintos organismos estatales que tienen por función la conservación y protección de dichas áreas, de modo tal que, mediante labores preventivas, dicho riesgo quede reducido al mínimo.

54. A continuación se procederá a analizar si las actividades realizadas por las emplazadas cuentan con la aprobación de las autoridades competentes. De autos se pone de relieve que la ACR CordilleraEscalera se llevó a cabo la exploración sísmica de la estructura Pihuicho (Lote 103). Así, el artículo 9° del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, contenido en el Decreto Supremo N.° 015-2006-EM, indica que previo al inicio de actividades de hidrocarburos, ampliación de actividades o modificación, el titular deberá presentar ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas el Estudio Ambiental correspondiente. En esa línea, el artículo 26° de dicho dispositivo precisa: "El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) se presentará para aquellas Actividades de Hidrocarburos contenidas en el Anexo N.° 6". Conforme a tal anexo, para el inicio de actividades concernientes a la exploración sísmica se requiere de un Estudio de Impacto Ambiental.

55. De autos se aprecia que la DGAAE expide la Resolución Directoral N.° 360-2006-MEM/AAE, de fecha 4 de julio de 2006, en la que resuelve aprobar el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración Sísmica de la Estructura Pihuicho en el Lote 103. En consecuencia, en el caso de la exploración sísmica las demandadas contaron con la aprobación de la autoridad nacional competente legalmente.

56. Conforme a lo expresado en anteriores párrafos la exploración sísmica constituye sólo una fase de la etapa de exploración, quedando pendiente otras, y la posibilidad de una eventual explotación. En ese sentido, este Colegiado analizará si dichas actividades pueden ser consideradas una amenaza al derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

57. Dado que dichas actividades se proyectan a realizarse en ACR Cordillera Escalera este Tribunal estima conveniente abordar la importancia de dicha área. Sobre el tema, obra en autos el Informe N.° 177-2008-INRENA-IANP-DPANP, de fecha 12 de mayo de 2008, expedido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales, en el que con relación a la importancia y características del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera expresa lo siguiente:

"Esta área constituye una porción de la selva alta donde nacen importantes ríos que abastecen de agua a la población humana de las ciudades más importantes de la Región San Martín y alberga una singular diversidad biológica cuya conservación, a través de su protección y uso sostenible, constituye una prioridad regional y nacional (...) En su conjunto la Cordillera Escalera origina cinco cuencas que tributan a las cuencas del Huallaga y el Marañón. La creación de la Cordillera Escalera tiene por finalidad garantizar el mantenimiento de servicios ambientales como el agua, la reserva de biodiversidad, la belleza paisajística y la captura del carbono (...). Cordillera Escalera alberga 3 especies endémicas (...) considerando que en el Perú se han reportado 18 especies (...) Por otro lado, debe mencionarse que de las 14 especies de ranas venenosas (...) registradas para Perú 3 se encuentran en Cordillera Escalera (...) También, en Cordillera Escalera se encuentran especies en peligro de acuerdo a la categorización de especies amenazadas aprobada mediante Decreto Supremo N.° 034-2004-AG".

58. Por otra parte, en los considerandos del Decreto Supremo N.° 045-2005-AG que estableció la ACR Cordillera Escalera se precisa:

"(...) permitirá garantizar el mantenimiento de los actuales servicios ambientales para las ciudades de Tarapoto y Lamas (...). La Cordillera Escalera es una zona prioritaria para la conservación de mamíferos, anfibios, reptiles y aves ya que alberga especies de distribución muy restringida (...) Que, en la Cordillera Escalera se han registrado de acuerdo a la categorización de especies amenazadas de fauna silvestre y que prohíbe su caza, captura, tenencia, transporte o exportación con fines comerciales, aprobada mediante Decreto Supremo N.° 034-2004-AG, las siguientes Especies en Peligro (EN): Tremarctus ornatus "Oso de anteojos", Aulacorhynchus huallagae "tucancito semiamarillo", Grallaricula ochraceifrons "tororoi frentiocrácea", Herpsilochmus parkeri "hormiguerito garganticeniza", Vultur gryphus "cóndor andino", Xenoglaux loweryi "Lechucita bigotona"; especies Vulnerables (VU), tales como: Heliangelus regalis "Ángel del sol azul", Lagothrix lagotricha "mono choro común", Tapirus terrestris "Sachavaca", Ara militaris "guacamayo verde", Hemispingus rufosuperciliaris "hemispingo cejirrufa", Netta erythropthalma "pato cabeza castaña", Wetmorethraupis sterrhopteron "tangara gargantinaranja"; así como especies Casi Amenazadas (NT), tales como Puma concolor "puma", Andigema hypoglauca "tucaneta", Hemitriccus cinnamomeipectus "atrapamoscas" y Henicorhina leucoptera "cucarachero".

59. De lo expresado en los párrafos precedentes podemos concluir que la ACR Cordillera Escalera es un área relevante no sólo para el país en conjunto, sino en especial para la región San Martín, en tanto constituye una importante fuente de agua, facilita la captura del carbono, presenta una gran biodiversidad, etc. De

ahí que dicha área tenga como objetivos generales los siguientes: a) Conservar y proteger los recursos naturales y la diversidad biológica de los ecosistemas frágiles que se encuentran en la Cordillera Escalera; y, b) Asegurar la continuidad de los procesos biológicos en los ecosistemas del área propuesta (Artículo 2° del Decreto Supremo N.° 045-2005-AG).

60. En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y humano. Se busca, con ello, preterir formas de exploración y explotación de hidrocarburos irrazonables, que en sí mismas puedan ser destructivas y no sostenibles para el desarrollo regional y el beneficio de las generaciones presentes y futuras involucradas. Ello exige que el Estado controle el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia.

61. Tal como advirtiéramos en párrafos anteriores, en relación con la problemática abordada el artículo 67° de la Constitución prescribe que el Estado determina la política nacional del ambiente. Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales; ergo, debe auspiciar el goce de sus beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente. Es dentro de ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68°).

62. En el caso concreto, resulta necesario conciliar el impacto ambiental que generarían las diversas actividades que comprenden las etapas de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103 con la protección de la biodiversidad y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. En este contexto, es necesario tomar en cuenta los principios de desarrollo sostenible y de prevención.

63. Sobre el particular, el artículo 7° de la Ley N.° 26821 —Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales— señala: "Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico-tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva".

64. Tal como fue señalado en el fundamento 17, supra, el principio de prevención tiene pleno reconocimiento en la normativa así como en la jurisprudencia. Los instrumentos de gestión ambiental desempeñan un rol de suma relevancia en relación con la prevención; es indispensable tenerlos en cuenta al referirse al desarrollo sostenible de la explotación hidrocarburífera que respete la biodiversidad y las áreas naturales protegidas. En esa línea, según quedó expuesto, de conformidad con el artículo 27° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, tal aprovechamiento sólo procederá si es que la explotación a realizar es compatible con el Plan Maestro del área protegida. De igual forma, ello fue resaltado por el Decreto Supremo N.° 045-2005-AG, que indicó particularmente que sólo sería permitido el aprovechamiento de recursos no renovables si el Plan Maestro así lo permite.

65. Sobre este tema, los demandados han señalado que el Plan Maestro a que hace referencia el Decreto Supremo N.° 045-2005-AG constituye una norma o mandato de preceptividad aplazada, ya que para su implementación se requiere la actuación especial del Estado a través de diversas instituciones especializadas en la materia. Según su entender, la inexistencia de un Plan Maestro no puede retrasar o impedir llevar a cabo actividades de exploración. Asimismo, indican que la empresa no ha realizado actividades de explotación de recursos que puedan calificarse como "aprovechamiento" de recursos naturales.

66. Este Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por las emplazadas no resultan adecuados y coherentes con los demás valores y derechos consagrados en la Constitución. En efecto, no se puede eludir la necesidad de contar con un Plan Maestro —aprobado por las autoridades competentes— apelando a que sólo las actividades de explotación pueden ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que, en opinión de este Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales. Tal razonamiento es derivado del mencionado principio de prevención al que debe dársele una especial connotación, puesto que se está ante una ANP. En tal sentido, el término 'aprovechamiento de recursos' debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación.

67. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, es cierto también que, en el presente caso, la inexistencia del referido Plan Maestro ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de las empresas emplazadas, como cierto es también que no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Dicha etapa cuenta con distintas fases, siendo sólo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente.

Teniendo en cuenta ello, y con el propósito de emitir una decisión que denote un adecuado equilibrio entre la debida protección del medio ambiente y el aprovechamiento razonable de los recursos naturales, de un lado, y la libertad empresarial constitucionalmente ejercida, de otro, el Tribunal Constitucional considera imprescindible que se cuente con un Plan Maestro elaborado por las autoridades competentes, a fin de que pueda llevarse a cabo tanto la última fase de la etapa de exploración

como la respectiva y posterior etapa de explotación. En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro.

Con ello se está materializando el enfoque preventivo, que es esencial e inherente al concepto de la responsabilidad social de la empresa, y también debe contener aspectos retributivos a las comunidades afincadas en el área de influencia de las actividades de exploración y, sobre todo, de explotación. En esta línea, este Tribunal exhorta a las emplazadas a que continúen realizando diversas acciones que impliquen la materialización de su responsabilidad social con la población asentada en el Lote 103.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda. En consecuencia, queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. N° 5311-2007-PA/TC *(Proceso de Amparo promovido por la Compañía Distribuidora S.A. Sobre el arbitraje y los límites constitucionales a la libertad de contratación).*

Fecha de Resolución: 5 de octubre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de octubre de 2009

Resumen: Con los votos de los magistrados Carlos Mesía Ramírez, Ricardo Beaumont Callirgos y Gerardo Eto Cruz, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo formulada por la Compañía Distribuidora S.A. contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú, y, en consecuencia, ordenó un nuevo procedimiento de arbitraje para determinar, de manera preliminar, si se cumplió el trámite previo, a fin de establecer, luego de interpretado el cuarto párrafo de la cláusula 8.1. del contrato de compra venta, quien es el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral.

En la Sentencia recaída en el Expediente N.º 05311-2007-PA/TC, concretamente en el fundamento 17), respecto de la aplicación de una penalidad excesiva, el abuso del derecho merece especial atención. En efecto, de acuerdo con la misma, el contrato de Compraventa habría previsto una cláusula penal absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica.

Los magistrados del Tribunal Constitucional señalaron estar plenamente convencidos de que aún cuando las partes que participan de una relación contractual tienen plena y absoluta capacidad para negociar de la forma más adecuada a sus intereses, ello no significa que dicho proceso de negociación resulte lesivo a los derechos fundamentales o a los bienes jurídicos de relevancia. Arguyen que ni por la forma en que se negocia ni por el resultado en que se concluye, es pues, aceptable que una relación contractual devenga en contraria a las finalidades u objetivos que persigue la Constitución.

La sentencia precisó que tampoco puede aceptarse que porque una de las partes haya convenido en forma tácita o expresa que una determinada obligación le resulta plenamente vinculante, aquella se torne absolutamente indiscutible, pues al margen de que su contenido incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de excesos.

Nuestra Constitución es terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contemplado en el último párrafo de su artículo 103°, tesis que, como es obvio, no solo debe entenderse como proyectada sobre el ámbito de los derechos de orden legal, sino incluso sobre el de los propios derechos fundamentales.

En el presente caso se observó que en la citada cláusula penal, el eventual atraso en la inversión correspondiente a cada unidad es cuantificada en el orden de los cien mil dólares americanos mensuales, que operan en forma acumulativa y sin tope alguno, y, como consecuencia de dicho temperamento y estando a la fecha en que se suscribe el contrato y a la fecha en que es emitido el laudo arbitral cuestionado, la cifra a pagarse por parte de los demandantes ascendería a los treinta y seis millones de dólares americanos, cifra que incluso tendría que ser mucho más actualizada (y por supuesto, mucho más ampliada) por efectos del transcurso del tiempo.

Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada pueda pasar inadvertida y que, incluso, se torne en ilimitada, no debe de ninguna manera legitimarse. En dicho contexto, el argumento utilizado en el laudo arbitral y que gira en torno a la existencia de un proceso judicial, destinado a debatir la validez de la cláusula penal, resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. El proceso arbitral no puede ser un pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce; así se precisa en la sentencia.

Temas claves: Agotamiento de la vía previa - amparo arbitral - aplicación inmediata de las normas - cláusulas penales - derecho a la libre contratación - derecho a la propiedad - derecho a la prueba - derecho al debido proceso - derecho al juez natural - principio de autonomía de la voluntad.

EXP. N.° 05311-2007-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA DISTRIBUIDORA S.A.

RAZÓN DE RELATORÍA

En la causa 05311-2007-AA/TC, seguida por la Compañía Distribuidora S.A. contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú y otro, se ha conformado sentencia con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, quienes han fallado declarando fundada la demanda y ordenando un nuevo procedimiento de arbitraje para determinar, de manera preliminar, si se cumplió el trámite previo, a fin de establecer, luego de interpretado el cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7. del contrato de compraventa, quién es el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral. Se adjuntan los votos de los magistrados firmantes, así como el voto singular del magistrado Landa Arroyo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de octubre de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Compañía Distribuidora S.A.- CODISA-, representada por Rogelio Grados García, contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1152, su fecha 4 de abril de 2007, que revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta.

EXP. N° 5311-2007-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA DISTRIBUIDORA S.A.

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS Y GERARDO ETO CRUZ.

En el proceso constitucional de amparo interpuesto por Compañía Distribuidora SA. (CODISA) contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO) conformado por los árbitros Jacobo Rey Elmore, Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti y con conocimiento de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE), estimamos pertinente precisar las razones por las que a nuestro juicio, consideramos que la demanda interpuesta debe ser declara fundada en parte y en consecuencia inaplicable el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004.

Las razones que sustentan nuestra posición se resumen en lo siguiente:

ANTECEDENTES DEL CASO

1). Con fecha 13 de setiembre de 2004 la Compañía Distribuidora S.A. (CODISA), interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO) conformado por los árbitros Jacobo Rey Elmore, Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti y con conocimiento de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE). Solicita se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, mediante el cual se declara fundada la demanda arbitral, y se dispone que la empresa recurrente pague a favor de Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) la suma de $/. 36'000 000.00 (Treinta y seis Millones de Dólares Americanos) por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta que suscribió con dicha entidad, esto es, promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en su calidad de compradora de las mismas.

2). Según refiere la demandante, el procedimiento arbitral se habría desarrollado de manera irregular, vulnerándose sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que no se habrían observado las acciones y requisitos señalados en el convenio arbitral, pues no se efectuó la negociación a la que las partes debían acudir antes de aplicar la cláusula penal. Refiere asimismo que no se habría saneado el procedimiento arbitral y se habría consentido la actuación de COFIDE sin tener ésta legitimidad activa

para obrar, puesto que a su criterio la única facultada para exigir la penalidad, sería en cualquier caso, la Dirección Nacional de Turismo mas no así la primera de las señaladas. Igualmente, se habría aplicado indebidamente el derogado Decreto Ley 25935 por encima de la vigente ley General de Arbitraje -Ley 26572-; se habría impuesto una penalidad "draconiana", que resulta desde su origen nula ipso iure; y, finalmente, no se habrían merituado las pruebas aportadas por CODISA con relación a la falta de legitimidad para obrar activa de COFIDE y aquellas que demuestran fehacientemente que no existe incumplimiento de inversión en las unidades hoteleras.

3). Corporación Financiera de Desarrollo contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada en su oportunidad en aplicación del inciso 3 del artículo 6º de la Ley N° 23506, al considerar que la empresa demandante habría optado por la vía ordinaria al haber interpuesto recurso de anulación del laudo. Por su parte, los árbitros Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti de manera conjunta, así como el árbitro Jacobo Rey Elmore, por separado, contestan la demanda manifestando en esencia, que el procedimiento arbitral cumplió con todos los requisitos necesarios desde su instalación hasta la expedición del Laudo. Asimismo manifiestan que existe un procedimiento idóneo para la defensa del derecho invocado el mismo que está constituido por el recurso de anulación del laudo, por lo que solicitan que la demanda sea declarada improcedente.

4). Mediante Resolución de fecha 24 de marzo de 2006, el 38º Juzgado Civil de Lima declara infundada la demanda de amparo, estableciendo que los argumentos de la recurrente carecen de veracidad puesto que el Tribunal Arbitral sí se ha pronunciado respecto a la etapa negocial a la que deben recurrir las partes antes de ir a la vía arbitral; que al ser COFIDE el vendedor de las unidades hoteleras y por tanto el acreedor de la obligación requerida (cumplimiento del compromiso de inversión), es esta entidad quien tiene derecho para exigir la penalidad de acuerdo al artículo 1342° del Código Civil. Así mismo, con relación a la aplicación del derogado Decreto Ley, ello se habría producido debido a que el Tribunal Arbitral al momento de instalarse señaló que las disposiciones aplicables al convenio arbitral serían las dispuestas en la ley ahora derogada, por ser la vigente a la fecha de celebración del contrato mencionado. Finalmente, con relación al cuestionamiento sobre la supuesta falta de valoración probatoria, el órgano judicial estableció que ello no puede cuestionarse en la vía del proceso de amparo.

5). Mediante Resolución de fecha 04 de abril de 2007, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin entrar a analizar el fondo del asunto, revoca la sentencia y reformándola, la declara improcedente, tras considerar que no se habría cumplido con la exigencia de agotar la vía previa para la procedencia del amparo conforme al artículo 45° del Código Procesal Constitucional, y que la empresa recurrente carecería de interés para obrar, al haber interpuesto, en forma paralela a la demanda de amparo, un recurso de anulación de laudo arbitral en la vía ordinaria, el mismo que ha sido admitido por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

CONSIDERACIONES DE LOS MAGISTRADOS QUE SUSCRIBEN.

Petitorio

6). Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, mediante el cual se declara fundada la demanda arbitral, disponiendo que la empresa hoy recurrente pague a favor de Corporación Financiera de Desarrollo -COFIDE- la suma de US$ 36 000 000.00 (trentiséis millones de dólares norteamericanos) por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta que suscribió con dicha entidad, esto es, promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en su calidad de compradora de las mismas.

Sobre el agotamiento de la vía previa en el ámbito arbitral y la presunción a favor de la continuidad del proceso.

7). De manera preliminar a la dilucidación de la controversia y en tanto la recurrida ha invocado como argumento desestimatorio central, un supuesto incumplimiento en la regla de agotamiento de la vía previa, estimamos pertinente pronunciarnos sobre dicho extremo. A este respecto, consideramos que la aseveración de la cual parte la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el sentido de que no se agotaron los recursos judiciales resulta incorrecta habida cuenta que la presente demanda de amparo fue interpuesta con fecha 13 de Septiembre del 2004, esto es, antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, momento en el cual, no existía regla alguna que desde la perspectiva del proceso constitucional impusiera a la demandante el agotamiento de alguna variable o modalidad de vía previa. Tampoco y por otra parte resultaría pertinente invocar las reglas desarrolladas en Sentencias como las recaídas en los Expedientes Nº 06167-2005-HC/TC o Nº 4195-2006-AA/TC pues las mismas fueron instituidas con fecha muy posterior a la interposición de la presente demanda, lo que supone que si antecedentes jurisprudenciales o legislativos se trata sólo existiría como referencia, la Sentencia recaida en el Expediente Nº 189-1999-AA/TC y lo previsto en su día por el Artículo 6º inciso 2 de la Ley Nº 23506 modificada por la Ley Nº 27053, debiéndose apreciar que en ninguno de los citados supuestos resultaba procedente exigir agotamiento de vía previa o recurso judicial alguno. En otras palabras, quien cuestionara una decisión arbitral emitida como consecuencia de un proceso irregular podía hacerlo de modo directo o inmediato como en efecto, ha ocurrido en el presente caso.

8). La respuesta por tanto, más allá de la fórmula actualmente existente en materia de control constitucional sobre las decisiones arbitrales, no puede ser otra que una de carácter permisivo, es decir tendiente a eximir a la entidad recurrente del consabido agotamiento, ello en atención no sólo al principio de temporalidad, sino en aplicación de la regla pro actione que obliga a presumir a favor de la continuidad del proceso en caso de duda o incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la demanda.

Aspectos a dilucidar en el presente caso

9). De acuerdo con lo que aparece en el petitorio de la demanda es el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004 así como su corrección realizada mediante Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, los que resultan vulneratorios de sus derechos constitucionales. A este respecto y en la medida en que han sido argumentadas una serie de observaciones respecto de la forma y modo en que dicho laudo ha sido emitido procede analizar por separado cada uno de dichos extremos, consistentes en a) No se ha dado observancia a las acciones y requisitos preprocedimentales señalados en el convenio arbitral, b) Se ha permitido la actuación de COFIDE sin tener dicha entidad legitimidad para obrar activa, c) Se ha procedido a aplicar indebidamente al procedimiento arbitral un Decreto Ley derogado, y d) Se ha procedido a imponer una penalidad draconiana sin tomar en cuenta el carácter nulo ipso iure de la cláusula penal.

Los requisitos previos al procedimiento arbitral.

10). Respecto de la primera de las observaciones efectuadas por la demandante, consta en efecto, que de conformidad con la previsión contemplada en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Compraventa realizado con fecha 05 de Julio de 1995 entre la Empresa Nacional de Turismo S.A. (ENTURPERU S.A.) y la Compañía Distribuidora S.A. (CODISA), obrante de fojas 35 a 91 de los autos, cualquier controversia o discrepancia respecto de la ejecución, interpretación o cumplimiento del citado contrato requería como paso previo a cualquier opción o alternativa arbitral, una negociación de buena fe entre las partes a llevarse a cabo durante el lapso máximo de 30 días calendario.

11). De los autos y sobre todo del raciocinio utilizado por el laudo objeto de cuestionamiento no se aprecia sin embargo respuesta o merituación alguna en torno de la presente observación. Pretender en medio de dicho contexto que porque COFIDE (en su condición de interesada en la resolución de una eventual controversia) le remite a CODISA una Carta Notarial con fecha 24 de Julio de 1998, por ese motivo ya se habría cumplido con el tramite preprocesal antes señalado, resulta a todas luces insuficiente, pues la idea de la negociación preliminar no es la de una simple advertencia frente a un hipotético incumplimiento de lo acordado contractualmente, sino un imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia.

12). Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es analogable a la vulneración que opera cundo se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso.

La participación de COFIDE en el proceso arbitral.

13). En relación con la segunda de las observaciones formuladas, consideramos los suscritos que la participación de COFIDE en el proceso arbitral materia de la presente demanda no resulta en principio cuestionable. En efecto, aún cuando se puede argumentar que la presentación de un reclamo requiere una serie de formalidades de orden legal (las que en todo caso y examinadas desde una perspectiva estrictamente constitucional, tampoco justificarían per se la intervención de la judicatura constitucional mientras no se vulnere en forma directa algún derecho fundamental) no deja de ser menos cierto que conforme aparece de la Cláusula Décimo Séptima del ya citado Contrato de Compraventa, se estableció que con expreso consentimiento del comprador (es decir, de la hoy demandante) y de los propietarios de los inmuebles otorgados en hipoteca (en este caso, de la Empresa Nacional de Turismo) se procede a una cesión de posición contractual en favor de COFIDE. En tales circunstancias, resulta perfectamente razonable que quien haya impulsado el proceso arbitral sea la entidad descrita y no como lo pretende la demandante de amparo, necesariamente la Empresa Nacional de Turismo. Optar por lo demás, por una tésis en contrario supondría colocar a COFIDE en una posición absolutamente nominal o irrelevante a todas luces incompatible con los roles asignados por el Contrato de Compra Venta.

Sobre la Ley aplicable al proceso arbitral.

14). El tercer aspecto que ha originado cuestionamientos por parte de la demandante se circunscribe a considerar que dentro del proceso arbitral se habría procedido a aplicar un Decreto Ley derogado. Dicha objeción sin embargo y al igual que la precedente tampoco genera convicción. En efecto, más allá de la discusión sobre el momento en que se inicia el proceso arbitral (sea que se contabilice desde la instalación del Tribunal Arbitral o desde el momento de la suscripción del Convenio Arbitral), lo real e indiscutible es que con sujeción estricta a lo previsto en el Tercer Apartado de la Cláusula DécimoOctava del tantas veces citado Contrato de Compraventa, las partes convinieron que de iniciase un proceso arbitral éste quedaría sujeto a las estipulaciones que los árbitros puedan considerar conveniente o en su defecto, a lo previsto en la Ley General de Arbitraje N° 25935, vigente al momento de celebrarse dicho acuerdo.

15). La justificación del proceder descrito no resulta por lo demás irrazonable o arbitraria pues al suscribirse un determinado contrato, las partes intervinientes juzgan pertinente someterse a determinadas reglas de juego en el caso de que sea necesario someterse a un eventual arbitraje. Dichas reglas son las que en el momento del contrato se conocen y se aceptan como fórmula de solución de conflictos, resultando por el contrario absurdo pretender que tales reglas puedan alterarse so pretexto de una futura modificación (como ocurrió en el presente caso con la Nueva Ley de Arbitraje Nº 26572) y que las incidencias de la misma (de tal modificación) tengan que necesariamente aplicarse sobre quienes suscribieron un contrato bajo otro tipo de criterios.

16). Los Magistrados que suscriben no consideran por tanto, que por haberse aplicado el Decreto Ley Nº 25935 (anterior Ley de Arbitraje) y no la Ley Nº 26572 (nueva Ley de arbitraje) puedan haberse visto afectados los derechos fundamentales de la parte quejosa.

La aplicación de una penalidad excesiva. El abuso del derecho en el ámbito constitucional.

17). La última observación que realiza la entidad demandante sí merece especial atención. En efecto, de acuerdo con la misma, el contrato de Compraventa habría previsto una Cláusula Penal absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica.

18). Conforme se aprecia de la Cláusula Octava del tantas veces citado Contrato de Compra Venta, la entidad recurrente se comprometió al cumplimiento de una serie de obligaciones. Por otra parte y como garantía frente a una eventual inobservancia de las mismas, se estableció expresamente, una penalidad o fórmula de tipo sancionador con implicancias de tipo económico.

19). Que se encuentre incorporada una cláusula de carácter penal como previsión sancionadora frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones asumidas por las partes, no es algo que por principio pueda considerarse arbitrario. Lo arbitrario o lesivo resultaría si quedasen acreditadas eventuales implicancias sobre derechos fundamentales, sea por que estas resultan irrazonables, sea porque las mismas devienen en desproporcionadas.

20). Los suscritos Magistrados estamos plenamente convencidos que aún cuando las partes que participan de una relación contractual tienen la plena y absoluta capacidad para negociar de la forma más adecuada a sus intereses, ello no significa que dicho proceso de negociación resulte lesivo a los derechos fundamentales o a los bienes jurídicos de relevancia. Ni por la forma en que se negocia ni por el resultado en que se concluye, es pues aceptable que una relación contractual devenga en contraria a las finalidades u objetivos que persigue la Constitución.

21). Tampoco ni mucho menos puede aceptarse que porque una de las partes haya convenido en forma tácita o expresa que una determinada obligación le resulta plenamente vinculante, aquella se torne absolutamente indiscutible, pues al margen de que su contenido incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de los excesos. Nuestra Constitución ha sido terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su Artículo 103º, tesis que como es obvio, no solo debe entenderse como proyectada sobre el ámbito de los derechos subjetivos de orden legal, sino incluso sobre el de los propios derechos fundamentales, los que para ser correcta o legítimamente ejercidos no pueden desvirtuar las finalidades previstas para ellos desde la propia Constitución.

22). En el caso de autos y según se observa de la antes citada cláusula penal, el eventual atraso en la inversión correspondiente a cada unidad hotelera (eran cuatro en total) por parte de la compradora (actual demandante) se cuantifica en el orden de los $/. 100,000 (Cien mil Dólares Americanos) mensuales, que operan en forma acumulativa y sin el establecimiento de tope alguno. Consecuencia de dicho temperamento y estando a la fecha en que se suscribe el contrato (05 de Julio de 1995) y la fecha en que es emitido el laudo arbitral objeto de cuestionamiento (12 de Agosto del 2004) la cifra a pagarse por parte de la demandantes ascendería a los $/. 36'000,000 Millones de Dólares Americanos, cifra esta última que incluso tendría que ser mucho más actualizada (y por supuesto, mucho mas ampliada) por efectos del transcurso del tiempo.

23). Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada (desproporción tomando en cuenta el precio real y conjunto de los cuatro hoteles) pueda pasar por inadvertida y que incluso, se torne en ilimitada, es algo que no puede de ninguna manera legitimarse. En dicho contexto, el argumento utilizado en el laudo y que gira en torno la existencia de un proceso judicial (cuatro en total) destinado a debatir la validez de la cláusula penal (Fundamento Decimocuarto del Laudo), resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. La Jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, so pretexto a consideraciones como las mencionadas, resulta plenamente legitima como necesaria, la revisión de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional. En tales circunstancias, no se trata pues y vale la pena precisarlo, de una desvirtuación de las facultades reconocidas sobre la jurisdicción arbitral sino de una necesaria concurrencia tutelar como la dispensada por conducto del amparo arbitral.

24). Nuestro Colegiado a lo largo de su jurisprudencia ha sido muy cuidadoso de no entrometerse en las esferas de la autonomía de la voluntad, tanto más cuando estas cuentan con el aval de una jurisdicción especializada como la arbitral, empero, ello no quiere significar que

en amparo de tal modalidad de resolución de conflictos, puedan asumirse posiciones manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales, como las que se acreditan con el extremo del laudo objeto de cuestionamiento.

Tratamiento de la prueba en el proceso arbitral cuestionado.

25). Un aspecto final que tampoco ha sido tomado en cuenta por el laudo, pero que debe rescatarse con especial énfasis es el relativo a los medios probatorios actuados en el proceso arbitral. Si bien COFIDE presentó un Informe Pericial emitido por Pánez, Chacaliaza, Barreda S.C. de acuerdo con el cual la demandante no habría invertido lo necesario en las cuatro unidades hoteleras que le fueron adjudicadas, esta última ofreció un Informe contrapuesto evacuado por Roldan & Ramirez Contadores según el cual se habría invertido por parte de CODISA la cantidad de $/. 2'118,890.00 Dólares Americanos, restando únicamente por abonar un monto mínimo de $/. 201,111.11 Dólares Americanos. En dicho contexto y siendo evidente no solo el contraste entre las conclusiones de ambas pericias de parte sino la notoria incidencia que ante un supuesto incumplimiento se generaría tras la aplicación de la anteriormente citada cláusula penal, lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, denotándose por el contrario y con el citado comportamiento un notorio proceder parcializado.
26). Los suscritos Magistrados hemos de reiterar que el proceso arbitral no puede ser un pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce. Evidentemente, una cosa es que se tenga la capacidad para decidir las controversias derivadas de relaciones estrictamente privadas y otra distinta que so pretexto de las mismas y del fuero especializado en el que se les dilucida, puedan convalidarse criterios opuestos a los que la Constitución y su cuadro de valores materiales, postulan. En tales circunstancias es pues, como ocurre en el presente caso, el juzgador constitucional quien tiene la última palabra.

SS

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

EXP. N.º 05311-2007-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA DISTRIBUIDORA S.A.

VOTO DIRIMENTE DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Llamado por ley a dirimir la discordia producida en el presente caso, debo señalar que me adhiero al voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz; no obstante, sin perjuicio de ello, manifiesto, a través de este voto, mi parecer sobre la cuestión planteada por la demanda, la que sustento en las siguientes razones:

1.§. Delimitación del petitorio y de la controversia

1. La Sociedad demandante pretende que se declare nulo el Laudo de Derecho, de fecha 12 de agosto de 2004, expedido por el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (en adelante, el Tribunal Arbitral), que le ordena abonar la suma de treinta seis millones de dólares americanos por concepto de penalidad; así como el procedimiento arbitral que le inició la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (en adelante, la Corporación) y que concluyó con el laudo referido, por considerar que dichos actos vulneran sus derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y de defensa.

Refiere que el Tribunal Arbitral ha afectado su derecho al debido proceso porque admitió a trámite la demanda arbitral interpuesta por la Corporación sin tener en cuenta que, conforme a la cláusula décimo octava del contrato de compraventa suscrito con la Empresa Nacional de Turismo S.A., antes de iniciarse el procedimiento arbitral las partes, por un plazo no mayor de treinta días calendarios, debían negociar de buena fe cualquier controversia o discrepancia respecto a la ejecución, interpretación o aplicación de los contratos, lo que no se ha hecho, y que a pesar de que tal omisión fue oportunamente puesta en conocimiento del Tribunal Arbitral, éste no hizo caso de ello.

Asimismo, señala que se han vulnerado sus derechos al debido proceso y de defensa, debido a que el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda arbitral interpuesta por la Corporación cuando ésta no se encontraba legitimada para postularla, toda vez que en la sub-cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa se establece que la legitimada para exigir la penalidad convenida es la Dirección Nacionalde Turismo, y no la Corporación.

En sentido similar, manifiesta que el Tribunal Arbitral también ha vulnerado su derecho al debido proceso porque no ha valorado debidamente las pruebas aportadas al procedimiento arbitral, toda vez que a pesar de que ha demostrado que en cumplimiento del contrato de compraventa referido realizó las inversiones pactadas en las unidades hoteleras, éste consideró que no había cumplido con dicha obligación.

Finalmente, manifiesta que la cláusula penal del contrato de compraventa amenaza con vulnerar su derecho de propiedad debido a que establece una penalidad ascendente a cien mil dólares americanos mensuales en caso de que no cumpla los compromisos de inversión, lo cual resulta irrazonable y jurídicamente imposible de cumplir, además de constituir un abuso del derecho.

2. Así planteado el objeto del presente proceso, considero que la dilucidación de la exige determinar si la actuación del Tribunal Arbitral ha afectado el derecho al debido proceso de la Sociedaddemandante; concretamente:

a. Si antes de admitir a trámite la demanda arbitral, el Tribunal Arbitral debió exigir que se acreditara que

previamente entre las partes se negocio de buena fe lo peticionado en la demanda.

b. Si la demanda arbitral fue interpuesta por un sujeto que no se encontraba legitimado para ello.
c. Si el Tribunal Arbitral omitió valorar las pruebas que demostraban que la Sociedad demandante había cumplido con sus compromisos de inversión.

De otra parte, también corresponde establecer si la cláusula penal contenida en el contrato de compraventa referido, en efecto, amenaza con vulnerar el derecho de propiedad de la Sociedaddemandante, y por ende, si dicha cláusula es el resultado del ejercicio abusivo del derecho a la libertad de contratación.

§.2. Trámites previos al proceso arbitral

3. En el ámbito judicial, el derecho al debido proceso garantiza, entre otras cosas, que los órganos judiciales, al momento de resolver una controversia, sigan el procedimiento preestablecido por la ley, pues caso contrario este derecho se vería afectado.
Dicho situación en el ámbito judicial, si bien resulta imperativa debido a que viene impuesta no sólo por la ley sino también por el derecho al debido proceso, en el ámbito arbitral adquiere una particularidad, consistente en que las partes, antes de someter la controversia al juez o tribunal arbitral, pueden pactar válidamente la realización de algún trámite previo, siempre que no resulte arbitrario, irrazonable o imposible de efectuar.
En este contexto, los trámites previos al proceso arbitral, al ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes, devienen exigibles por el juez o tribunal arbitral antes de admitir a trámite la demanda arbitral e iniciar el proceso, toda vez que se constituyen en requisitos de procedibilidad, que si no resultan arbitrarios, irrazonables o imposibles de realizar, tienen que cumplirse por formar parte del procedimiento preestablecido por las partes, que de una manera particular estaría tutelado por el derecho al debido proceso.

4. Pues bien, teniendo presente ello estimo pertinente precisar que en la cláusula décimo octava del contrato de compraventa, obrante de fojas 35 a 89, se pactó lo siguiente:
"18.1 Toda controversia o discrepancia respecto la ejecución, interpretación o cumplimiento del presente contrato que no pueda ser resuelta por las partes después de su negociación en buena fe por un periodo no mayor de treinta (30) días calendarios será llevada a un arbitraje con la notificación escrita por una parte a la otra para acogerse a la presente".

5. Del tenor literal de la cláusula transcrita puede concluirse que las partes del contrato de compraventa pactaron que debían cumplir un trámite previo antes de iniciar un proceso arbitral para exigir la ejecución, interpretación o cumplimiento del contrato referido.
Al respecto, debo señalar que de la valoración de las pruebas obrantes en autos que se refieren al proceso arbitral no se advierte que la parte que considera incumplido el contrato de compraventa haya realizado el trámite previo que fue pactado en la cláusula décimo octava del mismo contrato, razón por la cual resulta válido concluir que por este hecho se ha afectado el derecho al debido proceso de la Sociedad demandante.
Es más, en el acta de instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 21 de abril de 2004, obrante de fojas 8 a 12, no se menciona que la parte supuestamente afectada por el incumplimiento del contrato efectuó el trámite previo referido. En sentido similar, tengo que señalar que en ninguno de los fundamentos del Laudo de Derecho, de fecha 12 de agosto de 2004, obrante de fojas 282 a 300, se indica, al menos de manera tangencial, que se hubiese cumplido el trámite previo pactado en el contrato de compraventa referido.

§.3. Legitimación activa y debido proceso

6. Por otra parte, y con relación a la legitimación activa, debo precisar que aunque la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende la legitimación activa para recurrir, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales, la justicia constitucional debe determinar ello siempre que se alegue la afectación del derecho al debido proceso, bien porque la demanda podría ser interpuesta por un sujeto que no tiene legitimación activa, bien porque podría ser rechazada bajo el argumento de la falta de legitimación activa.

7. Para resolver este punto considero pertinente reseñar el cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa, cuyo texto dice:
"En caso de incumplimiento en los alcances propuestos en la Oferta Económica respecto de los Compromisos de Inversión, la Dirección Nacional de Turismo aplicará al COMPRADOR la penalidad a cargo de este que será de US$ 100,000 mensuales hasta el total cumplimiento del compromiso de inversión".

8. Teniendo presente el tenor literal de la cláusula transcrita, considero que en el presente proceso no puede determinarse ni concluirse, de manera irrefutable, que la Dirección Nacional de Turismo sea el sujeto legitimado para demandar, vía arbitraje, el pago de la penalidad o que la Corporación no sea el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral, pues, a mi consideración, todo va a depender de la interpretación que se realice de la frase "la Dirección Nacional de Turismo aplicará al COMPRADOR la penalidad", lo cual, estimo, debe efectuarse en el mismo proceso arbitral.

§.4. Prueba y debido proceso

9. La utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa o resolución del caso constituye una de las manifestaciones del ejercicio de los derechos a la prueba y de defensa, ambos derechos integrantes del debido proceso, que resulta vulnerado cuando los órganos judiciales no actúan o practican la prueba admitida oportunamente, o cuando inmotivadamente no admiten pruebas relevantes para la decisión final, o cuando, con una interpretación y aplicación arbitraria e irrazonable de la legalidad la rechazan.

10. En sentido similar, considero que el derecho a la prueba se vulnera cuando se demuestra que entre los

hechos que se quisieron probar y no se puede hacerlo y las pruebas inadmitidas, existe la probabilidad razonable de que la resolución final del proceso podía haber sido favorable a las pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta.

11. Por este motivo, no le corresponde a los órganos que forman parte de la jurisdicción constitucional revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el proceso de amparo no es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una tercera instancia.

12. Sobre la base de lo precisado y luego de revisados los fundamentos del Laudo de Derecho, estimo que éste ha vulnerado el derecho a la prueba de la Sociedad demandante y le ha generado una situación de indefensión, debido a que el Tribunal Arbitral acogió la demanda arbitral interpuesta teniendo presente sólo el informe pericial presentado por la Corporación, lo cual resulta arbitrario, si se tiene en cuenta que la Sociedad demandante presentó un informe que contradecía y rebatía lo señalado por el informe pericial de la Corporación.

En efecto, en el informe pericial presentado por la Sociedad demandante se menciona que ésta habría cumplido con sus compromisos de inversión. Por tanto, teniendo presente ello, considero que el Tribunal Arbitral actuó de manera parcializada, pues en el laudo referido no argumenta ni explica porqué valoró únicamente el informe pericial presentado por la Corporación para estimar la demanda, pues pudo haber hecho todo lo contrario si es que hubiera desestimado la demanda valorando únicamente el informe pericial presentado por la Sociedad demandante.

Así, si el Tribunal Arbitral tenía dos pericias contradictorias, por sentido común, racional e imparcializado, debió haber mandado a actuar una pericia dirimente a efectos de tener la suficiente certeza y convicción al momento de fallar, lo cual no sucedió en el presente caso. Es más, el Tribunal Arbitral pudo haber realizado una inspección en los hoteles para verificar si el compromiso de inversión había sido, o no, cumplido.

§.5. Cláusula penal y abuso del derecho

13. Finalmente, corresponde evaluar la constitucionalidad del cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa, reseñada en el fundamento 7, supra. Para determinar si la cláusula penal pactada amenaza con vulnerar el derecho de propiedad, estimo pertinente hacer dos precisiones; la primera referida al contrato como producto-resultado de la autonomía de la voluntad y la segunda referida al abuso del derecho.

14. La celebración de un contrato presupone un acuerdo o concierto de voluntades entre las partes que lo suscriben en su condición de seres libres y dignos, las cuales, se presume, actúan con plena capacidad, en ejercicio de su autonomía y en igualdad de condiciones.

No obstante ello, en materia contractual se pueden presentar supuestos en los cuales una parte abusando de su posición dominante, ejerza abusivamente su derecho a la libertad de configuración interna del contrato, al momento de redactar cláusulas penales excesivamente onerosas en su monto o que redundan en daño para la parte que se vio precisada a adherir a sus condiciones.

En dichos casos, el artículo 1346° del Código Civil, aplicable también al proceso arbitral, prevé que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

15. Por lo tanto, teniendo presente el monto que se pactó como cláusula penal, estimo que éste resulta excesivamente oneroso y que, por ello, constituye una amenaza cierta e inminente de vulneración del derecho de propiedad de la Sociedad demandante en caso se exija, supuesto que ha sucedido en el proceso arbitral. Por dicha razón, considero que la exigencia del monto de la cláusula penal constituye una confiscación encubierta que no debe ser permitida ni avalada, toda vez que el artículo 103° de la Constitución prescribe que no se ampara el abuso del derecho y, en el caso de autos, se demuestra claramente que la redacción de la cláusula constituye un ejercicio abusivo e ilegítimo del derecho a la libertad de configuración interna del contrato.

Consecuentemente, estimo que en el nuevo proceso de arbitraje que se lleve a cabo, el Tribunal Arbitral deberá evaluar, como uno de los puntos a resolver, la reducción del monto de la cláusula penal conforme al artículo 1346° del Código Civil.

Por las razones detalladas, considero que debe estimarse la demanda y ordenarse que en el nuevo procedimiento de arbitraje que se realice se determine de manera preliminar si se cumplió el trámite previo, pues en caso contrario no se podrá admitir a trámite la demanda. En segundo término, y estimando que la primera cuestión sea satisfecha, tendrá que establecerse, luego de interpretado el cuarto párrafo de la cláusula 8.1.7 del contrato de compraventa, quién es el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral. En tercer término, considero que el monto de la cláusula penal debe ser reducido conforme al artículo 1346° del Código Civil. Finalmente, soy de la opinión que el Tribunal Arbitral actué todos los medios de prueba pertinentes para dilucidar el incumplimiento alegado por la Corporación, y no sólo valerse de los informes periciales que las partes presenten.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

EXP.N.° 5311-2007-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA DISTRIBUIDORA S.A.

VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Mediante el presente voto y con el debido respeto dejo constancia que considero debe declararse IMPRO-

CEDENTE la demanda de amparo; señalando como fundamentos los motivos que a continuación expreso:

I. FUNDAMENTOS

1. Con fecha 13 de setiembre de 2004 la Compañía Distribuidora S.A. -CODISA-, interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú contra -CEARCO-, solicitando se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, el cual declara fundada la demanda arbitral, disponiendo que la empresa recurrente pague a favor de Corporación Financiera de Desarrollo -COFIDE- la suma de US$ 36 000 000.00 (trentiséis millones de dólares norteamericanos) por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta que suscribió con dicha empresa, esto es, promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en su calidad de compradora de las mismas.

Según refiere, dicho procedimiento arbitral se habría desarrollado de manera irregular, violándose sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que, no se habrían observado las acciones y requisitos señalados en el convenio arbitral, pues no se efectuó la negociación a la que las partes debían acudir antes de aplicar la cláusula penal. Refiere asimismo que no se habría saneado el procedimiento arbitral y se habría consentido la actuación de COFIDE sin tener ésta legitimidad activa para obrar, puesto que a su criterio la única facultada para exigir la penalidad, sería en cualquier caso, la Dirección Nacional de Turismo y no la vendedora de las unidades hoteleras. Igualmente, se habría aplicado indebidamente el derogado Decreto Ley 25935 por encima de la vigente ley General de Arbitraje -Ley 26572-; se habría impuesto una penalidad "draconiana", que resulta desde su origen nulo ipso iure; y, finalmente, no se habrían merituado las pruebas aportadas por CODISA con relación a la falta de legitimidad para obrar activa de COFIDE y aquellas que demuestran fehacientemente que no existe incumplimiento de inversión en las unidades hoteleras.

2. A fojas 512, COFIDE contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada en su oportunidad en aplicación del inciso 3 del artículo 6º de la Ley N° 23506, al considerar que la empresa demandante habría optado por la vía ordinaria al haber interpuesto recurso de anulación del laudo. Por su parte, a fojas 557 los árbitros Rafael Villegas Cerro y Ulises Montoya Alberti contestan la demanda manifestando que el procedimiento arbitral cumplió con todos los requisitos necesarios desde su instalación hasta la expedición del Laudo. Asimismo manifiesta que existe un procedimiento idóneo para la defensa del derecho invocado el mismo que está constituido por el recurso de anulación del laudo, por lo que solicitan que la demanda sea declarada improcedente.

3. Mediante Resolución de fecha 24 de marzo de 2006, el 38 Juzgado Civil de Lima declara infundada la demanda de amparo, estableciendo que los argumentos de la recurrente carecen de veracidad puesto que el Tribunal Arbitral sí se ha pronunciado respecto a la etapa negocial a la que deben recurrir las partes antes de ir a la vía arbitral; que al ser COFIDE el vendedor de las unidades hoteleras y por tanto el acreedor de la obligación requerida (cumplimiento del compromiso de inversión), es aquella entidad quien tiene derecho para exigir la penalidad de acuerdo al artículo 1342° del Código Civil. Así mismo, con relación a la aplicación del derogado Decreto Ley, ello se habría producido debido a que el Tribunal Arbitral al momento de instalarse señaló que las disposiciones aplicables al convenio arbitral serían las dispuestas en la ley ahora derogada, por ser la vigente a la fecha de celebración del contrato mencionado. Finalmente, con relación al cuestionamiento sobre la supuesta falta de valoración probatoria, el órgano judicial estableció que ello puede cuestionarse en la vía del proceso de amparo.

4. Mediante Resolución de fecha 04 de abril de 2007, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin entrar a analizar el fondo del asunto, revoca la sentencia y reformándola, la declara improcedente, tras considerar que no se habría cumplido con la exigencia de agotar la vía previa para la procedencia del amparo conforme al artículo 45° del Código Procesal Constitucional, y que la empresa recurrente carecería de interés para obrar, al haber interpuesto, en forma paralela a la demanda de amparo, un recurso de anulación de laudo arbitral en la vía ordinaria, el mismo que ha sido admitido por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

5. El objeto de la presente demanda de amparo es que se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho, expedido con fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004, en el procedimiento arbitral seguido por Corporación Financiera de Desarrollo –COFIDE- contra la recurrente. El referido laudo declaró fundada la demanda arbitral, disponiendo que la empresa recurrente pague a favor de COFIDE, la suma de US$ 36 000 000.00 por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta, esto es, promover la inversión en estas unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en calidad de compradora de éstas. La empresa recurrente alega la afectación de sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

6. Tal como se advierte, el presente proceso fue iniciado en el marco de la legislación procesal anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional, por lo que conviene establecer, antes de responder a las cuestiones planteadas, el marco normativo procesal aplicable al presente caso. Sobre el particular, este Colegiado ha establecido que las normas del Código Procesal Constitucional son aplicables incluso a procesos en trámite, conforme a su Segunda Disposición Final,

siempre que de su aplicación no se desprenda afectación a la tutela jurisdiccional efectiva (STC N° 3771-2004-HC/TC). En consecuencia, el presente proceso se regirá, en esta instancia, por la reglas del referido Código Procesal Constitucional.

7. Con relación al cuestionamiento de un laudo arbitral a través del proceso constitucional de amparo, este Colegiado ha establecido una serie de restricciones procesales a efectos de no convertir el proceso de amparo en una instancia de simple apelación del laudo arbitral. En tal sentido, en la STC N° 4195-2006-AA/TC, FJ 4° este Colegiado precisó algunas reglas para el control constitucional de un Laudo Arbitral, el cual es extraordinario y subsidiario, estableciendo que la demanda de amparo contra un laudo arbitral resulta improcedente:

a) "(..) cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.;
b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 supra.
c) (...) cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.
En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.
d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.
e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración."

8. En el caso materia de análisis, conforme se desprende de la demanda, los hechos en los que la empresa recurrente sustenta la violación de sus derechos, se encuentran referidas a las causales de improcedencia contenidas en los puntos c) y d). En efecto, cuando la demandante cuestiona la aplicación indebida de un Decreto Ley Derogado está cuestionando la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales; por su parte, cuando aduce que las pruebas aportadas por ésta no han sido merituadas en el procedimiento arbitral, está cuestionando la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje, lo cual conforme se ha mencionado, es competencia exclusiva de los árbitros y no puede ser materia de revisión mediante el proceso de amparo. Respecto a la alegación de que no se habría observado los requisitos procedimentales previos al arbitraje ni se habría saneado válidamente el procedimiento arbitral y que se habría admitido la participación de COFIDE en el proceso como demandante, sin tener legitimidad para obrar activa, se puede concluir que tales hechos, si bien no se subsumen en ninguna de las causales establecidassupra, al ser aspectos meramente procedimentales, no inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de ningún derecho fundamental por lo cual tampoco, estos supuestos serían revisables a través del proceso de amparo.

9. Siendo así, la demanda resulta improcedente, toda vez que los hechos que se denuncian como agravio a los derechos de la empresa recurrente, no constituyen objeto de un proceso de amparo contra laudo arbitral al no estar referidos al ámbito constitucionalmente protegido de los derechos que han sido invocados, tal como lo precisa el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

10. Valga añadir, con el debido respeto por la opinión de los Magistrados de este Tribunal, que consideramos que resulta inadecuada la precisión referida en el fundamento 7 del voto singular que se acompaña a la presente resolución, en la que se determina que no resulta pertinente invocar las reglas desarrolladas en Sentencias como las recaídas en los Expedientes N° 06167-2005-HC/TC o N° 4195-2006-AA/TC "pues las mismas fueron instituidas con fecha muy posterior a la interposición de la presente demanda, lo que supone que si antecedentes jurisprudenciales o legislativos se trata sólo existiría como referencia, la sentencia recaida en el Expediente N° 189-1999-AA/TC y lo previsto en su día por el artículo 6 inciso 2 de la Ley N° 23506 modificada por la Ley N° 27053, debiéndose apreciar que en ninguno de los citados supuestos resultaba procedente exigir agotamiento de vía previa o recurso judicial alguno. En otras palabras, quien cuestionara una decisión arbitral emitida como consecuencia de un proceso irregular podía hacerlo de modo directo o inmediato como en efecto, ha ocurrido en el presente caso".

11. De tal manera, cabe recordar que conforme se ha establecido expresamente en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional que "Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

12. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en doctrina jurisprudencial, como es el caso de la STC del Exp. N° 02982-2007-PA/TC, donde se dispone que:

"Con relación a la vigencia de las normas
9. Que en cuanto a la vigencia de las normas, sin lugar a dudas el recurrente incurre en error al considerar que a su caso concreto debía aplicarse el segundo párrafo de la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria del Código Procesal Constitucional, que literalmente expresa:"Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior las reglas de competencia y los plazos que hubieren empezado".

La primera parte dispone una regla general: "Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata". Así pues, a partir del 1 de diciembre de 2004 todo el Código Procesal Constitucional entró en vigencia, de manera que los justiciables debían adecuar su conducta a sus normas. Es evidente que el legislador quiso restringir el acceso del amparo para el cuestionamiento de resoluciones judiciales, estableciendo un plazo de treinta días hábiles, menor al normal de sesenta días hábiles. Tal limitación impuesta por el legislador es total y plenamente legítima.

El recurrente se encontraba en este primer supuesto ya que quería interponer una demanda de amparo contra una resolución judicial. Durante el tiempo en que podía hacerlo la ley fue derogada y se estableció un plazo menor. En el mismo primer párrafo citado también se establece una regla especial que reitera la aplicación inmediata de las normas del Código Procesal Constitucional "incluso a los procesos en trámite".

10. Que en el presente caso el 28 de diciembre de 2004, fecha en que el recurrente interpone la demanda, no existía ningún proceso en trámite, de manera que la norma aplicable sigue siendo la norma vigente desde el 1 de diciembre de 2004 que es el Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, la segunda parte de la norma en comentario establece una regla de excepción pero referida evidentemente a la aplicación de las normas del Código Procesal Constitucional a los procesos en trámite, es decir, a los procesos iniciados cuando estaba vigente la Ley N.° 23506 (esto es a las demandas interpuestas con anterioridad al 1 de diciembre de 2004). El presente caso no se había iniciado bajo la vigencia de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo sino cuando el Código Procesal Constitucional ya estaba en vigencia. Y el Código establece: "Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado".

11. Que esta norma se refiere a la aplicación ultractiva de las normas de la Ley N.° 23506 a los procesos ya iniciados en supuestos puntuales y específicos, toda vez que conforme a la regla de la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional, sus normas se aplican "incluso a los procesos en trámite". Tales supuestos específicos son:

a) Reglas de competencia de procesos iniciados con la Ley N.° 23506.
b) Medios impugnatorios interpuestos. Evidentemente, se refiere a un proceso ya iniciado cuando el Código Procesal Constitucional entró en vigencia. Al momento de interposición de la demanda, 28 de diciembre de 2004, no existía el proceso.
c) Los actos procesales con principio de ejecución. Al momento de interposición de la demanda no había proceso.
d) Los plazos que hubieran empezado. ¿Qué plazos? Evidentemente los plazos del proceso previo, que en el presente caso no existía.

12. Que entonces el plazo que antes establecía la Ley N.° 23506 para interponer una demanda de amparo contra una resolución judicial era de 60 días hábiles. Tal plazo fue reducido a 30 días hábiles por el nuevo Código Procesal Constitucional. El accionante interpuso la demanda el 28 de diciembre de 2004, cuando estaba plenamente vigente la nueva norma procesal constitucional. Por ello la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República aplicaron correctamente el texto de la Ley".

II. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, el suscrito es de la opinión que se declare IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.

S.

LANDA ARROYO

Exp. N° 6218-2007-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Víctor Esteban Camarena. Se interpretan determinadas causales de improcedencia del proceso de hábeas corpus].*

Fecha de Resolución: 17 de enero de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 3 de febrero de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional precisó cuáles son las causales de improcedencia que pueden ser invocadas por los jueces para rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus, así como cuáles son aquellas que no pueden ser invocadas para desestimar este tipo de demandas.

De este modo, el Tribunal superó la omisión de regulación de las causales de improcedencia del proceso de hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional, que, a diferencia de los procesos de amparo (arts. 5° y 47°), cumplimiento (art. 70°) e inconstitucionalidad (art. 104°), que sí contemplan causales de improcedencia detalladas y específicas, no tienen causales propias señaladas de manera taxativa.

Así, se estableció que los jueces constitucionales podrán rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus cuando: a) se cuestione una resolución judicial que no sea firme; b) los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; c) a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o ésta se haya convertido en irreparable, entre otros supuestos.

En lo que respecta a la causal de falta de contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual o los derechos conexos a ella, se ha precisado que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, sino a la luz de cada caso concreto.

Para ello, el Tribunal estableció que el juez para aplicar la causal referida debe examinar tres pasos de evaluación conjunta, a saber: a) identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados; b) identificar la verdadera pretensión del demandante; y finalmente, c) analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte o no del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso de hábeas corpus.

Temas claves: Contenido constitucional de la libertad personal - contenido constitucionalmente protegido - derecho a la tutela procesal efectiva - procedencia del hábeas corpus.

EXP. N.° 06218-2007-PHC/TC
JUNÍN
VÍCTOR ESTEBAN
CAMARENA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de enero de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Esteban Camarena contra la sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 95, su fecha 15 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de junio de 2007 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales de la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superiorde Justicia de Lima, doña María Teresa Jara García, doña Leonor Chamorro García y don Juan Genaro Jerí Cisneros, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 9 de abril de 2007, por considerar que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que los medios probatorios no se habrían valorado en forma conjunta en el proceso penal seguido contra doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo.

Refiere que la sentencia cuestionada al haber declarado de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción, ha revocado la condena de dos años de pena privativa de la libertad suspendida sin ejecución por el período de un año impuesta a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo, por la supuesta comisión de los delitos contra los derechos intelectuales, contra los derechos de autor y conexos, producción intelectual y modificación no autorizadas y suplantación de autor en agravio del recurrente.

Adicionalmente solicita que de comprobarse el delito de prevaricato se sancione a los vocales emplazados y que se imponga a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo el pago de una reparación moral de cien mil nuevos soles.

Con fecha 5 de julio de 2007 el Procurador Público Adjunto Ad Hoc en Procesos Constitucionales del Poder Judicial se apersona a la instancia señalando que el hábeas corpus es un proceso destinado a la protección de los derechos reconocidos por la Constitución y no para revisar el modo en que se ha resuelto la controversia de orden penal.

Con fecha 13 de julio de 2007, el Sexto Juzgado Penal de Huancayo declara improcedente la demanda por considerar que no existe conexidad entre las garantías inherentes al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva invocadas, con el derecho a la libertad personal del demandante. Además advierte que la valoración de los medios probatorios que hayan efectuado los jueces ordinarios no forma parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos alegados.

Con fecha 15 de enero de 2007, la Sala Superior revisora confirma la apelada por los mismos fundamentos.

Con fecha 12 de setiembre de 2007 el recurrente interpone recurso de agravio constitucional en términos incoherentes, debido a que la pretensión planteada en la demanda tiene como objeto restituir los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, en conexión con el derecho a la libertad individual, en tanto que el recurso interpuesto se refiere a aspectos relativos al derecho a una pensión vitalicia, situación anómala que no ha sido advertida por la sala correspondiente cuando concedió el presente recurso.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionalmente relevantes

1. La presente demanda de hábeas corpus tiene por objeto la impugnación de la sentencia de fecha 9 de abril de 2007, emitida por la Sala emplazada, que revocando la sentencia de primera instancia decidió absolver a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo de los delitos contra los derechos intelectuales y contra los derechos de autor y conexos.
A juicio del demandante la resolución judicial cuestionada vulneró sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, debido a que los vocales de la Sala emplazada en el proceso penal seguido a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo, al no haber valorado en forma conjunta todos los medios probatorios, han desconocido que él es el autor y compositor de la tunantada 'El Chuto Perdido'.
Por ello, el demandante también solicita que de comprobarse el delito de prevaricato se sancione a los vocales emplazados y se le condene a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo al pago de una reparación moral de cien mil nuevos soles.
2. Sobre la base de las pretensiones planteadas por el demandante este Tribunal considera pertinente desarrollar los siguientes aspectos:
a. Los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.
b. Las causales de improcedencia del proceso de hábeas corpus.
c. La falta de contenido constitucionalmente protegido en los hechos y la pretensión como causal de improcedencia.

§2. Los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus

3. El inciso 1), del artículo 200.° de la Constitución establece que el proceso hábeas Corpus, procede "ante el hecho u omisión, por parte de cualquier persona, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". En tal medida, el ámbito de protección del proceso de hábeas corpus no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros

derechos fundamentales intimamente relacionados con éste.

4. Por esta razón puede considerarse que el proceso de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende también a la libertad de movimiento, a la libertad de transito y al derecho a la integridad personal. Su tutela se prolonga ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran en establecimientos públicos o privados.

5. Es más, el artículo 25.° del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPConst.) señala de manera enunciativa y no taxativa el catálogo de derechos que conforman la libertad individual y que son objeto de protección mediante el proceso de hábeas corpus, así como los derechos conexos con ella. Ello en razón de que el proceso de hábeas corpus es un proceso sencillo y rápido, que por su naturaleza y finalidad no puede regular un catálogo de derechos fundamentales números clausus sino números apertus.

6. Dada la prevalencia de los derechos protegidos por el hábeas corpus y su carácter sumario, este proceso se identifica por ser ajeno a ritualidades o formalismos al momento de interponer la demanda. En este sentido, el artículo 27° del CPConst. señala que la demanda de hábeas corpus puede ser presentada por escrito, verbalmente, a través de medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo. Ello con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad o derechos conexos a ella.

§2. Las causales de improcedencia del proceso de hábeas corpus

7. Pues bien, teniendo presente que en la demanda de hábeas corpus se solicita que le condene a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo al pago de una reparación moral de cien mil nuevos soles, este Tribunal estima pertinente determinar cuáles son las causales de improcedencia que el CPConst. ha previsto para el proceso de hábeas corpus. Ello con la finalidad de determinar si la presente demanda resulta, o no, improcedente.

8. En tal sentido cabe señalar que el juez constitucional al recibir una demanda de hábeas corpus, tiene como primera función verificar si ésta cumple los genéricos requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° del CPConst., pues solo así podrá comprobar si la relación jurídica procesal es válida y, por tanto, es factible que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido.

9. El proceso de hábeas corpus a diferencia de los procesos de amparo y de cumplimiento no tiene regulado en el CPConst. causales específicas de improcedencia; sin embargo, ello no significa que el hábeas corpus como proceso no las tenga y que tales causales faculten al juez constitucional a declarar la improcedencia liminar de la demanda. Así, al proceso de hábeas corpus le resultan aplicables las causales de improcedencia previstas en el artículo 5° del CPConst., en tanto no contradigan su finalidad de tutela del derecho a la libertad y derechos conexos a ellas y su naturaleza de proceso sencillo y rápido.

10. Teniendo en cuenta la finalidad y naturaleza del proceso de hábeas corpus el CPConst. ha regulado que el juez constitucional en determinados supuestos no puede ni debe invocar algunas de las causales previstas en el artículo 5° del CPConst. para declarar la improcedencia liminar de la demanda. Así, los jueces constitucionales se encuentra impedidos de declarar liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus bajo la consideración de que:

a. Existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (artículo 5.2). Ello debido a que el proceso de hábeas corpus a diferencia del proceso de amparo no es un proceso de carácter residual y excepcional.
b. No se ha cumplido con agotar las vías previas (artículo 5.4). Ello por la naturaleza de los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.
c. Ha vencido el plazo para interponer la demanda (artículo 5.10).

11. Por la naturaleza de los derechos fundamentales objeto de tutela del proceso de hábeas corpus, los jueces constitucionales tampoco pueden ni deben declarar liminarmente improcedente la demanda bajo el argumento de que el demandante recurrió previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional (artículo 5.3).

12. Pues bien, delimitados los supuestos en los cuales no resulta válido que los jueces constitucionales declaren liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus, corresponde determinar en qué supuestos si resulta válido rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus. Así, los jueces constitucionales podrán rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus cuando:

a. Se cuestione una resolución judicial que no sea firme (artículo 4).
b. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1).
c. A la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o ésta se haya convertido en irreparable (artículo 5.5).
d. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia (artículo 5.6).
e. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas

y dictadas con previa audiencia al interesado (artículo 5.7). En este supuesto la improcedencia de la demanda se justifica en la medida que las resoluciones cuestionadas no inciden directamente en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual ni en los contenidos de los derechos conexos a ella.

f. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno (artículo 5.9).

§2.1. La falta de contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia

13. Así las cosas, en el presente caso resulta necesario abordar la causal de falta de contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual o los derechos conexos a ella, debido a que el juez a quo resolvió declarar improcedente la demanda basándose, precisamente, en que la pretensión del recurrente no forma parte del contenido constitucionalmente protegido. En tal sentido, señaló que: (...) en la medida que la presente demanda tiene por objeto que se declare nula la sentencia de vista emitida por la Sala demandada, tras considerarse que no se han valorado adecuadamente los medios de prueba presentados en el proceso ordinario; Que en el presente caso no existe conexidad entre las garantías inherentes al debido proceso y la tutela jurisdiccional invocados con el derecho fundamental a la LIBERTAD PERSONAL del recurrente (...). [Sentencia de primera instancia, obrante a fojas 73].

14. Sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, este Tribunal debe recordar que en los fundamentos 21 y 22 de la STC 1417-2005-PA/TC, precisó que todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, y que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, sino a la luz de cada caso concreto.

15. De ahí que este Tribunal en el proceso de hábeas corpus haya venido aplicando, caso por caso, la falta de contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia. A modo de ejemplo, puede señalarse que en la RTC 2713-2007-PHC/TC, se precisó que la valoración de los medios probatorios que a tal efecto se presenten en el proceso penal es competencia exclusiva de la justicia ordinaria y no de la justicia constitucional, razón por la cual la pretensión de revaloración de los medios probatorios no está referida al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus.

16. Teniendo en cuenta ello este Tribunal considera que la aplicación de la causal de improcedencia referida debe ser examinada en tres pasos de evaluación conjunta:

a En primer lugar, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados. En esta actividad el juez, conforme a la obligación constitucional de protección de los derechos fundamentales, debe dejar de lado aquellas interpretaciones formalistas y literales sobre los derechos presuntamente afectados para dar paso a la búsqueda e identificación de aquellos otros derechos fundamentales, que si bien no hubiesen sido mencionados expresamente en la demanda, son plenamente identificables desde una lectura atenta de los hechos contenidos en la demanda.

b En segundo lugar, el juez constitucional debe identificar la verdadera pretensión del demandante. Para ello debe tenerse presente no solo el petitorio sino también todos los hechos alegados en la demanda, es decir, que la demanda debe ser examinada en su conjunto.

c En tercer lugar, el juez constitucional deberá analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso de hábeas corpus. Si la pretensión no busca proteger tal contenido, la demanda debe ser declarada improcedente.

§3. Análisis de la controversia

17. En atención a los tres pasos antes expuestos es que debe resolverse si la pretensión demandada forma o no parte del contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental protegido por el proceso de hábeas corpus. Así, en el caso se tiene que:

a. Los argumentos expuestos por el demandante aducen que la sentencia penal cuestionada supuestamente habría vulnerado su derecho a la tutela procesal efectiva en conexión con la libertad individual. Al respecto, este Tribunal estima que la vulneración del derecho alegado no puede haberse producido, debido a que el demandante en el proceso penal actuaba como denunciado y no como procesado, razón por la cual su libertad personal no ha podido verse amenazada ni afectada ni ningún derecho conexo a ella.

b. De la lectura integral de la demanda se desprende que la verdadera pretensión del demandante es que se revise lo resuelto por el juez en el proceso penal seguido a doña Eduarda Haydee TorpocoRaymundo.

c. La pretensión demandada no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por la tutela procesal efectiva, ya que lo que se está buscando a través del presente proceso es revisar los criterios dogmático-penales elegidos por el juez ordinario para resolver la controversia planteada en el proceso penal.

18. Por consiguiente dado que la reclamación del recurrente no está referida al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus, resulta de aplicación el artículo 5, inciso 1), del CPConst., por lo que la demanda debe ser rechazada.

§3.1. La actuación de los sujetos del proceso

19. Sobre este punto, este Tribunal considera importante precisar que no resulta válido utilizar el proceso de hábeas corpus, caracterizado por ser sumario y sencillo,

con la finalidad de plantear pretensiones que no están relacionadas con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos tutelados por este tipo de proceso constitucional. De este modo, corresponde destacar que el recurrente hizo mal en accionar la jurisdicción constitucional de esta manera, pero también estuvo mal el juez de primera instancia en no advertir esta deficiencia obvia y clara de la demanda. En igual situación se encuentra la instancia de segundo grado, al momento de evaluar la postulación y concesión del recurso de agravio constitucional.

20. Sobre el particular cabe mencionar que el demandante utilizó el recurso de agravio constitucional con la finalidad de criticar y revertir los efectos de la sentencia desestimatoria de la Tercera Sala Penal dela Corte Superior de Justicia de Junín, porque, a su juicio, ésta no salvaguarda correctamente su libertad individual, a través de la tutela procesal efectiva. Sin embargo, no es comprensible cómo puede el demandante plantear el recurso en los siguientes términos:

Señor juez, ante la desidia de la demandada en la entrega del certificado médico por neumoconiosis, que ya se había remitido a la ONP mi persona con fecha 25 de octubre del 2005 solicita (anexo 1-N) que se expida la copia del certificado médico y que se expida la resolución, prueba que he laborado en un lugar con toxinas, adjunto una liquidación de mis beneficios sociales (anexo 1-Ñ). La demandada hasta la fecha no expide la resolución, por ello me veo obligado a interponer la presente demanda que debe ser declarada fundada y consecuentemente se expida la resolución de Renta Vitalicia por Enfermedad Profesional. [Recurso de agravio constitucional, obrante a fojas 105 y 106].

21. No es ni congruente ni coherente el pedido. La pretensión original está referida a una supuesta vulneración de la tutela procesal efectiva en un proceso penal seguido por el recurrente, y a la hora de sustentar el recurso de agravio constitucional, se hace alusión a una demanda de renta vitalicia, que correspondería a un proceso de amparo. Teniendo en cuenta ello, resulta lógico señalar que no puede permitirse que una persona haga accionar la justicia constitucional aprovechando indebidamente las posibilidades que le otorga el proceso de hábeas corpus, cuando no corresponde en el caso concreto, y aparte que lo haga descuidadamente, como bien se puede notar de la trascripción del recurso de agravio constitucional.

22. En este sentido basta recordar que este Tribunal en el fundamento 65 de la STC 6712-2005-PHC/TC, ya señaló que por más tutelar que sea la función del Tribunal Constitucional, no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que, a su vez, acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes.

23. En el caso de autos no se puede advertir mala fe por parte del recurrente, motivo por lo cual no amerita la imposición de multas, pero este Tribunal sí considera oportuno llamar la atención tanto al demandante como a su abogado defensor por la forma en que han llevado este proceso constitucional. Además, de la valoración de las actuaciones se advierte que no ha existido un verdadero nivel de colaboración con los magistrados, tal como lo exige el artículo 288º, inciso 1) del Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, por parte de don Wilfredo Sosa Espinoza, abogado con CAJ N.º 1584 y patrocinante del recurrente, por lo que corresponde imponerle la sanción disciplinaria de amonestación.

24. De otro lado, también llama poderosamente la atención la respuesta de la judicatura ante un pedido tan extravagante como el contenido en el recurso de agravio constitucional. Así, la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, conformada por los magistrados Zevallos Soto, Guerrero López y Terrazos Bravo, sólo dice que:

"(...) el recurrente interpone recurso de agravio constitucional instituido en el artículo dieciocho del Código Procesal Constitucional contra la Resolución de Vista de folios noventa y cinco a noventa y ocho de fecha quince de agosto del dos mil siete (...)

Por lo expuesto:

CONCEDIERON EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL (...). [Auto de concesión del recurso de agravio constitucional, obrante a fojas 109].

25. Un juez debe ser consciente de que su actividad está sujeta al escrutinio público y no puede actuar en contradicción con un mínimo nivel de diligencia. Como se observa en el caso concreto, los magistrados superiores concedieron un recurso tan mal planteado como el presente, lo cual denota que ni siquiera se dieron el trabajo de revisar su contenido. Ello atenta contra uno de sus deberes funcionales, como es el que está previsto en el artículo 184º, inciso 10) del Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, que es exigir a las partes precisen sus pretensiones, cuando de la demanda, de la contestación o de la reconvención, en su caso, se adviertan deficiencias o confusiones.

Por ello, los tres magistrados de la sala nombrada deben asumir la responsabilidad disciplinaria que le corresponde, en virtud del artículo 201º, inciso 1) del Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, debiéndose dar parte de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura, pues ella es la que dispondrá la sanción oportuna y conveniente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.
2. Llamar la atención al recurrente y amonestar a su abogado defensor, don Wilfredo Sosa Espinoza, abogado con CAJ N.º 1584, de acuerdo al artículo 292º del Decreto Supremo N.º 017-93-JUS.
3. Poner en conocimiento de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura la actuación de los magistrados Zevallos Soto, Guerrero López y Terrazos Bravo de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín por incumplir sus deberes funcionales, de acuerdo al artículo 201º, inciso 1) del Decreto Supremo N.º 017-93-JUS.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. N° 2480-2008-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Ramón Medina Villafuerte. Se reconoce al Estado como el primer garante del derecho a la salud mental de las personas].*

Fecha de Resolución: 11 de julio de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de febrero de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró que la responsabilidad de proteger y garantizar la salud mental de los enfermos psíquicos, así como la de garantizar en forma inmediata la protección de su vida y de su integridad personal, recaía principalmente en las entidades prestadoras del servicio de salud del Estado, haciéndose extensiva a los particulares que prestaban servicio de salud por cuenta propia o por encargo del Estado.

Además, consideró que también la responsabilidad de proteger y garantizar la salud de las personas con discapacidad mental recaía sobre la familia, por ser la más apropiada para brindar apoyo, protección y cariño. Sin embargo, la obligación de la familia no era absoluta y estaba sujeta a la capacidad económica, física y emocional.

Así lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia que declaró fundada la demanda y ordenó al Seguro Social de Salud (EsSalud) la hospitalización permanente de don Ramón Medina Villafuerte y que proceda la provisión constante de los medicamentos para el tratamiento de su enfermedad mental con el abono de los costos del proceso. Este paciente había sido dado de alta atendiendo a un informe médico psiquiátrico, el mismo que ha sido dejado sin efecto.

Al desarrollar el tema del derecho a la salud mental de las personas con discapacidad mental, así como la forma en que la familia y el Estado deben atender los requerimientos especiales que se derivan de la condición en que se encuentran las personas con discapacidad mental, se abordó, en principio, la doble naturaleza de la salud, como derecho fundamental y como servicio público.

En lo que respecta al derecho a la salud mental, se ha acotado que este derecho se encuentra reconocido en las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 10° del Protocolo de San Salvador.

En tal virtud, se precisa que el derecho a la salud mental es un derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y a la integridad psíquica. De otra parte, el Tribunal anota que el derecho a la salud comprende el derecho a acceder a tratamientos adecuados cuando las personas tengan problemas de salud mental y el derecho a que la atención médica sea integral.

Finalmente, teniendo presentes algunos vacíos de acción y regulación en lo que respecta a la salud mental, el Tribunal exhortó al Ministerio de Salud, EsSalud, Congreso de la República y Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a que amplíen la cobertura del Seguro Integral de Salud para la atención de las enfermedades y/o trastornos mentales o del comportamiento y al MEF a que solicite al Congreso la aprobación de un crédito suplementario para atender tal problemática.

Temas claves: *Amicus curiae* - contenido constitucional del derecho a la salud - derecho a la dignidad - derecho a la integridad personal - derecho a la salud - derecho a la salud mental - enfermedad síquica - responsabilidad familiar en tratamiento clínico - salud pública - tratados internacionales de derechos humanos.

EXP. N.° 02480-2008-PA/TC
LIMA
RAMÓN MEDINA
VILLAFUERTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de julio de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Matilde Villafuerte Vda. de Medina, en su condición de curadora de don Ramón Medina Villafuerte, contra la sentencia de la Segunda SalaCivil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 219, su fecha 16 de enero de 2008, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de enero de 2007, doña Matilde Villafuerte Vda. de Medina, en su condición de curadora, interpone demanda de amparo a favor de su hijo don Ramón Medina Villafuerte contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), solicitando que se deje sin efecto el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, de fecha 25 de octubre de 2006, emitido por el médico-psiquiatra Jorge De la Vega Rázuri, que recomienda la alta del favorecido del Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1–Huarica-Pasco; y que, en consecuencia, se ordene la atención médica del favorecido y su hospitalización permanente e indefinida, por considerar que el informe cuestionado vulnera su derecho a la salud.

Refiere que su hijo padece de esquizofrenia paranoide con disfunción familiar, y que por ello razón fue internado en el hospital referido desde hace 12 años. También señala que, el médico-psiquiatra, al haber emitido el informe de alta, no ha tenido en cuenta que su hijo es un enfermo psicótico con tendencia a asesinar, por lo que necesita estar internado de por vida para recibir un tratamiento psiquiátrico a cargo de un equipo médico multidisciplinario que, como es obvio, ella no lo puede brindar en su casa, debido a que tiene 69 años y vive en condiciones precarias junto con sus hijas y nietos, y porque se encuentra mal de salud ya que también presenta alucinaciones auditivas.

EsSalud contesta la demanda señalando que el Informe Médico Psiquiátrico de Alta del favorecido fue emitido después de haber sido éste objeto de un tratamiento médico que se prolongó 12 años, en el cual se ha logrado que su sintomatología psicótica esté significativamente aliviada. Agrega que el estado de salud del favorecido nunca va a ser normal, pero que ello no implica que tenga que permanecer internado toda su vida, y que debe continuar su tratamiento en su casa pues requiere la interrelación familiar para lograr un mejoramiento en su estado de salud mental.

De otro lado, señala que al favorecido no se le está negando el cuidado de por vida de su salud, ya que se le ha recomendando tratamiento médico de manera ambulatoria en el Hospital de Día, así como que participe en consultas a las que debe ser conducido de manera regular por sus familiares para revisar su estado de salud y evolución. Agrega que si continúa internado se estaría afectando su tratamiento, debido a que requiere estar en contacto diario con sus familiares para que se reinserte en la vida social.

El Quincuagésimo Quinto Juzgado Civil de Lima, con fecha 9 de julio de 2007, declara infundada la demanda, por considerar que el informe cuestionado no amenaza ni lesiona el derecho constitucional a la salud del favorecido ya que no se dispone que éste quede exento de atención médica, sino que recomienda evaluaciones ambulatorias, debido a su evolución clínica.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que el informe cuestionado, al recomendar el requerimiento del régimen de Hospital de Día, el mantenimiento de rehabilitación psicosocial, el soporte psicoeducativo a los familiares y el soporte social del caso por establecimiento de origen, no está vulnerado el derecho a la salud del favorecido.

FUNDAMENTOS

1.§ Delimitación del petitorio y de la materia controvertida

1. La presente demanda tiene por objeto que: a) se deje sin efecto el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, de fecha 25 de octubre de 2006, que recomienda la alta de don Ramón Medina Villafuerte del Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1–Huarica-Pasco; y b) se ordene al Seguro Social de Salud (EsSalud) que le otorgue a don Ramón Medina Villafuerte atención médica y hospitalaria permanente e indefinida, así como la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental.

2. La curadora alega que el informe médico cuestionado vulnera el derecho a la salud del favorecido, por cuanto la recomendación de alta no ha tenido presente que éste padece de esquizofrenia paranoide episódica con tendencia suicida, de modo que para su tratamiento necesita estar internado de manera indefinida y ser atendido por un equipo multidisciplinario, ya que su

estado mental es crónico, permanente e indefinido; además, porque como madre del favorecido no cuenta con los recursos económicos y las condiciones necesarias para su atención.

Asimismo, refiere que el informe médico cuestionado contiene contradicciones, puesto que por un lado, el médico psiquiatra que lo emite señala que después de 12 años de internamiento y tratamiento el favorecido ha obtenido una mejoría significativa en el área de psicopatología, mientras que, por otro, señala que después de su alta no pronostica una mejoría mayor. En igual sentido, se menciona que el favorecido desde hace más de un año consume el fármaco clozapina, sin embargo, también se menciona qué el suministro de este fármaco no lo ha mejorado psicopatológicamente.

3. Por su parte, EsSalud alega que el informe médico cuestionado ha sido emitido después de 12 años de tratamiento e internamiento del favorecido, por lo que la orden de alta no puede ser considerada como arbitraria e injusta, ya que el estado mental del favorecido no va a ser normal nunca más, lo cual no implica que tenga que permanecer internado para toda su vida, ya que se le va a brindar tratamiento médico ambulatorio.

Asimismo, refiere que la curadora, en su condición de madre del favorecido, al no querer aceptar la recomendación del informe médico de alta, lo está perjudicando en su tratamiento, ya que el mantenimiento de su mejoría depende de sostener el contexto terapéutico en su nuevo destino, así como el soporte psicoeducativo que los familiares deben darle.

4. Sobre la base de estos alegatos, este Tribunal estima que debe centrarse en analizar si la recomendación de alta del Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1–Huarica-Pasco contenida en el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, vulnera, o no, el derecho a la salud de don Ramón Medina Villafuerte, que es una persona con discapacidad mental, cuya madre expresa carecer de los medios económicos necesarios para prestarle la atención que su condición requiere, razón por la cual solicita su internación permanente.
Para resolver la controversia este Tribunal considera necesario abordar el contenido del derecho a la salud, específicamente el derecho a la salud mental, debido a que el favorecido ha sido diagnosticado como paciente que padece la enfermedad mental de esquizofrenia paranoide. Asimismo, ha de analizarse la forma como la familia y el Estado deben atender los requerimientos especiales que se derivan de la condición en que se encuentran las personas con discapacidad mental.

2.§ El derecho a la salud

5. El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 7.º de la Constitución, según el cual todas las personas tienen el "derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa". La protección del derecho a la salud en el artículo 13.º de la Constitución se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada.

6. En su dimensión de libertad, el derecho a la salud implica la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica y social, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo. Es decir, garantiza el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, para que tengan, cada día, una mejor calidad de vida y ello porque el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos.

7. En su dimensión prestacional, la salud es un derecho fundamental cuya satisfacción requiere de acciones prestacionales, que como lo prevé el artículo 11.º de la Constitución, pueden brindarse a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Por ello, debe reconocerse que la salud también es un servicio público de tipo asistencial, que requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo y eficaz.

8. En este contexto, la salud como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana. De este modo, la protección real y efectiva del derecho a la salud se garantiza mediante prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que también sean, simultáneamente universales e integrales.

9. En tal sentido, todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad. Ello es así porque la prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social y democrático de derecho y con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

2.1.§ El derecho a la salud mental

10. El derecho a la salud mental se encuentra reconocido en las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, según el artículo 12.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho al "disfrute

del más alto nivel posible de salud física y mental". Por su parte, el Protocolo de San Salvador prevé, en su artículo 10.º, que toda "persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

11. Teniendo presente el contenido de los artículos referidos, puede concluirse que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: a) el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud; b) el derecho a la salud tiene como único titular a la persona humana; c) el derecho a la salud mental tiene como contenido el derecho a disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que le permita a la persona humana vivir dignamente; y, d) la salud protegida no es únicamente la física, sino que comprende, también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana.

12. Por ello, en armonía con los tratados sobre derechos humanos antes referidos, en el artículo 7.º de la Constitución se estableció que la "persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia (...) mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad". Concordantemente, el inciso 1) del artículo 2.º de la Constituciónreconoce que toda persona tiene derecho a su integridad psíquica.

13. De acuerdo con los artículos constitucionales referidos, es evidente que la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación.

Por consiguiente, la obligación que asume el Estado como garante del derecho a la salud mental consiste en adoptar las medidas positivas adecuadas para reducir las desventajas estructurales y dar el trato preferente y apropiado a las personas con discapacidad mental, a fin de conseguir los objetivos de su plena participación y readaptación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas.

14. En este orden de ideas, este Tribunal considera que el derecho a la salud mental es un derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y a la integridad psíquica. Ello debido a que la preservación de la vida humana no se limita solamente a proteger la supervivencia biológica de la persona humana, sino que también se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud. Considerar al ser humano integralmente, como una unidad física y psíquica, es imperativo, en vista de cautelar su desenvolvimiento vital dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.

15. Pues bien, teniendo presente que el derecho a la salud mental tiene por finalidad la protección de los derechos a la salud, a la integridad personal y a una vida en condiciones dignas, correspondeseñalar de manera enunciativa las manifestaciones que integran su contenido y que pueden ser ejercidas y exigidas. Así pues, que el derecho a la salud mental comprende:

a. El derecho a acceder a tratamientos adecuados e idóneos, sean ellos de orden preventivo, curativo o paliativo, cuando las personas tengan problemas para disfrutar del más alto nivel posible de salud mental, tratamientos que deben formar parte del sistema de salud y seguridad social. La ausencia de un tratamiento con los estándares más altos de calidad puede poner en riesgo la vida de las personas e incluso ocasionarles un perjuicio irremediable.
b. El derecho a que la atención médica sea integral, es decir, que comprenda todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud mental del paciente.

16. Ahora bien, la salud mental, como todo derecho fundamental, conlleva la realización de obligaciones de abstención y/o de prestación por parte del Estado o de particulares que brindan prestaciones en salud mental. Por ello, corresponde señalar también de manera enunciativa, cuáles son estas obligaciones. Así se tiene que:

a. El Estado debe crear las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad mental, que incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud mental preventivos, curativos y de rehabilitación.
   En este punto, resulta importante destacar que el Ministerio de Salud no ha incluido los trastornos mentales dentro de la cobertura del Seguro Integral de Salud, según se desprende del anexo 2 del Decreto Supremo N.º 003-2002-SA. Por esta razón, este Tribunal considera que el Ministerio de Salud, en cumplimiento y tutela de los mandatos de optimización contenidos en los artículos 1.º y 7.º de la Constitución, tiene que ampliar e incluir dentro de la cobertura Seguro Integral de Salud a los trastornos mentales. Es más, debe tenerse presente que el artículo 1.3 de la Ley N.º 28588 declara prioritaria la implementación del componente de salud mental en el Seguro Integral de Salud.
b. El Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud mental, así como programas preventivos, curativos y de rehabilitación. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, así como condiciones sanitarias adecuadas.
   Para que el Estado cumpla dicha obligación, la mayoría de hospitales del Ministerio de Salud y del Seguro Social de Salud deben brindar atención psiquiátrica. De este modo se cubrirá la demanda a nivel nacional, pues la atención a la salud mental no

puede ser centralizada. Asimismo, para que dicha obligación se ejecute también es necesario que el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Salud en la distribución del gasto público en salud establezcan una partida presupuestal exclusiva para el fomento, prevención, curación y rehabilitación de los trastornos mentales.

c. El Estado debe suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento de los tratamientos iniciados y demás requerimientos que los médicos consideren necesarios para atender el estado de salud mental de una persona; es decir, tiene el deber de asegurar y proveer una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental.

d. El Estado debe abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la supresión del servicio de salud mental, la suspensión injustificada de los tratamientos una vez iniciados o el suministro de medicamentos, sea por razones presupuestales o administrativas.

   Ello en virtud del principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que se encuentra contemplado en el artículo 26.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que obliga al Estado a aumentar progresivamente la satisfacción del derecho a salud mental y proscribe su retroceso en los avances obtenidos. En mérito de ello, este Tribunal considera que resultaría inconstitucional que el Estado recorte o limite el ámbito de protección del derecho a la salud mental, o que aumente sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al servicio de salud mental, o que disminuya los recursos públicos destinados a la satisfacción de este derecho.

e. El Estado en los tratamientos preventivos, curativos y de rehabilitación, y en las políticas, programas y planes de salud mental, debe aplicar y seguir los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución N.º 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

   Sobre el particular, conviene destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que los principios "ofrecen una guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente"[1].

f. El Estado debe fomentar la salud mental a través de acciones enfocadas a modificar los principales obstáculos estructurales y de actitud para reducir la discriminación y promover los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental. El fomento a la salud comprende el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud mental, así como el fomento de la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos de salud mental.

g. El Estado debe diseñar políticas, planes y programas de salud mental dirigidos a mejorar la salud mental de las personas con discapacidad mental y reducir el impacto de las enfermedades mentales en la sociedad. En este punto, es oportuno destacar que esta obligación ha sido cumplida con la aprobación de los Lineamientos para la Acción en Salud Mental mediante la Resolución Ministerial N.º 075-2004-MINSA, el Plan General de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Mental y Cultura de Paz 2005-2010 mediante la Resolución Ministerial N.º 012-2006-MINSA y el Plan Nacional de Salud Mental mediante la Resolución Ministerial N.º 943-2006-MINSA.

h. El Estado tiene el deber de regular y fiscalizar a las instituciones que prestan servicio de salud mental, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas con discapacidad mental, que abarca a las entidades públicas y privadas que prestan servicios de salud mental.

   Sobre esto, resulta importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que "el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas"[2].

   Ello quiere decir que el Estado se convierte en garante tanto de la efectiva protección del derecho a la salud mental como de la eficiente prestación del servicio de salud mental, incluso cuando tanto la protección como la prestación del servicio han sido asumidas por particulares.

17. De lo anterior se desprende, que la responsabilidad de proteger y garantizar la salud mental de los enfermos psíquicos, así como la de garantizar en forma inmediata la protección de su vida y de su integridad personal, recae principalmente en las entidades prestadoras del servicio de salud del Estado, lo que no quiere decir que dicho deber estatal se reduzca solamente a las hipótesis en que el Estado mismo, a través de sus propias entidades prestadoras, provea servicios de salud, sino que también se extiende a las entidades particulares que brindan el servicio de salud mental por cuenta propia, o por encargo y cuenta del Estado.

2.2.§ La protección de la salud mental y la familia

18. Así las cosas, este Tribunal considera que también la responsabilidad de proteger y garantizar la salud mental de los enfermos psíquicos recae sobre la familia, por ser la más apropiada para brindar apoyo, protección y cariño. La familia cumple un papel fundamental en el tratamiento del paciente, pues su apoyo, protección y cariño puede permitir que el paciente se reincorpore a la sociedad y recupere su estado pleno de salud mental. En este contexto, la familia también asume una posición de garante, pues es las más indicada para activar los servicios de salud a favor de sus familiares afectados con trastornos mentales.

19. Sin embargo, la obligación de la familia de atender y participar del tratamiento, no es absoluta y está sujeta a la capacidad económica, física y emocional. El no evaluar esas condiciones implicaría dejar a la deriva el cuidado y la responsabilidad, que recae en el Estado, de proteger a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección. Por ello en ausencia de la familia y en virtud del principio de solidaridad, será el Estado y la sociedad los encargados de proteger el derecho a la salud mental de las personas con discapacidad mental.

20. Por estas razones, en cada caso concreto, el juez evaluará y determinará si el tratamiento prescrito puede practicarse con la participación de la familia, siempre y cuando ella cuente con las características anteriormente mencionadas. Y en caso que no, se deberá acudir al principio de solidaridad para que el Estado sea quien garantice la efectiva protección del derecho a la salud mental del afectado. Ello porque el principio de solidaridad es un deber social que exige, a todas las personas que integran una sociedad, que colaboren para beneficiar y apoyar a otros individuos que se encuentren en una condición de debilidad manifiesta.

3.§ Análisis del caso concreto

21. En virtud de las consideraciones expuestas, este Tribunal estima oportuno evaluar si el informe cuestionado vulnera, o no, el derecho a la salud mental de don Ramón Medina Villafuerte. Para tal efecto, debe tenerse presente que en el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, de fecha 25 de octubre de 2006, se ha recomendado que al favorecido se le debe dar de alta bajo responsabilidad de familiares y que requiere del régimen de Hospital de Día, del mantenimiento de terapias de rehabilitación psicosocial, de soporte psicoeducativo a familiares y de soporte social.

22. De otra parte, también resulta importante destacar que en el informe referido se reconoce que el favorecido estuvo internado desde el 5 de abril de 1994 hasta el 25 de octubre de 2006 en el Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1–Huarica-Pasco, por haber sido diagnosticado con la enfermedad mental de esquizofrenia paranoide episódica con defecto estable, y que su tratamiento psicofarmacológico actual es la clozapina.

23. Dentro de este contexto, cabe señalar que la enfermedad profesional que padece el favorecido es crónica y degenerativa, debido a la continuidad de cuidados que exige y porque altera periodos de afectación grave y otros de remisión, siendo estos por lo general poco previsibles, por lo que requiere una asistencia o un internamiento prolongado.
Por esta razón, este Tribunal estima que las recomendaciones contenidas en el informe cuestionado no resultan las más adecuadas para el tratamiento del favorecido, pues la enfermedad psiquiátrica que padece, aunque puede variar en cuanto a su severidad en corto tiempo, imperativamente requiere de un seguimiento permanente para un manejo tanto farmacológico como no farmacológico, que debe realizarse en una institución especializada, pues el no hacerlo puede implicar empeoramiento de la sintomatología con riesgo importante para la salud y la vida del favorecido.

24. Necesario es, también, evaluar la capacidad económica, física y emocional de la madre, para determinar si las recomendaciones de tratamiento a nivel de domicilio pueden practicarse. Al respecto, debe señalarse que del material probatorio obrante en autos se ha podido comprobar que la madre del favorecido tiene más de 70 años y que padece de osteoporosis, además de tener déficit visual en ambos ojos y estar disminuida en sus funciones intelectuales.
Por estas circunstancias, este Tribunal considera que las recomendaciones del informe cuestionado se han emitido sin tomar en cuenta las condiciones que rodean el entorno social y familiar del favorecido, poniendo en riesgo su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, pues el tratamiento a nivel del domicilio de su madre no va a mejorar en nada su calidad de vida.

25. Por otro lado, resulta oportuno destacar las ventajas y desventajas del fármaco (clozapina) que se le está suministrando al favorecido para su tratamiento. En este sentido, debe recordarse el informe del doctor Enrique Galli en calidad de amicus curiae que se solicitó en el Exp. N.º 3801-2007-PA/TC. En dicho informe se destacó que la clozapina es el mejor antipsicótico y antiesquizofrénico que existe y se advirtió que este fármaco disminuye las defensas al producir en la sangre una considerable baja de leucocitos, motivo por el cual los pacientes que la consumen están obligados a someterse a exámenes de hemograma mensuales de por vida, y se puso énfasis en que los esquizofrénicos muchas veces se niegan a ingerirla a consecuencia de que desconocen su enfermedad.

Teniendo presente estas condiciones, este Tribunal considera que la madre del favorecido, al tener más de 70 años de edad, no se encuentra plenamente en condiciones de atenderlo y ayudarlo a ingerir la medicina que necesita para su tratamiento, lo que puede originar que el favorecido la deje de tomar, y que a los pocos días se presente un síndrome de abstinencia, que es una reagudización de la psicosis severísima.

26. Por lo anteriormente expuesto, y aun cuando en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se garantice que todas las personas con discapacidad mental tienen el derecho a no permanecer internadas de manera definitiva, en el presente proceso, por las especiales circunstancias del caso, este Tribunal estima que la atención a nivel familiar sería un comportamiento heroico que no redundaría en una mejora de la salud mental del favorecido sino que la podría agravar, lo cual no puede ser permitido ni avalado por la justicia constitucional, ya que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son unos de los fines que tutela este Tribunal Constitucional. Consecuentemente, debe estimarse la demanda, y en virtud del principio de solidaridad, ordenarse que el Estado sea quien garantice la efectiva protección de los

derechos fundamentales del favorecido, razón por la cual resulta procedente ordenar su internamiento en el Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos del Hospital 1-Huarica-Pasco.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, dejar sin efecto el Informe Médico Psiquiátrico de Alta, de fecha 25 de octubre de 2006.
2. Ordenar que el Seguro Social de Salud (EsSalud) otorgue a don Ramón Medina Villafuerte atención médica y hospitalización permanente e indefinida, y proceda a la provisión constante de los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, así como a la realización de exámenes periódicos, con el abono de los costos del proceso.
3. Exhortar al Ministerio de Salud y al Seguro Social de Salud (EsSalud) que implementen un organismo público descentralizado, o un órgano de línea, o una unidad rectora, o un órgano de dirección, que conduzca, dirija y supervise exclusivamente la aplicación y cumplimiento de las políticas de salud mental.
4. Exhortar al Ministerio de Salud y al Seguro Social de Salud (EsSalud) para que en la mayoría de sus hospitales brinden atención psiquiátrica.
5. Exhortar al Ministerio de Economía y Finanzas a que solicite ante el Congreso de la República la aprobación de un crédito suplementario a fin de que el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (EsSalud) implemente las presentes exhortaciones.
6. Exhortar al Congreso de la República y/o al Ministerio de Salud que amplíen la cobertura del Seguro Integral de Salud para la atención de las enfermedades y/o trastornos mentales o del comportamiento, en cumplimiento del artículo 7.º de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

---

[1] Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 131.
[2] Ob. cit., párr. 141.

Exp. Nº 5287-2008-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Mario Lovón Ruiíz-Caro. Sobre represión de actos lesivos homogéneos].*

Fecha de Resolución: 4 de setiembre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de setiembre de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional amplió los criterios de interpretación de la institución denominada *represión de actos lesivos homogéneos*, contemplada en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional, en la perspectiva de evaluar su aplicación en el caso concreto. Para ello declaró fundado el recurso de queja por denegatoria del recurso de agravio constitucional formulado por un ciudadano, que a pesar de haber obtenido respuesta favorable en la segunda instancia del Poder Judicial, insistió en su pretensión.

Por este motivo al declarar improcedente la demanda procedió a desarrollar determinados criterios respecto del artículo 60º del citado Código, de conformidad con lo previsto en el artículo VI del mismo cuerpo legal, para posteriormente emitir pronunciamiento sobre el pedido concreto de represión de actos homogéneos solicitado por el demandante.

Asimismo, el Tribunal Constitucional reafirmó que la represión de los actos lesivos homogéneos era un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentaban características similares a aquellos que habían sido considerados contrarios a tales derechos en una sentencia previa.

En ese sentido, estableció que lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agotaba sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extendía hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se volviera a cometer una afectación similar del mismo derecho.

Cabe precisar que de manera progresiva el Tribunal ha venido emitiendo pronunciamientos en los que ha hecho referencia a esta institución, tanto en sentencias y autos de improcedencia como los recursos de queja. La represión de actos lesivos homogéneos encuentra sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales.

Temas claves: Cosa juzgada constitucional - doctrina jurisprudencial - estado de cosas inconstitucional - represión de actos lesivos homogéneos.

EXP. N.° 05287-2008-PA/TC
LIMA
MARIO LOVÓN RUIZ-CARO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de setiembre de 2009, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronunica la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Mario Lovón Ruiz-Caro contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundado su pedido de represión de actos lesivos homogéneos; y

ANTECEDENTES

1. Proceso de amparo

1.1 Demanda

El 2 de febrero de 2004 Mario Lovón Ruiz-Caro interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de que se declare inaplicable a su caso el párrafo final del artículo 13° de la Ley N° 28901 (Ley del Servicio Diplomático), por considerarlo discriminatorio. El texto de este artículo es el siguiente:

"Los miembros del Servicio Diplomático en situación de actividad al cumplir los 65 años de edad pasarán a formar parte del Cuadro Especial. Aquellos funcionarios que se encuentren prestando servicios en el exterior al cumplir dicha edad serán trasladados a la Cancillería como asesores y sólo podrán ser nombrados como jefes de Misión Diplomática en el exterior en casos excepcionales, en consideración a exigencias de interés nacional. Las características del Cuadro Especial serán especificadas en el Reglamento de la presente Ley".

De acuerdo con el demandante, esta norma establecía una discriminación en razón de la edad y, por lo tanto, constituía una amenaza a su derecho a la igualdad reconocido en la Constitución. En su caso concreto, la aplicación de esta norma iba a implicar que tuviese que dejar su cargo de Cónsul General del Perú en Hamburgo.

Con posterioridad a la presentación de la demanda, se expidió la Resolución Ministerial N.° 254/RE, del 13 de abril del 2004, mediante la cual se dispuso que Mario Lovón Ruiz-Caro pase a formar parte del Cuadro Especial en el Escalafón del Servicio Diplomático de la República.

1.2 Resolución de primer grado

Mediante sentencia del 28 de octubre de 2004, la jueza del Cuarto Juzgado Civil de Lima declaró infundada la demanda. En el fallo respectivo analizó la teoría de los derechos adquiridos y concluyó que "no se puede pretender desconocer la vigencia de las normas que rigen el Servicio Diplomático y solicitar a través del Órgano Jurisdiccional una permanencia que por Ley vigente a la fecha está proscrita, lo que no quiere decir de ninguna manera que se atente contra los derechos constitucionales ni contra normas afines en los que el Estado peruano es parte; pretender lo contrario, implicaría un desconocimiento arbitrario de la misma, lo que no se ajusta a un Estado de Derecho".

1.3 Resolución de segundo grado

Mediante sentencia del 13 de marzo de 2006, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia de primer grado y declaró fundada en parte la demanda, estableciendo lo siguiente respecto al derecho afectado:

"INAPLICABLE al actor el último párrafo del artículo 13° de la Ley N.° 28901, por ende con derecho a desempeñar funciones como miembro activo del Servicio diplomático en cualquier dependencia de la Cancillería o en el exterior en similares condiciones que sus pares sin restricción por razón de la edad".

1.4 Cumplimiento de sentencia

Mediante Resolución Ministerial del 4 de mayo de 2006, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio cumplimiento a la sentencia emitida en el proceso de amparo. En ese sentido declaró inaplicable al demandante el último párrafo del artículo 13° de la Ley N.° 28901 y dispuso dejar sin efecto la Resolución Ministerial N.° 254/RE, del 13 de abril del 2004, por medio de la cual el demandante pasó a formar parte del Cuadro Especial en el Escalafón del Servicio Diplomático del país.

2. Pedido de represión de actos lesivos homogéneos

2.1 Solicitud

Con fecha 18 de diciembre de 2006 don Mario Lovón Ruiz-Caro presentó un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional.

En su pedido señaló que el Ministerio de Relaciones Exteriores había expedido la Resolución Ministerial N.° 3912, de fecha 14 de diciembre de 2006, por medio de la cual puso término a su nombramiento -al interior de la Cancillería- como Director General de Derechos de los Peruanos en el Exterior y lo nombró Director de Tratados. Manifiesta que este cambio, de Director General a Director, resulta "discriminatorio y abusivo, sustancialmente homogéneo, que sobrevive al declarado lesivo en el proceso de amparo", por lo que solicita la aplicación del artículo 60° del Código Procesal Constitucional y, en consecuencia, se ordene que se le nombre en un cargo de acuerdo con su categoría.

2.2. Contestación del pedido de represión de actos lesivos homogéneos

El 12 de enero de 2007, la Procuraduría Pública del Ministerio de Relaciones Exteriores presenta su escrito de contestación del pedido de represión de actos lesivos homogéneos. Entre otros argumentos, señala que el proceso de amparo fue interpuesto contra una norma legal (parte final del artículo 13° de la Ley N.° 28901), la cual fue considerada discriminatoria por la Tercera Sala Civil de la Corte Superiorde Justicia de Lima; mientras que el pedido de represión de actos homogéneos se dirige contra un acto administrativo concreto del Ministerio de Relaciones Exteriores, que no guarda relación con el contenido del citado artículo 13° de la Ley N.° 28901, sino más bien con el artículo 63° del Reglamento de esta ley, que precisa la relación de cargos en que pueden desempeñar sus funciones los miembros del Servicio Diplomático.

2.3. Resolución de primer grado

Mediante resolución del 6 de julio de 2007, el Cuarto Juzgado Especializado Civil de Lima declaró infundado el pedido de represión de actos lesivos homogéneos por considerar que de conformidad con el Reglamento de la Ley N.° 28901, sí cabía nombrar al recurrente como Director de Tratados; y en todo caso, si lo que se buscaba era cuestionar el artículo 63° del mencionado Reglamento, correspondía dar inicio a un nuevo proceso judicial.

2.4. Resolución de segundo grado

Mediante resolución del 18 de enero de 2008, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de

Lima confirmó la resolución de primer grado sobre el pedido de represión de actos lesivos homogéneos. A su consideración, no resultaban estimables los argumentos del recurrente, "más aún si la sentencia de vista, materia de ejecución, no se ha pronunciado respecto del nombramiento del recurrente en un cargo de Director que supuestamente sería inferior al que venía desempeñándose y que no correspondería a su categoría de embajador; ni tampoco, si existe o no vulneración del artículo 9° de la Ley del Servicio Diplomático y su Reglamento por tal designación; es decir, el supuesto nuevo acto violatorio sustancialmente homogéneo no se sustenta en la inaplicación del artículo 13° de la Ley N.°28901, referido a la designación en el cargo por razón de la edad, sino por otros motivos distintos; por último, tampoco se determinó si el cargo de Director no puede ser asumido por quien ha ejercido el cargo de embajador".

2.5. Recurso de agravio constitucional

Con fecha 11 de febrero de 2008 el recurrente presentó recurso de agravio constitucional contra la resolución de segundo grado que desestimó su pedido de represión de actos lesivos homogéneos.
Mediante resolución del 20 de febrero de 2008, la Sala de Vacaciones Civil "A" declaró improcedente el recurso de agravio. Contra esta resolución, presentó recurso de queja ante el Tribunal Constitucional.

2.6. Recurso de queja

Con fecha 4 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de queja presentado por el recurrente, principalmente por considerar que el artículo 60° del Código Procesal Constitucional requiere de importantes precisiones que el Tribunal "considera necesario realizar de forma progresiva, conforme se presenten nuevos recursos de agravio constitucional relacionados con este tema, en la perspectiva de perfilar el marco procesal que sea más conveniente para que los objetivos de la institución del procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos se concreten adecuadamente".

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del contenido de la presente resolución del Tribunal Constitucional

1. El objetivo principal por el que se declaró fundado el recurso de queja presentado por don Mario Lovón Ruiz-Caro fue para delimitar los alcances de la institución de la represión de actos lesivos homogéneos contemplada en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional, en la perspectiva de evaluar su aplicación en el caso concreto.
Por este motivo, en la presente resolución el Tribunal Constitucional procederá a establecer una doctrina jurisprudencial sobre el artículo 60° del citado Código, de conformidad con lo previsto en el artículo VI del mismo cuerpo legal, para posteriormente proceder a emitir un pronunciamiento sobre el pedido concreto de represión de actos lesivos homogéneos solicitada por el recurrente.

2. Doctrina jurisprudencial sobre la represión de actos lesivos homogéneos

2.1 Definición y estado de la cuestión a nivel normativo y jurisprudencial

2. La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho.

3. A nivel normativo, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos ha sido recogida en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional. El texto de este artículo, ubicado en el capítulo correspondiente al proceso de amparo, señala:

"Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente".

4. De forma progresiva, el Tribunal Constitucional ha venido emitiendo diversas decisiones en las que se ha hecho referencia a esta institución, tanto a nivel de sentencias, (Ver al respecto la STC N.° 4909-2007-HC (caso Roberto Araujo Espinoza), publicada el 26 de mayo de 2008 en la página web del Tribunal Constitucional y la STC N.° 896-2008-PA (caso Vicente Walde Jáuregui), publicada el 1 de setiembre de 2008 en la página web del Tribunal Constitucional) autos de improcedencia (Ver al respecto la RTC N.° 5033-2006-PA/TC (caso Víctor Roca Vargas), publicada el 28 de noviembre de 2007 en la página web del Tribunal). y recursos de queja. (Ver al respecto: la RTC 149-2007-Q/TC, RTC 61-2008-Q/TC y RTC 172-207-Q/TC).

2.2 Fundamentos de la institución

5. La represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales. A continuación se explica brevemente cada uno de estos fundamentos.

2.2.1 Evitar el desarrollo de nuevos procesos constitucionales

6. Un primer fundamento de la represión de actos lesivos homogéneos, que ha sido mencionado de forma expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo constituye la necesidad de evitar que las personas afectadas en sus derechos por un acto homogéneo a aquél calificado como inconstitucional en un primer proceso, tengan que dar inicio a uno nuevo para cuestionarlo. En este sentido, el Tribunal ha señalado (STC 5033-2006-PA, fundamento 5):
"(...) mediante la represión de actos homogéneos se busca evitar que los justiciables se vean obligados a interponer una nueva demanda de amparo, en caso se configure un acto (u omisión) sustancialmente homogéneo al declarado lesivo de derechos fundamentales en un proceso de amparo".
Al no ser necesario el desarrollo de nuevos procesos constitucionales también se evita la existencia de decisiones contradictorias entre los órganos jurisdiccionales respecto a hechos que son homogéneos. Se busca, así, evitar que una persona que cuenta con una sentencia favorable, al acudir a otro proceso respecto a un acto lesivo homogéneo, se encuentre frente a una sentencia desfavorable.

2.2.2 Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas

7. Los procesos de tutela de derechos fundamentales, una vez que han finalizado con un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, adquieren la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el artículo 6º del Código Procesal Constitucional establece:
"En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo".

8. Como señala Devis Echandía, la institución de la cosa juzgada origina dos efectos: su inmutabilidad (efecto procesal) y su definitividad (efecto sustantivo). En tal sentido, afirma que (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: Universidad, 2002, 3ra. edición, pp. 454 y 455):
"El primero (la inmutabilidad) impone a los jueces (...) la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga la facultad de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ello.
El segundo otorga definitividad a la declaración de certeza contenida en la sentencia (...), haciéndola indiscutible en nuevos procesos, y por eso les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación que el efecto procesal".
Sobre este tema, el mismo autor precisa que es importante distinguir entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas. Con claridad señala (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pp. 426 y 456):
"Debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Ésta se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos, cualquiera que sea la sentencia; aquélla es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí ésta sin aquélla. Igualmente importa saber que toda sentencia ejecutoriada obliga a las partes y debe cumplirse voluntariamente o en forma coactiva, aun cuando no constituya cosa juzgada. Por consiguiente, es un error decir que la obligatoriedad de la sentencia sea un efecto de la cosa juzgada, pues lo es de toda sentencia ejecutoriada (...).
Toda sentencia ejecutoriada tenga o no efectos de cosa juzgada, es imperativa u obligatoria y si impone condena es además ejecutable (...). Luego no se trata de efectos de la cosa juzgada. Esta tiene influencia en aquellos, pero en cuanto los convierte en inmutables y definitivos, al excluir una revisión en proceso posterior y prohibir la nueva decisión del fondo, en caso de que alguna parte pretenda desconocerla".

9. Al referirse a los fundamentos de la institución de la represión de actos lesivos homogéneos, el Tribunal Constitucional ha señalado que uno de ellos consiste en asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional (El Tribunal ha señalado en la STC N.º 5033-2006-PA, fundamento 5: "(...) mediante la represión de actos homogéneos (...) se pretende asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional)"la cual ha sido definida de la siguiente manera (STC N.º 6-2006-CC (caso Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial), publicada el 22 de marzo del 2007 en la página web del Tribunal Constitucional, fundamento 70): "(...) lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, inciso 2 (Este artículo señala: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno)" es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales".

Tomando en consideración las diferencias entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas, es más apropiado señalar que la represión de los actos lesivos homogéneos se sustenta en la necesidad de garantizar los efectos de éstas últimas.

2.3 Relación con otras instituciones procesales

10. Existen instituciones procesales que se relacionan con la represión de actos lesivos homogéneos, tales como la sentencia estimatoria ante el cese o irreparabilidad del acto lesivo y la técnica del estado de cosas inconstitucional.

2.3.1 Sentencia estimatoria ante el cese o irreparabilidad del acto lesivo

11. Se entiende por cese del acto lesivo aquella situación por medio de la cual la acción u omisión que origina una amenaza o violación de un derecho fundamental deja de producirse por parte de quien la estaba llevando a cabo. De otro lado, se entiende por irreparabilidad aquella situación fáctica en la cual no se puede reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho fundamental.

Si luego de presentada la demanda cesa o deviene en irreparable el acto lesivo, los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, a fin de que tales actos no vuelvan a reiterarse en el futuro. Al respecto el Código Procesal Constitucional señala lo siguiente en el segundo párrafo del artículo 1º:

"Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda".

En consecuencia, la decisión de un juez de declarar fundada una demanda respecto a un acto lesivo que ha cesado o devenido en irreparable contiene un mandato para que el mismo acto no se repita en el futuro, siendo el objetivo de la sentencia prevenir la realización de un acto lesivo homogéneo. Si dicho acto ocurriese nuevamente, corresponde aplicar el procedimiento de represión previsto en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional. La primera sentencia servirá de parámetro para evaluar si el acto que se produce con posterioridad es homogéneo.

2.3.2 Estado de cosas inconstitucional

12. La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un estado de cosas inconstitucional consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional.

El Tribunal Constitucional en la STC N.º 2579-2003-HD (Publicada el 16 de abril del 2004 en la página web del Tribunal Constitucional), ha señalado que la técnica del estado de cosas inconstitucional busca extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Una vez declarado el estado de cosas inconstitucional, la sentencia respectiva efectúa un requerimiento específico o genérico a uno o varios órganos públicos a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar la acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales. En caso esto no ocurra se estará ante un supuesto de incumplimiento de la sentencia constitucional.

En el supuesto que la declaratoria del estado de cosas inconstitucional implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales, si han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, éstas se encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

2.4 Presupuestos para conocer un pedido de represión de actos lesivos homogéneos

13. Para presentar un pedido de represión de actos lesivos homogéneos deben concurrir dos presupuestos, y cuya ausencia implicará la declaratoria de improcedencia de lo solicitado. A continuación se explicará cada uno de ellos.

2.4.1 Existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales

14. Sólo si existe una sentencia previa, en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se declara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse –con posterioridad- la represión de actos lesivos homogéneos.

La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional.

15. A propósito de este tema, este Tribunal considera importante señalar algunos lineamientos relacionados con el contenido de las sentencias que se emiten en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

El Código Procesal Constitucional aborda este tema en diversos artículos. En primer lugar debe mencionarse el

artículo 17°, que es una norma general, aplicable a todos los procesos de este tipo (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento). Este artículo señala:

"La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:
1) La identificación del demandante;
2) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
3) La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;
4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;
5) La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto".

Asimismo, otros artículos del Código abordan el tema. Se detallan a continuación:

Proceso de Hábeas Corpus	Artículo 34.- Contenido de la sentencia fundada La resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas: 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o 2) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o 3) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o 4) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.
Proceso de Amparo	Artículo 55.- Contenido de la sentencia fundada La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado; 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación; 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.
Proceso de Cumplimiento	Artículo 72.- Contenido de la sentencia fundada La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a: 1) La determinación de la obligación incumplida; 2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir; 3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días; 4) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

Como se aprecia, la norma general prevista en el artículo 17° del Código Procesal Constitucional debe ser complementada con las normas específicas señaladas en el cuadro, a fin de determinar lo que corresponda ser establecido en una sentencia que declara fundada la demanda respectiva.

16. Una lectura en conjunto de estas normas permite concluir que toda sentencia estimativa emitida en un proceso de tutela de derechos fundamentales debe precisar, en su parte resolutiva, lo siguiente:

i. El derecho identificado como amenazado o vulnerado.
ii. El acto (acción u omisión) considerado como lesivo del derecho invocado.
iii. El acto concreto que corresponde ser llevado a cabo por la parte demandada a fin de proteger el derecho amenazado o vulnerado.
iv. La autoridad a la que corresponde llevar a cabo el mandato ordenado por el juez, sala o tribunal.
v. El plazo en que corresponde llevar a cabo el acto concreto a favor del derecho amenazado o vulnerado.
vi. Las medidas coercitivas a aplicar en caso de incumplimiento de lo ordenado en la sentencia.

Del contenido de las sentencias depende en gran medida su cabal ejecución y cumplimiento, por lo que

es importante que en todas las decisiones relacionadas con la tutela de derechos fundamentales se establezca en forma clara los aspectos antes mencionados. La precisión de todos ellos le permitirá al juez de ejecución resolver de modo rápido y en forma adecuada los pedidos de represión de actos lesivos homogéneos.

2.4.2 Cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena

17. Si el mandato de dar, hacer o no hacer establecido en una sentencia no se cumple, corresponde aplicar los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. Si una vez cumplido el fallo, se reitera el acto que fue considerado como lesivo de un derecho fundamental, recién corresponderá solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. Es por ello que, el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia previa de condena constituye un presupuesto para dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional.

18. Al respecto debe advertirse que en los casos en que luego de presentada la demanda cesó el acto lesivo o devino en irreparable el derecho fundamental, pero el juez emitió pronunciamiento sobre el fondo, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, el mandato judicial cuyo objetivo es advertir que determinadas conductas no pueden llevarse a cabo a futuro, implica que si éstas vuelven a concretarse se configure un supuesto de procedencia de la represión de actos lesivos homogéneos.

19. Algo similar ocurre si el Tribunal Constitucional declara que una determinada situación lesiva de derechos fundamentales constituye un estado de cosas inconstitucional, por cuanto los efectos de su decisión sobre un caso concreto benefician a cualquier otra persona que se encuentre en similar situación. De producirse la afectación de un derecho, a través de la reiteración de una acción u omisión que ha sido calificada como un estado de cosas inconstitucional, la persona agraviada no tendría que dar inicio a un nuevo proceso constitucional (que es justamente lo que busca evitarse con la mencionada declaración) sino acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

2.5 Criterios para identificar un acto lesivo homogéneo

20. Luego de verificar el cumplimiento de los presupuestos mencionados en la sección anterior, corresponde analizar cuándo se configura un acto lesivo homogéneo. Para tal efecto deberá evaluarse la existencia de determinados elementos subjetivos y objetivos, y su carácter manifiesto. Se trata de criterios generales que corresponde ser aplicados y verificados tomando en consideración las particularidades de cada caso que se presente.

2.5.1 Elementos subjetivos

21.Aquí existen dos elementos a tomar en consideración. En primer lugar, las características de la persona o personas afectadas por el acto homogéneo. En segundo lugar, las características de la fuente u origen de este acto.

a) Persona afectada

El primer aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con las características de la persona que presenta un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, pues debe ser la misma que en el proceso constitucional que dio origen a la sentencia fue considerada como la persona afectada en sus derechos fundamentales, lo que refuerza la necesidad de que en el fallo respectivo que declara fundada la demanda se establezca claramente la identificación de la persona a favor de la cual se condena a alguien a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer.

En los casos en que la demanda que dio origen al proceso fue presentada por una sola persona, no debería existir mayores problemas para evaluar este requisito. Las principales dudas podrían presentarse en el caso de los denominados derechos difusos y colectivos (entendidos como derechos supraindividuales), así como en el caso de las demandas sobre actos individuales homogéneos (entendidos como derechos pluriindividuales). Si bien a nivel de la doctrina existen diferentes formas de denominar a estos tres tipos de situaciones, es posible encontrar algunas definiciones operativas que permiten comprender sus alcances.

Sobre los derechos difusos y derechos colectivos (derechos supraindividuales) Ferrer Mac-Gregor señala (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y D.F: colectivos. México Porrúa, 2003, p.12):

"(ambos tipos de derechos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de una conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos.

Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables.

Parte de la doctrina y la legislación brasileña (...) los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias de hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos)".

El mismo autor menciona como un ejemplo de tutela de derechos difusos el caso de la contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica, y como un ejemplo dederechos colectivos los problemas de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o escuela.

La posibilidad de acudir a los procesos constitucionales para la protección de los derechos difusos y colectivos

ha quedado establecida en el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, referido a la legitimación activa en los procesos de amparo (El tercer párrafo del artículo 40° del Código señala: "Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos)", y en el artículo 67°, referido a la legitimación activa en los procesos de cumplimiento. (El segundo párrafo del artículo 67° del Código señala: "Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona)".

En estos supuestos, la presentación de la demanda puede ser llevada a cabo por una persona o un grupo de personas, afectadas en sus derechos difusos o como integrantes del grupo que se ve afectado en sus derechos colectivos. La sentencia respectiva surtirá efectos respecto de "todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica al que ejercitó la acción correspondiente". (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Ob. cit., p. 16). Los efectos de la decisión, por lo tanto, vas más allá de la persona o grupo que presentó la demanda).

Respecto a los actos individuales homogéneos (derechos pluri individuales) Ferrer Mac-Gregor señala (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Ob. cit., p. 15).

"los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo.

La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante".

En este supuesto (actos individuales homogéneos), cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Sin embargo, como ha sido explicado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un estado de cosas inconstitucional.

Tomando como premisas las definiciones propuestas por la doctrina sobre estos temas, se puede concluir que la represión de actos lesivos homogéneos puede ser invocada de la siguiente forma:

- Por cualquier persona en el caso de los derechos difusos.
- Por cualquier integrante del grupo en el caso de los derechos colectivos.
- Por cualquier persona que se encuentre en una situación igual a la considerada como un estado de cosas inconstitucional, en el caso de los derechos individuales homogéneos.

En consecuencia, a afectos de evaluar el primer criterio subjetivo para determinar cuándo se está frente a un acto lesivo homogéneo, se deberá considerar si éste afecta a la misma persona que presentó la demanda original que dio lugar al proceso constitucional y a la respectiva sentencia previa, siendo necesario estar atento a las particularidades que podrían presentarse en el caso de los derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos.

b) Origen o fuente del acto lesivo

El segundo aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con el origen o la fuente del acto respecto al cual se pide la represión por considerársele como homogéneo a uno anterior. En ese sentido el nuevo acto lesivo debe ser llevado a cabo por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue obligada a dar, hacer o dejar de hacer algo a través de la sentencia de condena establecida en un proceso constitucional.

Al respecto es importante señalar que si bien en el proceso que dio lugar a la sentencia previa, la demanda puede haber estado dirigida a un funcionario en particular, el acto lesivo homogéneo puede producirse por un funcionario diferente al demandado, pero que forma parte de la misma institución demandada. Por ese motivo, al momento de evaluar el origen o fuente del acto invocado como homogéneo, debe tomarse en cuenta si el mandato ordenado en la sentencia sólo podía ser cumplido por una determinada persona o si se trataba de un mandato que debía ser observado por toda una entidad en su conjunto.

Sobre el origen o fuente del acto lesivo homogéneo, Sagüés señala (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Buenos Aires: Astrea):

"Si se reitera exactamente el mismo acto lesivo, ejecutado por la misma demandada, la infracción encuentra remedio en una reiteración de lo ordenado en el mismo fallo. (...) (Un caso interesante es el) de la reiteración de la lesión, pero por otros agentes públicos. Si éstos se encuentran bajo la dependencia del condenado en el amparo, obvio es que la sentencia los comprende, y bastará con aplicarla respecto a ellos. En cambio, si se trata de sujetos ajenos a la repartición demandada, nos parece que no hay cosa juzgada para ellos (al no mediar identidad del sujeto), y por tanto, habría que articular un nuevo amparo para remediar el último acto lesivo".

En similar dirección, Rivas afirma (RIVAS, Adolfo Armando. El amparo. Buenos Aires: La Rocca, 2003, pp. 612-613):

"(Un) problema se podría suscitar si la nueva agresión al derecho se da bajo las mismas formas, pero por intermedio de otro agente público u otra repartición distinta (...). Si se tratase de una situación (...) en la que interviniesen dependientes diversos de una autoridad común involucrada en el amparo anterior, tampoco es dudoso sostener que corresponde la utilización del fallo de amparo, conminando a su cumplimiento, pues lo decidido obliga tanto a los primitivos agentes ofensores como a sus superiores, y esa obligación se transmite de éstos a los que de ellos dependan, cualquiera que sea su grado o ubicación dentro de la administración; si por el contrario, el nuevo acto proviene de órgano o agente no integrante de tal esquema (por ejemplo, el primer acto lesivo cometido por dependientes del Poder Ejecutivo; el segundo por otros dependientes de una repartición autárquica), aparece faltando la identidad subjetiva que junto con las de causa y objeto, conforman la cosa juzgada; sin embargo, y si la causa de la repetición del obrar dañoso es la misma, la subordinación definitiva a un superior común que se da en todos los órdenes y aspectos de la administración, permite extender el efecto y mandato de la sentencia dictada".

Nuevamente aquí se vuelve a apreciar la importancia de establecer claramente, en el fallo respectivo que declara fundada la demanda, la identificación de la persona o entidad a la cual corresponde llevar a cabo una determinada conducta, a fin de garantizar el derecho amenazado o vulnerado, pues de este modo se facilita la labor del juez de ejecución que conozca la solicitud de represión de actos lesivos homogéneos.

2.5.2 Elemento objetivo: homogeneidad del nuevo acto respecto a uno anterior

22. Luego de haber evaluado los elementos subjetivos, corresponde a la autoridad judicial analizar si el acto invocado como homogéneo presenta similares características respecto de aquél que dio lugar a la sentencia del proceso constitucional. A nivel normativo el Código Procesal Constitucional ha hecho referencia a este criterio en el artículo 60º, en tanto señala que el acto lesivo debe ser"sustancialmente homogéneo" al declarado lesivo.

Un aspecto importante a recalcar es que no corresponde únicamente analizar las características del acto sino también las razones que lo originaron, pues pueden ser diferentes a las invocadas en un primer momento. Sagüés señala al respecto (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob cit., pp. 462-463):

"(...) si la accionada repite su conducta pero con otros fundamentos (v.gr. clausura nuevamente un local, pero invocando distintas razones a las alegadas para disponer el primer cierre), cabe entender que se está frente a un comportamiento no captado por la sentencia firme de amparo, y que por ello, habrá que plantear uno diferente".

Nuevamente aquí se manifiesta la importancia de establecer en forma clara, en la sentencia respectiva, cuál es el acto lesivo que ha sido identificado como violatorio de un derecho fundamental.

2.5.3 Manifiesta homogeneidad

23.El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre las esenciales iguales características entre el acto anterior y el nuevo. Siendo que para la determinación de esta identidad en cada caso concreto, el juez constitucional deberá recurrir a un juicio de comparación entre los términos comprendidos.

En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior.

2.6 Aspectos de índole procesal

2.6.1 Procesos constitucionales en los que se aplica

24. La institución de la represión de actos lesivos homogéneos se encuentra prevista en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional, en el título correspondiente al proceso de amparo. Sin embargo, en aplicación del principio de autonomía procesal, este Tribunal considera que las reglas sustantivas y procesales fijadas en el presente pronunciamiento deben ser extendidas a otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por condecirse plenamente con su naturaleza y fines (artículo 1º del Código Procesal Constitucional).

En el caso del proceso de hábeas data, el uso de esta institución puede llevarse a cabo en función al artículo 65º del mismo Código, de acuerdo al cual las normas sobre el proceso de amparo pueden ser aplicadas al proceso de hábeas data.

En el caso del proceso de hábeas corpus, su aplicación es acorde con la misma finalidad que comparte con el proceso de amparo, cual es la defensa de derechos fundamentales a través de un proceso rápido y efectivo. Asimismo, existe una sentencia en la que el Tribunal ha admitido esta posibilidad (STC N.º 4909-2007-PA). (Publicada el 26 de mayo del 2008 en la página web del Tribunal Constitucional).

Una situación diferente se presenta en el caso del proceso de cumplimiento, en el que se busca hacer frente a una omisión de la Administración respecto a una norma legal o un acto administrativo. Dado que el acto reclamado en estos procesos consiste en una omisión, la sentencia estimatoria sólo se verá cumplida si se revierte la omisión identificada. En este sentido, mientras dure la omisión no se presenta un acto lesivo homogéneo sino que se incumple lo decidido en la sentencia, situación frente a la cual corresponde aplicar las medidas coercitivas destinadas al cumplimiento de lo decidido.

Un supuesto diferente se presenta en los casos en que el acto administrativo o la norma legal establecen un mandato que debe ser cumplido de forma periódica, por ejemplo, cada quince días o cada mes. En estos casos, si luego del fallo se cumple con el pago de lo ordenado por

un acto administrativo o una ley, pero con posterioridad se vuelve a presentar la omisión, se estaría frente a un incumplimiento que ha vuelto a reiterarse y que es contrario a lo decidido por el juez. Este supuesto puede presentarse tanto en los amparos frente a omisiones como en los procesos de cumplimiento.

Por lo tanto, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos puede ser aplicada en todos los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales y en el proceso de cumplimiento. En el caso de las omisiones, su procedencia dependerá del contenido del mandato ordenado en una norma legal o acto administrativo.

2.6.2 Juez competente

25. La ejecución de una sentencia corresponde al denominado juez de ejecución, que como regla general es el juez que conoció en primera instancia la demanda que dio inicio al proceso constitucional. Es éste el que deberá verificar que se cumpla con el mandato final establecido en la sentencia de condena.
Siendo que la identificación del acto lesivo no siempre es realizada por el juez de primer grado (que al mismo tiempo es juez de ejecución), sino también por el juez de segundo grado e inclusive, por el Tribunal Constitucional. Ergo, prima facie siempre estará en mejor condición de identificar un acto homogéneo aquél que advirtió originariamente la lesión de un derecho fundamental. Sin embargo, al ser el juez de ejecución el destinatario judicial de las medidas reparadoras contenidas en el fallo que deben adoptarse para proteger el derecho amenazado o vulnerado, tendrá la obligación constitucional de evaluar si el nuevo acto invocado como homogéneo reúne las características referidas supra. A esto debe sumarse su carácter unipersonal, que le permite hacer una verificación más rápida de las características del nuevo acto. Por estas razones, el criterio de asignar al juez de ejecución del proceso la competencia para conocer y pronunciarse sobre la represión de actos lesivos homogéneos es la más adecuada.

Ésta ha sido la opción asumida por el Código Procesal Constitucional, el cual establece, en su artículo 60°, que:

"Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución".

Esta disposición ha sido ratificada por el Pleno del Tribunal Constitucional, que además ha concordado el citado artículo 60° del Código con el artículo 22° del mismo cuerpo legal, referido a la actuación inmediata de la sentencia impugnada. En este sentido ha señalado (Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 5033-2006-PA/TC, publicada el 28 de noviembre del 2007 en la página web del Tribunal Constitucional. Este criterio fue reiterado por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la STC N.° 4909-2007-HC (caso Roberto Araujo Espinoza), fundamento 11):

"(...) respecto del juez competente, a partir de las normas relativas a la ejecución de sentencias, es posible afirmar que en el ámbito de los procesos constitucionales de tutela de derechos, el juez de ejecución es el juez que conoció el proceso en primera instancia. En efecto, el Código Procesal Constitucional regula la etapa de ejecución del proceso bajo el epígrafe de "Actuación de sentencia" (artículo 22°). En él se establece que la "sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa (...) por el juez de la demanda." En ese sentido, una interpretación sistemática del artículo 60° del Código Procesal Constitucional y del artículo 22° del mismo cuerpo normativo, conduce a la conclusión de que el "juez de ejecución" viene a ser el juez que admitió la demanda y la resolvió en primer grado".

En consecuencia, tanto el Código Procesal Constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconocen que son los jueces de ejecución de los procesos constitucionales los competentes para conocer los pedidos de represión de actos lesivos homogéneos.

2.6.3 Trámite

26. Dado que su objetivo es evaluar la homogeneidad entre el acto declarado inconstitucional en una sentencia y otro producido con posterioridad a ella, y no la resolución de una controversia compleja, el procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos debe ser breve y no estar sujeto a mayores etapas.
Sobre ello el Código Procesal Constitucional prevé lo siguiente:
"Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días".
De esta norma se desprende que, básicamente, lo que corresponde en este procedimiento es poner en conocimiento del juez el acto considerado lesivo como homogéneo, escuchar la posición de la otra parte y proceder a evaluar si existe homogeneidad.
Una omisión del Código consiste en no haber previsto un plazo para la emisión de la decisión respectiva, lo que no debe ser considerado un obstáculo para emitir dentro de un plazo razonable el pronunciamiento correspondiente. En consecuencia, este Tribunal recurriendo nuevamente al principio de autonomía procesal, para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, establece a manera de regla procesal que luego de vencido el plazo de tres días para el traslado del reclamo a la otra parte, el juez dispone prima facie de un plazo equivalente para expedir resolución, atendiendo a circunstancias tales como, la complejidad de la materia, la determinación de la legitimidad en los supuestos de derechos difusos y derechos colectivos, entre otras.

2.6.4 Contenido de la resolución

27. Siendo finalidad de la represión de actos lesivos homogéneos proteger los derechos fundamentales que han vuelto a ser afectados, corresponde al juez:

a) Determinar si el acto invocado es homogéneo a uno declarado con anterioridad como violatorio de un derecho fundamental, y

b) ordenar a la otra parte que deje de llevarlo a cabo.
Ambos aspectos deben quedar claramente establecidos en la decisión del juez. Sobre este tema, el Código Procesal Constitucional (artículo 60º) establece:
"La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente".
Los alcances de la primera sentencia, por lo tanto, se extienden al acto considerado como homogéneo. Esto incluye todas las medidas coercitivas previstas para hacer cumplir la sentencia original.

2.6.5 Efectos inmediatos de la decisión

28.La sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales debe ser actuada en forma inmediata, lo que es acorde con la protección judicial rápida y efectiva que debe existir en materia de amenaza o violación de estos derechos, sin perjuicio de que se interponga un recurso de apelación. Esta opción ha sido acogida por el artículo 22º del Código Procesal Constitucional.
En el caso de la represión de actos lesivos homogéneos, en tanto busca hacer frente a un acto contrario a los derechos fundamentales, corresponde aplicar similar criterio, por lo que la decisión que declara que existe un acto lesivo homogéneo debe tener efectos inmediatos, sin perjuicio de que sea apelada. Esta opción ha sido acogida por el artículo 60º del Código, al establecer que
"La decisión (sobre la represión de actos lesivos homogéneos) tiene efectos inmediatos sin perjuicio de que sea apelada".

2.6.6 Recursos de impugnación

29. A fin de garantizar la pluralidad de instancias y en atención al contenido de la decisión, que implica condenar a una persona a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer, debe contemplarse la posibilidad de impugnar la resolución que declara fundada la petición de represión de actos lesivos homogéneos. El Código Procesal Constitucional acoge esta opción en su artículo 60º y establece que "la resolución es apelable sin efecto suspensivo".

3. Aplicación de la doctrina jurisprudencial al pedido concreto de represión de actos lesivos homogéneos

30. Mediante sentencia del 13 de marzo de 2006, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada en parte la demanda presentada por el señor Mario Lovón Ruiz-Caro, sentencia que fue cumplida por la entidad demandada mediante una Resolución Ministerial s/n, del 4 de mayo de 2006.
En consecuencia, la demanda de amparo tuvo una respuesta favorable en el Poder Judicial y el caso no llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional.

31. Con posterioridad, la misma Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la decisión de primer grado de desestimar el pedido de represión de actos lesivos homogéneos presentada por el señor Mario Lovón. En este sentido, si el propio órgano que emitió el fallo que declaró fundada la demanda –en este caso una Corte Superior- ha considerado que el nuevo acto producido no es homogéneo a aquél que consideró contrario al ejercicio de un derecho fundamental, no corresponde que esa decisión sea revisada por un órgano superior diferente que no intervino en el desarrollo del proceso constitucional.

Siendo así, el Tribunal Constitucional carece de competencia para conocer el pedido de represión de actos lesivos homogéneos presentado por el recurrente, por cuanto su contenido se relaciona con una sentencia estimatoria emitida por el Poder Judicial, que no llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de agravio constitucional respecto a la solicitud de represión de actos lesivos homogéneos presentada por el señor Mario Lovón Ruiz-Caro.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. Nº 05287-2008-PA/TC
LIMA
MARIO LOVON RUIZ-CARO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

Viene el recurso de agravio constitucional a este tribunal contra la resolución de segundo grado que desestimó el pedido del recurrente respecto a la represión de actos lesivos homogéneos. Por ello es necesario conocer los antecedentes que han traído como consecuencia la interposición del RAC ante este colegiado.

Con fecha 2 de febrero de 2004 el recurrente presentó la demanda de amparo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores con el objeto de que se declare la inaplicabilidad a su caso del párrafo final del artículo 13º de la Ley 28901 (Ley del Servicio Diplomático), puesto que considera que es discriminatorio.

Manifiesta el recurrente que el mencionado dispositivo establecía una discriminación en razón de la edad por lo que constituía una amenaza a su derecho a la igualdad reconocido en la Constitución Política del Estado. Señala que en su caso concreto la aplicación de este dispositivo iba a implicar que tuviese que dejar el cargo que venía

ejerciendo como cónsul General del Perú en Hamburgo. Con posterioridad a la presentación de la demanda se expidió la Resolución Ministerial N° 254/RE, del 13 de abril de 2004, mediante la que se dispuso que Mario Lon Ruiz-Caro pase a formar parte del Cuadro Especial en el Escalafón del Servicio Diplomático del Perú.

En primera instancia la demanda se declaró infundada en atención a que no se puede pretender desconocer la vigencia de las normas que rigen el Servicio Diplomático y solicitar a través del Órgano Jurisdiccional una permanencia que por Ley vigente a la fecha está proscrita, lo que no significa que se esté vulnerando los derechos constitucionales del actor.

Apelada la resolución mencionada es elevada a la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocándola y declarando fundada en parte la demanda y en consecuencia inaplicable al actor el ultimo párrafo del artículo 13 de la Ley N° 28901 y por ende con derecho a desempeñar funciones como miembro activo del Servicio diplomático en cualquier dependencia de la Cancillería o en el exterior.

En ejecución de sentencia el Ministerio de Relaciones exteriores dio cumplimiento a la sentencia emitida en el proceso de amparo. En ese sentido declaró inaplicable al demandante el último párrafo del artículo 13° de la Ley 28901 y dispuso dejar sin efecto la Resolución N° 254/RE, del 13 de abril del 200, mediante la que se le pasó al Cuadro Especial en el Escalafón del Servicio Diplomático del País.

Con fecha 18 de diciembre de 2006 don Mario Lovon Ruiz-Caro presentó un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional.

Señaló que el Ministerio de Relaciones Exteriores había expedido la Resolución Ministerial N° 3912, de fecha 14 de diciembre de 2006, por medio de la cual puso termino a su nombramiento –al interior de la Cancillería- como Director de Tratados. Manifiesta que este cambio, de Director General a Director, resulta "discriminatorio y abusivo, sustancialmente homogéneo, que sobrevive a declarado lesivo en el proceso de amparo", por lo que solicita la aplicación del artículo 60° del Código Procesal Constitucional y en consecuencia se ordene se le nombre en el cargo de acuerdo a su categoría.

Tanto en primera como en segunda instancia se ha desestimado el pedido del recurrente –represión de actos homogéneos considerando que de conformidad con el Reglamento de la Ley 28901, sí cabía nombrar al recurrente como Director de Tratados y que en todo caso si lo que se buscaba era cuestionar el artículo 63° del mencionado Reglamento, correspondía dar inicio a un nuevo proceso judicial. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmado la apelada señaló que no resultaban estimables los argumentos del recurrente, "mas aun si la sentencia de vista, materia de ejecución, no se ha pronunciado respecto del nombramiento del recurrente en un cargo de Director que supuestamente sería inferior al que venía desempeñándose y que no correspondería a su categoría de embajador; ni tampoco, si existe o no vulneración del artículo 9° de la Ley del Servicio Diplomático y su Reglamento por tal designación; es decir, el supuesto nuevo acto violatorio sustancialmente homogéneo no se sustenta en la inaplicación del artículo 13° de la Ley 28901, referido a la designación en el cargo por razón de la edad, sino por otros motivos distintos; por último, tampoco se determinó si el cargo de Director no puede ser asumido por quien ha ejercido el cargo de embajador".

Contra dicha resolución el actor interpone el recurso de agravio constitucional, el que es declarado improcedente, por lo que interpone el recurso de queja por denegatoria del recurso de agravio constitucional.

Llegado el recurso de agravio a este tribunal es declarado fundado por considerar que el artículo 60° del Código Procesal Constitucional requiere de importantes precisiones que el Tribunal "considera necesario realizar de forma progresiva, conforme se presenten nuevos recursos de agravio constitucional relacionados con este tema, en la perspectiva de perfilar el marco procesal que sea mas conveniente para que los objetivos de la institución del procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos se concreten adecuadamente". Es en tal sentido que llega el recurso de agravio constitucional para que sea resuelto por este colegiado.

Entonces tenemos que la pretensión del demandante por medio de su recurso de agravio constitucional es la represión del acto homogéneo lesivo, es decir la inaplicación de la Resolución Ministerial N° 3912, de fecha 14 de diciembre de 2006, por medio del cual se puso termino a su nombramiento –al interior de la Cancillería- como Director General de Derecho de los Peruanos en el Exterior y lo nombró Director de Tratados.

Respecto a la figura de la represión de actos homogéneos señalado en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional debo señalar que en las STC Ns. 02607-08-PA/TC y 00896-08-PA/TC manifesté:

"Que a partir de esta disposición será preciso determinar cuándo se está ante un "acto sustancialmente homogéneo" al declarado lesivo en la sentencia. Para tal efecto, se deberá prestar atención a determinados presupuestos, tales como la identidad material del acto considerado lesivo en la sentencia y el derecho lesionado con el acto sobreviniente. En ese sentido, el acto sobreviniente, que puede ser una acción o una omisión, debe tener la misma consecuencia gravosa en la esfera subjetiva de la persona, es decir, ocasionar la misma situación jurídica del acto lesivo originario.

(...)

Debo señalar que la figura de la sentencia homogénea tiene como finalidad que el acto lesivo no se vuelva a producir, garantizando así la eficacia del proceso

constitucional. Para que este instituto procesal sea aplicado es necesario que el mandato del Tribunal Constitucional se haya cumplido y que posterior a ese cumplimiento se dé un nuevo acto, homogéneo al que fue reprimido. En conclusión el acto homogéneo sobreviene al cumplimiento de la resolución de este colegiado, debiendo el agraviado con dicho acto recurrir al juez ejecutor solicitando la represión de este nuevo acto, homogéneo al sancionado por el tribunal. Tenemos un claro ejemplo de este instituto procesal en el Código Procesal Civil-CPC, en el capitulo correspondiente al Desalojo, artículo 593° en el que se señala:

"Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.

Se entiende efectuado el lanzamiento, sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado.

Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento."

En el supuesto regulado en el CPC se evidencia que la resolución que ordena el lanzamiento se ejecuta, pero por un acto humano posterior se produce la homogeneidad en la vulneración del derecho que ya fue restituido por resolución final, por lo que corresponde sólo recurrir al juez de la ejecución para señalar que se ha vuelto a vulnerar sus derechos con un acto homogéneo al reprimido, debiendo en consecuencia el juez ejecutor utilizar los mecanismos respectivos para restituir el derecho sin la necesidad de que el agraviado vuelva a iniciar otro proceso demandando un nuevo acto homogéneo al que fue sancionado por resolución final."

4. En el presente caso si bien concuerdo con la sentencia en mayoría considero necesario señalar que este colegiado tiene que delimitar su accionar a lo que nos es propio, por lo que considero que este tribunal sólo tendrá capacidad para ejecutar resoluciones que fueron emitidas por el Poder Judicial cuando -según el estudio del caso concreto- la vulneración sea manifiesta, puesto que lo contrario significaría convertir a este tribunal en ejecutores de resoluciones emitidas por el Poder Judicial en procesos constitucionales, lo que sería desnaturalizar las funciones de este colegiado. Según lo vertido en la RTC N° 0201-2007-Q/TC, este colegiado deberá velar no sólo por la ejecución de sus resoluciones sino también por la ejecución de las resoluciones emitidas por el Poder Judicial, considero que esta intervención se deberá realizar en atención a situaciones excepcionales y en base al estudio realizado sobre el caso concreto.

5. Por tanto teniendo en cuenta que lo que se pretende es que se declare la represión de un acto homogéneo que fue sancionado en un proceso de amparo por resolución estimatoria emitida por la Sala competente, y no existiendo una vulneración manifiesta considero que este tribunal no se encuentra en capacidad de resolver el recurso de agravio traído a esta sede.

Por estos fundamentos mi voto es porque se declare IMPROCEDENTE el recurso de agravio constitucional propuesto.

S.

VERGARA GOTELLI

Exp. N° 5527-2008-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Nidia Yesenia Baca Barturén. Discriminación por razón de sexo (especial situación de embarazo) en la Policía].*

Fecha de Resolución: 11 de febrero de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de febrero de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta a favor de doña Nidia Yesenia Baca Barturén y ordenó su reincorporación en el plazo de tres días a la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo, de la que había sido separada por su condición de gestante, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas prescritas en el Código Procesal Constitucional.

Así lo dispuso en la sentencia declarando que las Escuelas de formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar a alguna alumna y/o cadete por causa de gravidez.

Además, ha ordenado que se remitan copias de lo actuado al Fiscal Penal de Lambayeque, a fin de que se investigue y determine si los hechos y comportamientos descritos en los fundamentos de la sentencia constituyen delitos, y que se notifique la sentencia al Ministerio del Interior y a la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, para la ejecución de lo ordenado y para que investigue si los hechos constituyen faltas.

En el presente caso, la recurrente se encontraba llevando el curso de oficial en la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo; alegó que desde que fue conocida su condición de gestante, sufrió tratos discriminatorios y otras afectaciones a sus derechos, incluyendo el haber sido internada injustificadamente en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo por las autoridades policiales.

En primer lugar, el Tribunal, en aplicación del artículo VIII del Código Procesal Constitucional decidió reconvertir el proceso de hábeas corpus inicialmente planteado en un recurso de amparo, con el fin de pronunciarse sobre el fondo de la controversia. En segundo lugar, analizó las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos de la Mujer, centrándose en la participación de la mujer en la Policía Nacional.

La discriminación se confirmó por las actuaciones de los demandados en la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo, quienes una vez que tomaron conocimiento de que la recurrente estaba embarazada, dificultaron el ejercicio normal de su formación académica. Para el Tribunal Constitucional estas acciones constituyen una violación del derecho a la igualdad de oportunidades, así como del derecho al desarrollo integral de toda persona.

Finalmente, el Tribunal concluyó que los actos llevados a cabo contra la recurrente son inconstitucionales puesto que el privar a una alumna del derecho a la educación y de su formación profesional como policía, por su mera condición de mujer embarazada, constituía un acto de discriminación no solo contra la mujer, sino contra el derecho del que está por nacer.

Temas claves: Derecho a la igualdad - discriminación laboral por razón de sexo - libertad personal - protección especial de la madre - régimen disciplinario militar policial.

EXP. N.º 05527-2008-PHC/TC
LAMBAYEQUE
NIDIA YESENIA
BACA BARTURÉN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de febrero de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nidia Yesenia Baca Barturén contra la sentencia de la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 63, su fecha 11 de septiembre de 2008, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de agosto de 2008, doña Anita de los Milagros Romero Amoretti interpone verbalmente demanda de hábeas corpus, a favor de doña Nidia Yesenia Baca Barturén, contra el Director de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, Coronel Miguel Eduardo Acuña Gallo, y contra el Director de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, Coronel Emiliano Torres, solicitando que se ordene la alta de la favorecida del Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, a fin de que continúe sus estudios como cadete en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, por considerar que el internamiento en dicho hospital vulnera sus derechos a la dignidad, a la libertad personal individual y a no ser discriminada por razón de sexo.

Alega que la favorecida desde el 4 de agosto de 2008 se encuentra internada en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo por orden del Coronel Acuña Gallo debido a que en días anteriores se le había diagnosticado su estado de embarazo, pero que su internamiento es injustificado puesto que se encuentra en buen estado de salud, manifestando los síntomas propios de un estado de gravidez. Agrega que desde que fue conocida la condición de gestante de la favorecida, ha sufrido tratos discriminatorios al interior de la Escuela Superior Técnica de Policía de Chiclayo, pues durante su internamiento se le ha notificado que se le ha instaurado proceso administrativo disciplinario por estar embarazada.

Realizada la investigación sumaria, se recibe la declaración indagatoria de la favorecida, quien se ratifica en el contenido de la demanda, agregando que en reiteradas oportunidades ha preguntado al doctor Olivares si le podía dar de alta porque se encontraba bien de salud, y que éste le ha manifestado que va a permanecer internada hasta que se emita la resolución que la separe de la Escuela SuperiorTécnica.

Por su parte, en su declaración informativa, el Coronel Miguel Eduardo Acuña Gallo manifiesta que, en efecto, tiene conocimiento que la favorecida se encuentra internada, pero que es falso que él haya ordenado su internamiento en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo debido a que la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo depende de la Dirección de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú.

El Cuarto Juzgado Especializado Penal de Chiclayo, con fecha 13 de agosto de 2008, declaró infundada la demanda, por haberse producido la sustracción de la materia, considerando que la favorecida, al haber sido dada de alta, ya no se encuentra internada en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que en autos no existen elementos de pruebas suficientes que demuestren las violaciones alegadas para poder amparar la demanda.

FUNDAMENTOS

1.§ Delimitación de la pretensión

1. Conforme ha quedado expuesto en los antecedentes, el objeto de la presente demanda es que se ordene el alta de la favorecida del Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo (en adelante, el Hospital) para que continúe sus estudios como cadete en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, debido a que la mantienen internada obligatoriamente y contra su voluntad en el Hospital.
2. Sobre la pretensión demandada, debe señalarse que aun cuando la favorecida haya sido dada de alta, este Tribunal, por las especiales circunstancias del caso, estima necesario hacer uso de la facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional y pronunciarse sobre el fondo de la controversia, a fin de determinar si se ha vulnerado, o no, el derecho a la libertad personal de la favorecida, dado que su internamiento en el Hospital se ha mantenido de manera obligatoria y no voluntaria.

2.§ La afectación del derecho a la libertad personal

3. La recurrente sostiene que el derecho a la libertad personal de la favorecida ha sido vulnerado porque desde el 3 de agosto de 2008 se mantiene internada, de manera obligatoria y no voluntaria, en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, a pesar de que se encuentra bien de salud. Por su parte, la favorecida manifiesta que en reiteradas oportunidades le ha solicitado al doctor Olivares que le disponga el alta porque quería continuar con sus estudios en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, pero que éste le ha manifestado que por órdenes superiores debía quedar internada en el Hospital, hasta que se resuelva darle de baja por haber salido embarazada.
4. Teniendo en cuenta ello, corresponde precisar que el derecho a la libertad personal comprende la posibilidad y el ejercicio de realizar todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no riñan con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios. Por ello, ninguna persona con pleno

discernimiento puede permanecer internada de manera obligatoria contra su voluntad, así no haya abonado los gastos médicos por la prestación del servicio de salud, debido a que ello vulnera el derecho a la libertad personal, a menos de que existan pruebas fehacientes que demuestren que el no internamiento afectaría de manera cierta e inminente sus derechos a la vida o a la salud.

5. En el presente caso, con el Acta de Constatación, el Oficio N.º 142-2008-DIREDUD-ETS-PNP-CH/SEC, la Papeleta de Egreso y el Certificado Médico Legal N.º 010400-V, obrante de fojas 13 a 18, 20, 31 y 35, respectivamente, se demuestra fehacientemente que: a) la favorecida, por presentar vómitos y dolor abdominal, fue internada en el Hospital el 1 de agosto y fue dada posteriormente de alta el 3 de agosto de 2008; b) el día 4 de agosto de 2008, a la favorecida se le practicó una ecografía obstétrica dando como resultado que se encontraba embarazada; y, c) la favorecida, por presentar nuevamente vómitos y dolor abdominal, además de náuseas e intolerancia oral, nuevamente fue internada el 5 de agosto en el Hospital y se le dio de alta el 13 de agosto de 2008, esto es, un día después de que se interpusiera la demanda.

6. Ahora bien, de la valoración conjunta de los medios probatorios referidos, este Tribunal puede concluir que el derecho a la libertad individual de la favorecida ha sido vulnerado, debido a que si bien fue hospitalizada el 5 de agosto porque presentaba vómitos, náuseas y dolor abdominal, a partir del 8 de agosto presentó una evolución favorable, tanto así que el 9 de agosto ya no presentaba síntoma alguno, pero a pesar de ello, a la favorecida no se le dio de alta sino hasta el 13 de agosto de 2008, como consecuencia de la diligencia de constatación realizada por la Juez Penal en el Hospital.
Así pues, resultaba razonable que la favorecida permaneciera internada desde el 5 hasta el 8 de agosto, pues presentaba vómitos, náuseas y dolor abdominal producto de su estado de embarazo, pero a partir del 9 de agosto ya no presentaba síntoma alguno que justificara que el internamiento en el Hospital se mantuviera, por lo que a partir de dicha fecha se pone en evidencia la arbitrariedad de su internamiento, pues ésta manifestó al doctor Olivares su ausencia de malestar y, por ende, que le disponga el alta, pero éste a pesar de ello la mantuvo internada.

7. Por ello, puede considerarse que desde el 9 hasta el 13 de agosto de 2008, las autoridades del Hospital, por acción u omisión, mantuvieron internada a la favorecida sin que existiera alguna razón objetiva que justifique dicho internamiento, es decir, que efectivamente durante dicho periodo la favorecida estuvo internada contra su voluntad, en vez de haber continuado con su formación académica y profesional en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo.
Para llegar a esta conclusión, este Tribunal tiene presente el contenido del certificado médico legal emitido por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, en donde se señala que de la historia clínica de la favorecida que se tiene en el Hospital se puede advertir que se ha consignado que desde el 9 de agosto ella "no ha presentado molestias", razón por la cual resulta razonable que a partir de dicha fecha le dieran de alta y no que la mantuvieran internada en el Hospital hasta el 13 de agosto de 2008.

8. En este sentido, también debe destacarse que para demostrar el internamiento obligatorio y no voluntario de la favorecida en el Hospital desde el 9 hasta el 13 de agosto de 2008, resulta relevante evaluar el comportamiento de los médicos tratantes desde el 5 hasta 13 de agosto de 2008, ya a partir de dicha fecha la favorecida habría sido internada con la intención de que no siguiera estudiando en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo.
Así, del Acta de Constatación realizada por la Juez Penal, obrante de fojas 13 a 18, se desprende que desde la fecha del segundo internamiento de la favorecida en el Hospital, el médico encargado de ella fue el doctor Olivares; sin embargo, cuando la Juez Penal se constituyó el 13 de agosto de 2008 al Hospital para verificar el mantenimiento del internamiento obligado de la favorecida, el doctor Olivares no se encontraba en el Hospital sino el doctor Luis Chacaliaza, que manifestó que el doctor Olivares, como Jefe de Piso, era el médico encargado de la salud de la favorecida, pero que "en estos días el no la [h]a evaluado", ante lo cual, la Juez Penal le preguntó si él la podía evaluar, respondiendo éste que sí, procediendo a su evaluación y ordenando en el acto su alta.

9. El comportamiento de los médicos referidos demuestra, pues, que la favorecida desde el 9 hasta el 13 de agosto de 2008, se encontraba internada en el Hospital contra su voluntad, debido a que no existía ninguna razón objetiva que justifique dicho internamiento, pues ya no presentaba molestias por su estado de embarazo, lo cual se acredita no sólo con el certificado médico legal referido sino también con la declaración del doctor Luis Chacaliaza, quien señala que el doctor Olivares "en estos días (...) no la [h]a evaluado".
Ello pone de manifiesto, en primer lugar, que al doctor Olivares no le importaba la salud de la favorecida, sino la hubiera evaluado todos los días; en segundo lugar, que la demandante, antes del 13 de agosto de 2008, no había sido evaluada en más de una oportunidad, pues el doctor Luis Chacaliaza en su manifestación señala que el doctor Olivares "en estos días" no ha evaluado a la favorecida; y, en tercer lugar, la negligencia y responsabilidad del doctor Olivares como médico tratante de la favorecida, pues mantuvo el internamiento obligatorio y no voluntario de la favorecida en el Hospital, ya que si no la evaluaba todos los días ¿cómo podía tener la convicción de que debía continuar internada o ser dada de alta?

10. Por estas razones, el Tribunal considera que el doctor Olivares vulneró el derecho a la libertad personal de la favorecida, ya que él la mantuvo internada sin que existiera razón alguna que justificara dicha decisión, y ello porque en autos, con la declaración del doctor Luis Chacaliaza, ha quedado demostrado que el doctor Olivares, faltando a sus deberes y obligaciones de médico,

no la evaluaba todos los días. Es más, puede afirmarse que la favorecida, al momento de su internamiento en el Hospital, presentaba un embarazo normal y carente de riesgos, ya que tan sólo tenía 7 semanas y más de 2 días, y porque en ninguno de los documentos o declaraciones se menciona, señala o aduce que la favorecida hubiese sido internada por amenaza de aborto o por cualquier otra situación riesgosa.

11. Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el comportamiento del doctor Luis Chacaliaza durante la constatación realizada por la Juez Penal no ha sido el más diligente para la correcta impartición de justicia, pues no ha identificado plenamente al doctor Olivares; tan solo menciona que se apellida "Olivares" mas no refiere su nombre completo, lo cual podría hacer suponer que lo trata de encubrir para que no se genere ningún tipo de responsabilidad hacia él. Pero esto no es lo único llamativo del comportamiento del doctor Luis Chacaliaza, que ha quedado registrado en el Acta de Constatación, sino que también debe tenerse presente que este médico –según declaración del Coronel Emiliano Torres Rodríguez– fue quien opinó y ordenó que por segunda vez se internara a la favorecida en el Hospital, por ser su médico tratante.
Ello pone en evidencia que el doctor Luis Chacaliaza también es responsable de que la favorecida haya continuado internada de manera obligatoria y no voluntaria en el Hospital, toda vez que él fue el médico tratante que ordenó su internamiento por segunda vez en el Hospital; por ende, debía ser el médico que tenía que evaluarla de manera constante ya que fue él quien ordenó su internamiento, es decir, tenía que hacerse responsable de las órdenes que impartió como médico tratante, pues conocía el estado de salud de la favorecida.

12. De otra parte, también debe tenerse presente que en la demanda se ha alegado que la favorecida ha sido objeto de tratos discriminatorios por razón de sexo, debido a que fue internada en el Hospital como consecuencia de que en la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo se supo que se encontraba embarazada. Asimismo, se sostiene que como consecuencia del estado de embarazo a la favorecida se le ha instaurado proceso administrativo disciplinario y no se le permite asistir a sus clases en la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo.

13. Teniendo presente ello, este Tribunal considera que el presente proceso de hábeas corpus debe ser convertido en un proceso de amparo, debido a que la discriminación contra la mujer es un problema social que aún pervive en nuestra sociedad, que vulnera no sólo el derecho a la igualdad real y efectiva entre los sexos, sino que también vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y constituye una amenaza contra los derechos a la salud y a la vida de las mujeres embarazadas.
A ello debe sumarse que la discriminación a las mujeres embarazadas también vulnera el derecho a la familia, que según el artículo 4.º de la Constitución debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Asimismo, en el presente caso se aduce la vulneración del derecho a la educación que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona, pues se señala que como consecuencia del embarazo de la favorecida se le impidió su ingreso a las aulas de la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo para que reciba sus clases.
En este orden de ideas, puede concluirse que por los hechos y derechos alegados el hábeas corpus como proceso no constituye el mecanismo procesal adecuado para dilucidar plenamente la presente controversia, ya que algunos de los derechos implicados son objeto de protección del proceso de amparo y no del hábeas corpus; resulta, entonces, válido; y necesario, convertir el presente proceso de hábeas corpus en un proceso de amparo, toda vez que se pretende tutelar el respeto de la dignidad de la favorecida, así como sus derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y a la educación. Además, las partes emplazadas en el proceso han expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada, lo que implica que su derecho de defensa está absolutamente garantizado.

3.§ La afectación de los derechos a la igualdad y a la educación: discriminación por razón de sexo en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional del Perú

14. Sobre la afectación de los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y a la educación, se alega que desde que se supo que la favorecida se encontraba embarazada ha venido siendo objetos de actos y comportamientos discriminatorios en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, pues al habérsele internado obligatoriamente contra su voluntad en el Hospital se le ha impedido que continúe con sus estudios. A ello debe agregarse el hecho de que a la favorecida, durante su internamiento en el Hospital, se le ha comunicado que viene siendo objeto de un proceso administrativo disciplinario con la finalidad de darle de baja por haber quedado embarazada.

15. En cuanto a lo que se expone sobre los actos discriminatorios por razón de sexo, este Tribunal debe señalar que lo manifestado por la recurrente en la demanda y por la favorecida en su declaración antela Juez Penal resulta cierto, pues en el diario "El Comercio" del 19 de octubre de 2008 se informó que el 9 de setiembre de 2008, la favorecida había sido separada en forma definitiva de la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo por estar embarazada[1]. En igual sentido, la noticia de separación de la favorecida de la Escuela Superior Técnica también ha sido informada por el diario "La Republica" del 3 de febrero de 2009[2].

16. Por tanto, siendo de conocimiento público que la favorecida ha sido separada definitivamente como alumna de la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo por razón de su estado de embarazo, este Tribunal considera oportuno determinar en primer lugar, si dicho comportamiento es, o no, reiterado en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú y, en segundo lugar, si la medida de separación dispuesta por la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo, constituye un acto discriminatorio que vulnera los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de la favorecida.

3.1.§ El embarazo como causal de separación de cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú

17. En nuestra sociedad es un hecho de conocimiento público y una práctica reiterada que las cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú que salen embarazadas sean separadas de manera definitiva de la institución a pesar de que Ley N.° 28338, de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, publicada en diario oficial El Peruano el 17 de agosto de 2004, no contempla al embarazo como causal para la separación de las cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú.

18. Así las cosas, cabe destacar que esta práctica reiterada de separación de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú ha sido objeto de diversas quejas ante la Defensoría del Pueblo y los medios de prensa. Así se tiene que la Defensoría del Pueblo ha destacado que:
"(...) ha recibido diversas quejas de discriminación por embarazo que se habrían cometido en las escuelas de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional del Perú (PNP). Así, el 2 de abril del 2007, se recibió la queja de la cadete F.J.C.A., quien fue expulsada de la Escuela de Oficiales de la PNP (Lima) por encontrarse en estado de gestación. Posteriormente, el 3 de abril del 2007, se recibió la queja de la cadete M.P.A.C. contra la Escuela Técnica Superior de la PNP (Piura), quien habría sido obligada a firmar su renuncia por estar embarazada"[3].
En lo que respecta a los medios de prensa, el diario "El Comercio" del 19 de octubre de 2008, en su artículo "Policía insiste en aplicar normas discriminatorias en sus escuelas" da cuenta que:
"En el 2005 y 2006 tres juzgados diferentes de Piura reincorporaron a la Escuela de Suboficiales de la Policía a Regina Arteaga Sosa, Hilda Inés Rodríguez Neira y Mariana del Pilar Abad Calderón [que fueron separadas por embarazo].
(...)
En abril pasado, la cadete Lincy Shanyn Rebaza Núñez fue alejada de la Escuela Técnica Superior de la Policía por esta causa (...)"[4].
Finalmente, cabe mencionar el caso de la cadete Flor de Jesús Cahuaya que también fue separada de la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional del Perú por encontrarse embarazada.

19. Resulta indudable entonces que en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú separar a las alumnas y cadetes por razón de su estado de embarazo constituye un comportamiento reiterado que no tiene sustento en la Ley N.° 28338. Determinado ello corresponde evaluar si dicho comportamiento constituye un acto discriminatorio que vulnera los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

3.2.§ La separación de alumnas y cadetes por razón de embarazo constituye una medida discriminatoria por razón sexo

20. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también engloba estos mismos tratamientos cuando se justifican en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.
Por tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de embarazo, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno de derecho por contravenir el inciso 2) del artículo 2.° de la Constitución.

21. En este contexto, resulta oportuno señalar que la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 1.° de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales.

22. Por ende, el embarazo de una alumna, cadete o estudiante no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Por ello, ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada, puede, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta, el embarazo de una alumna, estudiante o cadete. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o particular puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de embarazo.
En este sentido, cualquier norma que se ocupe de tipificar la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo debe ser inaplicada por los jueces en virtud de la facultad conferida por el artículo 138.° de la Constitución, por ser contraria a los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

4.§ Análisis del caso concreto y efectos de la sentencia

23. En el presente caso, está probado que la favorecida fue separada de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo por su estado de embarazo. Para este Tribunal dicha decisión constituye un acto discriminatorio que tiene por finalidad estigmatizar a las alumnas y cadetes de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú por su estado de embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción.
Asimismo, la separación de la favorecida constituye un acto discriminatorio que vulnera sus derechos

fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, debido a que es una medida que tiende a impedir el ejercicio de la maternidad y a restringir injustificadamente el medio idóneo para alcanzar su desarrollo integral.

24. Por esta razón, este Tribunal considera que todas las separaciones de las alumnas y/o cadetes señaladas en los fundamentos 17 y 18 también resultan inconstitucionales por vulnerar los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En estos casos, debe precisarse que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar una alumna o cadete por su estado de embarazo, debido a que dicho comportamiento resulta inconstitucional. Asimismo, cuando el estado de embarazo de las alumnas y cadetes pueda generar circunstancias especiales, resulta legítimo y necesario que la futura madre permanezca en reposo o asista a determinados tratamientos especiales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, entendiéndose ésta como de una amparo.
2. DISPONER que los médicos del Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo evalúen diariamente a los pacientes hospitalizados, para no mantenerlos internados de manera obligatoria.
3. Ordenar que la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo reincorpore a doña Nidia Yesenia Baca Barturén como alumna, en el plazo de tres (3) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.
4. Declarar que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo.
5. Remitir copias de lo actuado al Fiscal Penal de Lambayeque, a fin de que investigue y determine si los hechos y comportamientos descritos en los fundamentos de la presente sentencia constituyen delitos.
6. Notificar la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, al Ministerio del Interior y a la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, para realicen los actos de ejecución de lo ordenado en el fundamento 24 supra, e investigue si los hechos y comportamientos descritos en los fundamentos de la presente sentencia constituyen faltas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

---

[1] http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/Html/2008-10-19/policia-insiste-aplicar-normas-discriminatorias-sus-escuelas.html

[2] http://www.larepublica.com.pe/content/view/251246/

[3] Documento Defensorial N° 002. La discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes. Lima: 2007, p. 99.

[4] Ibídem.

Exp. N° 4878-2008-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por la Viuda de Mariátegui e hijos S.A. Sobre la doctrina de represión de actos lesivos homogéneos].*

Fecha de Resolución: 20 de marzo de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de marzo de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional precisó, entre otros puntos, la definición, fundamentos y criterios para identificar los llamados *actos lesivos homogéneos* contenidos en el Código Procesal Constitucional en su artículo 60°, novedosa institución en la represión de estos actos que se presentan en aquellos casos en los que el demandante, no obstante haber resultado vencedor en un primer proceso de amparo, se ve nuevamente afectado en sus derechos por actos similares a los que ya fueron objeto de pronunciamiento en sede jurisdiccional.

Así lo decidió el Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.° 04878-2008-PA/TC, en virtud de su función pedagógica, teniendo presente que la represión de los actos homogéneos constituye una institución nueva en nuestro sistema procesal constitucional y que debe ser considerado como un mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales frente a actos de características similares a los que ya fueron considerados en una sentencia como contrarios a tales derechos.

Esto quiere decir que lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende al futuro, a efectos de garantizar que no se vuelva a incurrir en una afectación similar.

La represión de actos lesivos homogéneos se sustenta en: a) la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas; y b) evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales.

De este modo, para presentar un pedido de represión de este tipo se requiere la existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, y que el nuevo acto lesivo afecte a la misma parte y sea cometido por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue condenada.

Como elemento objetivo de un acto lesivo homogéneo corresponde analizar la homogeneidad del nuevo acto respecto a uno anterior. Ello quiere decir que le corresponde a la autoridad judicial analizar si el acto invocado como homogéneo presenta características similares respecto de aquel que dio lugar a la sentencia del proceso constitucional. Finalmente, debe verificarse si la homogeneidad del nuevo acto lesivo resulta manifiesta.

Finalmente, el Tribunal precisó que si bien la institución de la represión de actos lesivos homogéneos se encuentra prevista en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional, en el título correspondiente al Proceso de Amparo, ello no significa que no pueda ser empleada en otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, como son el hábeas corpus, el hábeas data y el cumplimiento.

Temas claves: Criterios de identificación de actos homogéneos - doctrina jurisprudencial - estado de cosas inconstitucional - procesos constitucionales de aplicación de actos homogéneos - represión de actos homogéneos - sujetos legitimados en actos homogéneos.

EXP. N.° 04878-2008-PA/TC
LIMA
VIUDA DE MARIÁTEGUI E HIJOS S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de marzo de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronunica la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A., contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 993, su fecha 6 de junio de 2007, que declaró infundado su pedido de represión de actos lesivos homogéneos; y

ANTECEDENTES

1. Proceso de amparo recaído en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC y otros

1.1 Demanda

La recurrente interpuso demandas de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el Tribunal Fiscal (TF), solicitando lo siguiente:

- Exp. N.° 1255-2003-AA: Que se declare inaplicable la Ley N.° 26777 y su Reglamento, el Decreto Supremo N.° 068-97-EF. Adicionalmente, pide que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 492-1-2000, que confirmó la Resolución de Intendencia N.° 015-4-07341, y que, en consecuencia, se deje sin efecto la orden de pago N.° 011-01-44034, por concepto del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN), correspondiente al mes de julio de 1997, más los intereses correspondientes.
- Exp. N.° 2274-2003-AA: Que se declare inaplicable la Ley N.° 26777, prorrogada por la Ley N.° 26907, la Ley N.° 26811 y los Decretos Supremos N.os 067-97-EF y 068-97-EF. Adicionalmente, pide lo siguiente:
  a) Que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 0084-5-2001, que confirmó la Resolución de Intendencia N.° 015-4-08366; y que, en consecuencia, se deje sin efecto la Orden de Pago N.° 011-1-54995, por concepto del IEAN del mes de marzo de 1998, más los intereses.
  b) Que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 0112-1-2001, que confirmó la Resolución de Intendencia N.° 015-4-08628; y que, en consecuencia, se dejen sin efecto las Órdenes de pago N.os 011-1-59596 y 011-1-59649, por concepto de IEAN de los meses de abril y mayo de 1998, respectivamente, más los intereses.
  c) Que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 0113-1-2001, que confirmó las Resoluciones de Intendencia N.os 015-4-08752 y 015-4-08760; y que, en consecuencia, se dejen sin efecto las Órdenes de Pago N.os 011-1-61151 y 011-1-61727, por concepto del IEAN de los meses de junio y julio de 1998, respectivamente, más los intereses.
  d) Que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 0114-1-2001, que confirmó la Resolución de Intendencia N.° 015-4-08853; y que, en consecuencia, se dejen sin efecto la Orden de Pago N.° 011-1-63324, por concepto de IEAN del mes de agosto de 1998, más los intereses.
  e) Que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 0086-1-2001, que confirmó la Resolución de intendencia N.° 015-4-09023; y que, en consecuencia, se deje sin efecto la Orden de Pago N.° 011-1-65246, por concepto del IEAN correspondiente al mes de setiembre de 1998, más los intereses.
- Exp. N.° 3263-2003-AA: Que se declare inaplicable la Ley N.° 26777, prorrogada por la Ley N.° 26999 y su Reglamento, el Decreto Supremo N.° 036-98-EF. Adicionalmente, pide que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 0579-5-2001, que confirmó la Resolución de Intendencia N.° 015-4-11036; y que, en consecuencia, se deje sin efecto legal la Orden de Pago N.° 011-01-18574, por concepto del IEAN del mes de octubre de 1999, más los intereses.
- Exp N.° 485-2003-AA: Que se declare inaplicable la Ley N.° 26777, prorrogada por la Ley N.° 26907, la Ley N.° 26811 y los Decretos Supremos N.° 067-97-EF y N.° 068-97-EF. Adicionalmente, se pide lo siguiente:
  a) Que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 0573-5-2001, que confirmó la Resolución de Intendencia N.° 015-4-09256; y que, en consecuencia, se deje sin efecto la Orden de Pago N.° 011-1-67374, por concepto del IEAN del mes de octubre de 1998, más los intereses; y,
  b) Que se deje sin efecto la Resolución del Tribunal N.° 0574-5-2001, que confirmó la Resolución de Intendencia N.° 015-4-09467; y que, en consecuencia, se deje sin efecto la Orden de Pago N.° 011-1-69486, por concepto del IEAN del mes de noviembre de 1998, más los intereses.

1.2 Sentencia del Tribunal Constitucional

Mediante sentencia del 21 de marzo de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, declaró infundada la demanda, ordenando que la SUNAT, en ejecución de la cobranza, se abstenga de considerar el monto de los intereses moratorios desde la interposición de los recursos administrativos, y que oriente al contribuyente a fin de que pueda acceder a las facilidades de pago establecidas en el Código Tributario y las leyes de la materia.

2. Cumplimiento de sentencia y pedido de represión de actos lesivos homogéneos

Con fecha 2 de diciembre de 2005, la SUNAT presenta un escrito señalando que ha cumplido con lo ejecutoriado, debido a que ha procedido "a extinguir los intereses moratorios desde la interposición de los recursos administrativos".

2.1. Primer pedido de represión de actos lesivos homogéneos

Con fecha 31 de mayo de 2006, las empresas Gloria S.A. y Centro Papelero S.A.C., solicitaron que en aplicación del artículo 60.º del Código Procesal Constitucional el Juzgado de ejecución declare la represión de actos homogéneos y se ordene a la empresa Sedapal que se abstenga de cobrarles los intereses moratorios aplicados a la deuda tributaria por pago extemporáneo.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 21 de agosto de 2006, declara improcedente el pedido de represión de actos homogéneos solicitado por las empresas Gloria S.A. y Centro Papelero S.A.C.

2.2. Solicitud de precisión de la sentencia del Tribunal Constitucional

Con fecha 7 de setiembre de 2006, la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A. solicita que en vía de ejecución se precise que "lo resuelto por el Tribunal Constitucional incluye también las ampliaciones de la demanda", estos es, que "los efectos de la sentencia materia de ejecución también involucran a las Ordenes de Pagos señaladas en nuestros escritos de ampliación de demanda". Ello debido a que "en la parte expositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional, dichas ampliaciones no fueron citadas, razón por la que la SUNAT no acepta aplicar lo resuelto en la parte final del fallo a dichas Ordenes de Pago, no obstante haber sido incorporadas como parte de la demanda".

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 12 de octubre de 2006, declara improcedente y no ha lugar el pedido de precisión presentado por la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A.

Con fecha 16 de noviembre de 2006, la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A. apela la resolución antes referida; y con fecha 6 de junio de 2007, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la apelada.

Con fecha 23 de agosto de 2007, la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A. presentó recurso de agravio constitucional contra la resolución de segundo grado que desestimó su pedido de precisión.

Mediante resolución de fecha 20 de febrero de 2008, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente el recurso de agravio. Contra esta resolución, presentó recurso de queja ante el Tribunal Constitucional.

Con fecha 30 de octubre de 2007, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de queja presentado por la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A., a fin de verificar el cumplimiento de sus sentencia.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación de la petición y de las materias a resolver

1. La empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A. pretende que en cumplimiento de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC y otros, se precise que lo declarado en el punto resolutivo 2, también es aplicable a las ordenes de pago que se señalaron en los escritos de ampliación de la demanda y que no figuran en los antecedentes de la demanda.

2. Antes de ingresar a evaluar la ejecución en sus propios términos de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC, por las particulares circunstancias del presente caso que han sido detalladas en los antecedentes, este Tribunal estima oportuno establecer la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 60º del Código Procesal Constitucional, para posteriormente proceder a emitir un pronunciamiento sobre el pedido de precisión.

2. Doctrina jurisprudencial sobre la represión de actos lesivos homogéneos

2.1 Definición y estado de la cuestión a nivel normativo y jurisprudencial

3. La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho.

4. A nivel normativo, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos ha sido recogida en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional. El texto de este artículo, ubicado en el capítulo correspondiente al proceso de amparo, señala:
"Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos
Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente".

5. De forma progresiva, el Tribunal Constitucional ha venido emitiendo diversas decisiones en las que se ha hecho referencia a esta institución, tanto a nivel de sentencias[1], autos de improcedencia[2] y recursos de queja[3].

2.2 Fundamentos de la institución

6. La represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales. A continuación se explica brevemente cada uno de estos fundamentos.

2.2.1 Evitar el desarrollo de nuevos procesos constitucionales

7. Un primer fundamento de la represión de actos lesivos homogéneos, que ha sido mencionado de forma expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo constituye la necesidad de evitar que las personas afectadas en sus derechos por un acto homogéneo a aquél calificado como inconstitucional en un primer proceso, tengan que dar inicio a uno nuevo para cuestionarlo. En este sentido, el Tribunal ha señalado (STC 5033-2006-PA, fundamento 5):
"(...) mediante la represión de actos homogéneos se busca evitar que los justiciables se vean obligados a interponer una nueva demanda de amparo, en caso se configure un acto (u omisión) sustancialmente homogéneo al declarado lesivo de derechos fundamentales en un proceso de amparo".
Al no ser necesario el desarrollo de nuevos procesos constitucionales también se evita la existencia de decisiones contradictorias entre los órganos jurisdiccionales respecto a hechos que son homogéneos. Se busca, así, evitar que una persona que cuenta con una sentencia favorable, al acudir a otro proceso respecto a un acto lesivo homogéneo, se encuentre frente a una sentencia desfavorable.

2.2.2 Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas

8. Los procesos de tutela de derechos fundamentales, una vez que han finalizado con un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, adquieren la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el artículo 6º del Código Procesal Constitucional establece:
"En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo".

9. Como señala Devis Echandía, la institución de la cosa juzgada origina dos efectos: su inmutabilidad (efecto procesal) y su definitividad (efecto sustantivo). En efecto, afirma que[4]:
"El primero (la inmutabilidad) impone a los jueces (...) la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga la facultad de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ello.
El segundo otorga definitividad a la declaración de certeza contenida en la sentencia (...), haciéndola indiscutible en nuevos procesos, y por eso les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación que el efecto procesal".

Sobre este tema, el mismo autor precisa que es importante distinguir entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas. Con claridad señala[5]:
"Debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Ésta se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos, cualquiera que sea la sentencia; aquélla es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí ésta sin aquélla. Igualmente importa saber que toda sentencia ejecutoriada obliga a las partes y debe cumplirse voluntariamente o en forma coactiva, aun cuando no constituya cosa juzgada. Por consiguiente, es un error decir que la obligatoriedad de la sentencia sea un efecto de la cosa juzgada, pues lo es de toda sentencia ejecutoriada (...).
Toda sentencia ejecutoriada tenga o no efectos de cosa juzgada, es imperativa u obligatoria y si impone condena es además ejecutable (...). Luego no se trata de efectos de la cosa juzgada. Esta tiene influencia en aquellos, pero en cuanto los convierte en inmutables y definitivos, al excluir una revisión en proceso posterior y prohibir la nueva decisión del fondo, en caso de que alguna parte pretenda desconocerla".

10. Al referirse a los fundamentos de la institución de la represión de actos lesivos homogéneos, el Tribunal Constitucional ha señalado que uno de ellos consiste en asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional[6], la cual ha sido definida de la siguiente manera[7]:
"(...) lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, inciso 2[8], es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales".
Tomando en consideración las diferencias entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas, es más apropiado señalar que la represión de los actos lesivos homogéneos se sustenta en la necesidad de garantizar los efectos de éstas últimas.

2.3 Relación con otras instituciones procesales

11. Existen instituciones procesales que se relacionan con la represión de actos lesivos homogéneos, tales como la sentencia estimatoria ante el cese o irreparabilidad del acto lesivo y la técnica del estado de cosas inconstitucional.

2.3.1 Sentencia estimatoria ante el cese o irreparabilidad del acto lesivo

12. Se entiende por cese del acto lesivo aquella situación por medio de la cual la acción u omisión que origina una amenaza o violación de un derecho fundamental deja de producirse por parte de quien la estaba llevando a cabo. De otro lado, se entiende por irreparabilidad aquella situación fáctica en la cual no se puede reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho fundamental.

13. Si luego de presentada la demanda cesa o deviene en irreparable el acto lesivo, los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, a fin de que tales actos no vuelvan a reiterarse en el futuro. Al respecto el Código Procesal Constitucional señala lo siguiente en el segundo párrafo del artículo 1°:
"Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda".

14. En consecuencia, la decisión de un juez de declarar fundada una demanda respecto a un acto lesivo que ha cesado o devenido en irreparable contiene un mandato para que el mismo acto no se repita en el futuro, siendo el objetivo de la sentencia prevenir la realización de un acto lesivo homogéneo. Si dicho acto ocurriese nuevamente, corresponde aplicar el procedimiento de represión previsto en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional. La primera sentencia servirá de parámetro para evaluar si el acto que se produce con posterioridad es homogéneo.

2.3.2 Estado de cosas inconstitucional

15. La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un estado de cosas inconstitucional consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional. El Tribunal Constitucional en la STC N° 2579-2003-HD[9], ha señalado que la técnica del estado de cosas inconstitucional busca extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

16. Una vez declarado el estado de cosas inconstitucional, la sentencia respectiva efectúa un requerimiento específico o genérico a uno o varios órganos públicos a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar la acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales. En caso esto no ocurra se estará ante un supuesto de incumplimiento de la sentencia constitucional.

17. En el supuesto que la declaratoria del estado de cosas inconstitucional implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales, si han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, éstas se encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

2.4 Presupuestos para conocer un pedido de represión de actos lesivos homogéneos

18. Para presentar un pedido de represión de actos lesivos homogéneos deben concurrir dos presupuestos, y cuya ausencia implicará la declaratoria de improcedencia de lo solicitado. A continuación se explicará cada uno de ellos.

2.4.1 Existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales

19. Sólo si existe una sentencia previa, en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se declara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse –con posterioridad- la represión de actos lesivos homogéneos. La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional.

20. A propósito de este tema, este Tribunal considera importante señalar algunos lineamientos relacionados con el contenido de las sentencias que se emiten en los procesos de tutela de derechos fundamentales. El Código Procesal Constitucional aborda este tema en diversos artículos. En primer lugar debe mencionarse el artículo 17°, que es una norma general, aplicable a todos los procesos de este tipo (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento). Este artículo señala:
"La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:
1) La identificación del demandante;
2) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
3) La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;
4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;
5) La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto".

21. Como se aprecia, la norma general prevista en el artículo 17° del Código Procesal Constitucional debe ser complementada con las normas específicas señaladas en el cuadro, a fin de determinar lo que corresponda

ser establecido en una sentencia que declara fundada la demanda respectiva. Una lectura en conjunto de estas normas permite concluir que toda sentencia estimativa emitida en un proceso de tutela de derechos fundamentales debe precisar, en su parte resolutiva, lo siguiente:

i. El derecho identificado como amenazado o vulnerado.
ii. El acto (acción u omisión) considerado como lesivo del derecho invocado.
iii. El acto concreto que corresponde ser llevado a cabo por la parte demandada a fin de proteger el derecho amenazado o vulnerado.
iv. La autoridad a la que corresponde llevar a cabo el mandato ordenado por el juez, sala o tribunal.
v. El plazo en que corresponde llevar a cabo el acto concreto a favor del derecho amenazado o vulnerado.
vi. Las medidas coercitivas a aplicar en caso de incumplimiento de lo ordenado en la sentencia.

22. Del contenido de las sentencias depende en gran medida su cabal ejecución y cumplimiento, por lo que es importante que en todas las decisiones relacionadas con la tutela de derechos fundamentales se establezca en forma clara los aspectos antes mencionados. La precisión de todos ellos le permitirá al juez de ejecución resolver de modo rápido y en forma adecuada los pedidos de represión de actos lesivos homogéneos.

2.4.2 Cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena

23. Si el mandato de dar, hacer o no hacer establecido en una sentencia no se cumple, corresponde aplicar los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. Si una vez cumplido el fallo, se reitera el acto que fue considerado como lesivo de un derecho fundamental, recién corresponderá solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. Es por ello que, el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia previa de condena constituye un presupuesto para dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional.

24. Al respecto debe advertirse que en los casos en que luego de presentada la demanda cesó el acto lesivo o devino en irreparable el derecho fundamental, pero el juez emitió pronunciamiento sobre el fondo, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, el mandato judicial no requerirá un cumplimiento inmediato, pues su objetivo es advertir que determinadas conductas no pueden llevarse a cabo a futuro, siendo procedente la represión de actos lesivos homogéneos si éstas vuelven a concretarse.

25. Algo similar ocurre si el Tribunal Constitucional declara que una determinada situación lesiva de derechos fundamentales constituye un estado de cosas inconstitucional, por cuanto los efectos de su decisión sobre un caso concreto benefician a cualquier otra persona que se encuentre en similar situación. De producirse la afectación de un derecho, a través de la reiteración de una acción u omisión que ha sido calificada como un estado de cosas inconstitucional, la persona agraviada no tendría que dar inicio a un nuevo proceso constitucional (que es justamente lo que busca evitarse con la mencionada declaración) sino acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

2.5 Criterios para identificar un acto lesivo homogéneo

26. Luego de verificar el cumplimiento de los presupuestos mencionados en la sección anterior, corresponde analizar cuándo se configura un acto lesivo homogéneo. Para tal efecto deberá evaluarse la existencia de determinados elementos subjetivos y objetivos, y su carácter manifiesto. Se trata de criterios generales que corresponde ser aplicados y verificados tomando en consideración las particularidades de cada caso que se presente.

2.5.1 Elementos subjetivos

27. Aquí existen dos elementos a tomar en consideración. En primer lugar, las características de la persona o personas afectadas por el acto homogéneo. En segundo lugar, las características de la fuente u origen de este acto.

a) Persona afectada

28. El primer aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con las características de la persona que presenta un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, pues debe ser la misma que en el proceso constitucional que dio origen a la sentencia fue considerada como la persona afectada en sus derechos fundamentales, lo que refuerza la necesidad de que en el fallo respectivo que declara fundada la demanda se establezca claramente la identificación de la persona a favor de la cual se condena a alguien a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer.

29. En los casos en que la demanda que dio origen al proceso fue presentada por una sola persona, no debería existir mayores problemas para evaluar este requisito. Las principales dudas podrían presentarse en el caso de los denominados derechos difusos y colectivos (entendidos como derechos supraindividuales), así como en el caso de las demandas sobre actos individuales homogéneos(entendidos como derechos pluriindividuales). Si bien a nivel de la doctrina existen diferentes formas de denominar a estos tres tipos de situaciones, es posible encontrar algunas definiciones operativas que permiten comprender sus alcances.

30. Sobre los derechos difusos y derechos colectivos (derechos supraindividuales) Ferrer Mac-Gregor señala[10]:
"(ambos tipos de derechos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de una conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos.

Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables.
Parte de la doctrina y la legislación brasileña (...) los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias de hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos)".

31. El mismo autor menciona como un ejemplo de tutela de derechos difusos el caso de la contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica, y como un ejemplo de derechos colectivos los problemas de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o escuela. La posibilidad de acudir a los procesos constitucionales para la protección de los derechos difusos y colectivos ha quedado establecida en el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, referido a la legitimación activa en los procesos de amparo[11], y en el artículo 67°, referido a la legitimación activa en los procesos de cumplimiento[12].
En estos supuestos, la presentación de la demanda puede ser llevada a cabo por una persona o un grupo de personas, afectadas en sus derechos difusos o como integrantes del grupo que se ve afectado en sus derechos colectivos. La sentencia respectiva surtirá efectos respecto de "todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica al que ejercitó la acción correspondiente"[13]. Los efectos de la decisión, por lo tanto, vas más allá de la persona o grupo que presentó la demanda.

32. Respecto a los actos individuales homogéneos (derechos pluri individuales) Ferrer Mac-Gregor señala[14]: "los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo.
La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante".
33. En este supuesto (actos individuales homogéneos), cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Sin embargo, como ha sido explicado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un estado de cosas inconstitucional.

34. Tomando como premisas las definiciones propuestas por la doctrina sobre estos temas, se puede concluir que la represión de actos lesivos homogéneos puede ser invocada de la siguiente forma:
- Por cualquier persona en el caso de los derechos difusos.
- Por cualquier integrante del grupo en el caso de los derechos colectivos.
- Por cualquier persona que se encuentre en una situación igual a la considerada como un estado de cosas inconstitucional, en el caso de los derechos individuales homogéneos.

35. En consecuencia, a afectos de evaluar el primer criterio subjetivo para determinar cuándo se está frente a un acto lesivo homogéneo, se deberá considerar si éste afecta a la misma persona que presentó la demanda original que dio lugar al proceso constitucional y a la respectiva sentencia previa, siendo necesario estar atento a las particularidades que podrían presentarse en el caso de los derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos.

b) Origen o fuente del acto lesivo

36. El segundo aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con el origen o la fuente del acto respecto al cual se pide la represión por considerársele como homogéneo a uno anterior. En ese sentido el nuevo acto lesivo debe ser llevado a cabo por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue obligada a dar, hacer o dejar de hacer algo a través de la sentencia de condena establecida en un proceso constitucional.

37. Al respecto es importante señalar que si bien en el proceso que dio lugar a la sentencia previa, la demanda puede haber estado dirigida a un funcionario en particular, el acto lesivo homogéneo puede producirse por un funcionario diferente al demandado, pero que forma parte de la misma institución demandada. Por ese motivo, al momento de evaluar el origen o fuente del acto invocado como homogéneo, debe tomarse en cuenta si el mandato ordenado en la sentencia sólo podía ser cumplido por una determinada persona o si se trataba de un mandato que debía ser observado por toda una entidad en su conjunto.

38. Sobre el origen o fuente del acto lesivo homogéneo, Sagüés señala[15]:
"Si se reitera exactamente el mismo acto lesivo, ejecutado por la misma demandada, la infracción encuentra remedio en una reiteración de lo ordenado en el mismo fallo. (...) (Un caso interesante es el) de la reiteración de la lesión, pero por otros agentes públicos. Si éstos se encuentran bajo la dependencia del condenado en el amparo, obvio es que la sentencia los comprende, y bastará con aplicarla respecto a ellos. En cambio, si se trata de sujetos ajenos a la repartición demandada, nos parece que no hay cosa juzgada para ellos (al no mediar identidad del sujeto), y por tanto, habría que articular un nuevo amparo para remediar el último acto lesivo".
En similar dirección, Rivas afirma[16]:

"(Un) problema se podría suscitar si la nueva agresión al derecho se da bajo las mismas formas, pero por intermedio de otro agente público u otra repartición distinta (...). Si se tratase de una situación (...) en la que interviniesen dependientes diversos de una autoridad común involucrada en el amparo anterior, tampoco es dudoso sostener que corresponde la utilización del fallo de amparo, conminando a su cumplimiento, pues lo decidido obliga tanto a los primitivos agentes ofensores como a sus superiores, y esa obligación se transmite de éstos a los que de ellos dependan, cualquiera que sea su grado o ubicación dentro de la administración; si por el contrario, el nuevo acto proviene de órgano o agente no integrante de tal esquema (por ejemplo, el primer acto lesivo cometido por dependientes del Poder Ejecutivo; el segundo por otros dependientes de una repartición autárquica), aparece faltando la identidad subjetiva que junto con las de causa y objeto, conforman la cosa juzgada; sin embargo, y si la causa de la repetición del obrar dañoso es la misma, la subordinación definitiva a un superior común que se da en todos los órdenes y aspectos de la administración, permite extender el efecto y mandato de la sentencia dictada".

39. Nuevamente aquí se vuelve a apreciar la importancia de establecer claramente, en el fallo respectivo que declara fundada la demanda, la identificación de la persona o entidad a la cual corresponde llevar a cabo una determinada conducta, a fin de garantizar el derecho amenazado o vulnerado, pues de este modo se facilita la labor del juez de ejecución que conozca la solicitud de represión de actos lesivos homogéneos.

2.5.2 Elemento objetivo: homogeneidad del nuevo acto respecto a uno anterior

40. Luego de haber evaluado los elementos subjetivos, corresponde a la autoridad judicial analizar si el acto invocado como homogéneo presenta similares características respecto de aquél que dio lugar a la sentencia del proceso constitucional. A nivel normativo el Código Procesal Constitucional ha hecho referencia a este criterio en el artículo 60°, en tanto señala que el acto lesivo debe ser "sustancialmente homogéneo" al declarado lesivo.

41. Un aspecto importante a recalcar es que no corresponde únicamente analizar las características del acto sino también las razones que lo originaron, pues pueden ser diferentes a las invocadas en un primer momento. Sagüés señala al respecto[17]:
"(...) si la accionada repite su conducta pero con otros fundamentos (v.gr. clausura nuevamente un local, pero invocando distintas razones a las alegadas para disponer el primer cierre), cabe entender que se está frente a un comportamiento no captado por la sentencia firme de amparo, y que por ello, habrá que plantear uno diferente". Nuevamente aquí se manifiesta la importancia de establecer en forma clara, en la sentencia respectiva, cuál es el acto lesivo que ha sido identificado como violatorio de un derecho fundamental.

2.5.3 Manifiesta homogeneidad

42. El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre la homogeneidad entre el acto anterior y el nuevo. En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior.

2.6 Aspectos de índole procesal

2.6.1 Procesos constitucionales en los que se aplica

43. La institución de la represión de actos lesivos homogéneos se encuentra prevista en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional, en el título correspondiente al Proceso de Amparo. Sin embargo, eso no significa que no pueda ser empleada en otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

44. En el caso del proceso de hábeas data, el uso de esta institución puede llevarse a cabo en función al artículo 65° del mismo Código, de acuerdo al cual las normas sobre el proceso de amparo pueden ser aplicadas al proceso de hábeas data.

45. En el caso del proceso de hábeas corpus, su aplicación es acorde con la misma finalidad que comparte con el proceso de amparo, cual es la defensa de derechos fundamentales a través de un proceso rápido y efectivo. Asimismo, existe una sentencia en la que el Tribunal ha admitido esta posibilidad (STC N° 4909-2007-PA)[18].

46. Una situación diferente se presenta en el caso del proceso de cumplimiento, en el que se busca hacer frente a una omisión de la administración respecto a una norma legal o un acto administrativo. Dado que el acto reclamado en estos procesos consiste en una omisión, la sentencia estimatoria sólo se verá cumplida si se revierte la omisión identificada. En este sentido, mientras dure la omisión no se presenta un acto lesivo homogéneo sino que se incumple lo decidido en la sentencia, situación frente a la cual corresponde aplicar las medidas coercitivas destinadas al cumplimiento de lo decidido.

47. Un supuesto diferente se presenta en los casos en que el acto administrativo o la norma legal establecen un mandato que debe ser cumplido de forma periódica, por ejemplo, cada quince días o cada mes. En estos casos, si luego del fallo se cumple con el pago de lo ordenado por un acto administrativo o una ley, pero con posterioridad se vuelve a presentar la omisión, se estaría frente a un incumplimiento que ha vuelto a reiterarse y que es contrario a lo decidido por el juez. Este supuesto puede presentarse tanto en los amparos frente a omisiones como en los procesos de cumplimiento.

48. Por lo tanto, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos puede ser aplicada en todos los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales y en el proceso de cumplimiento. En el caso de las omisiones, su procedencia dependerá del contenido del mandato ordenado en una norma legal o acto administrativo.

2.6.2 Juez competente

49. La ejecución de una sentencia corresponde al denominado juez de ejecución, que como regla general es el juez que conoció en primera instancia la demanda que dio inicio al proceso constitucional. Es éste el que deberá verificar que se cumpla con el mandato final establecido en la sentencia de condena. En atención a su conocimiento sobre la medida que debe adoptarse para proteger el derecho amenazado o vulnerado, el juez de ejecución tendrá particular ventaja para evaluar si el nuevo acto invocado como homogéneo reúne las características a las que hemos hecho referencia anteriormente. A esto debe sumarse su carácter unipersonal, que le permite hacer una verificación más rápida de las características del nuevo acto. Por este motivo, el criterio de asignar al juez de ejecución del proceso la competencia para conocer y pronunciarse sobre la represión de actos lesivos homogéneos es la más adecuada.

50. Ésta ha sido la opción asumida por el Código Procesal Constitucional, en cual establece, en su artículo 60°, que si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Esta disposición ha sido ratificada por el Pleno del Tribunal Constitucional, que además ha concordado el citado artículo 60° del Código con el artículo 22° del mismo cuerpo legal, referido a la actuación inmediata de la sentencia impugnada. En este sentido ha señalado[19]: "(...) respecto del juez competente, a partir de las normas relativas a la ejecución de sentencias, es posible afirmar que en el ámbito de los procesos constitucionales de tutela de derechos, el juez de ejecución es el juez que conoció el proceso en primera instancia. En efecto, el Código Procesal Constitucional regula la etapa de ejecución del proceso bajo el epígrafe de "Actuación de sentencia" (artículo 22°). En él se establece que la "sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa (...) por el juez de la demanda." En ese sentido, una interpretación sistemática del artículo 60° del Código Procesal Constitucional y del artículo 22° del mismo cuerpo normativo, conduce a la conclusión de que el "juez de ejecución" viene a ser el juez que admitió la demanda y la resolvió en primer grado".

51. En consecuencia, tanto el Código Procesal Constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconocen que son los jueces de ejecución de los procesos constitucionales los competentes para conocer los pedidos de represión de actos lesivos homogéneos.

2.6.3 Trámite

52. Dado que su objetivo es evaluar la homogeneidad entre el acto declarado inconstitucional en una sentencia y otro producido con posterioridad a ella, y no la resolución de una controversia compleja, el procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos debe ser breve y no estar sujeto a mayores etapas. Sobre ello el Código Procesal Constitucional prevé lo siguiente: "Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días".

53. De esta norma se desprende que, básicamente, lo que corresponde en este procedimiento es poner en conocimiento del juez el acto considerado lesivo como homogéneo, escuchar la posición de la otra parte y proceder a evaluar si existe homogeneidad. De otra parte, debe destacarse que una omisión del Código consiste en no haber previsto un plazo para la emisión de la decisión respectiva, lo que no debe ser considerado un obstáculo para emitir en forma rápida el pronunciamiento correspondiente.

2.6.4 Contenido de la resolución

54. Siendo finalidad de la represión de actos lesivos homogéneos proteger los derechos fundamentales que han vuelto a ser afectados, corresponde al juez:

a Determinar si el acto invocado es homogéneo a uno declarado con anterioridad como violatorio de un derecho fundamental, y

b Ordenar a la otra parte que deje de llevarlo a cabo.

55. Ambos aspectos deben quedar claramente establecidos en la decisión del juez. Sobre este tema, el Código Procesal Constitucional (artículo 60°) establece: "La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente". Los alcances de la primera sentencia, por lo tanto, se extienden al acto considerado como homogéneo. Esto incluye todas las medidas coercitivas previstas para hacer cumplir la sentencia original.

2.6.5 Efectos inmediatos de la decisión

56. La sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales debe ser actuada en forma inmediata, lo que es acorde con la protección judicial rápida y efectiva que debe existir en materia de amenaza o violación de estos derechos, sin perjuicio de que se interponga un recurso de apelación. Esta opción ha sido acogida por el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

57. En el caso de la represión de actos lesivos homogéneos, en tanto busca hacer frente a un acto contrario a los derechos fundamentales, corresponde aplicar similar criterio, por lo que la decisión que declara que existe un acto lesivo homogéneo debe tener efectos inmediatos, sin perjuicio de que sea apelada. Esta opción ha sido acogida por el artículo 60° del Código, al establecer que
"La decisión (sobre la represión de actos lesivos homogéneos) tiene efectos inmediatos sin perjuicio de que sea apelada".

2.6.6 Recursos de impugnación

58. A fin de garantizar la pluralidad de instancias y en atención al contenido de la decisión, que implica condenar a una persona a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer, debe contemplarse la posibilidad de impugnar la resolución que declara fundada la petición de represión de actos lesivos homogéneos. El Código Procesal Constitucional acoge esta opción en su artículo 60° y establece que"la resolución es apelable sin efecto suspensivo"

3. Análisis de la precisión que se solicita

59. Sobre el particular, debe precisarse que en la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC y otros, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A., pero en su punto resolutivo dispuso: "2. Ordenar que la SUNAT, en ejecución de la cobranza, se abstenga de considerar el monto de los intereses moratorios desde la interposición de los recursos administrativos, y que oriente al contribuyente a fin de que pueda acceder a las facilidades de pago establecidas en el Código Tributario y las leyes de la materia, conforme al fundamento 11 de la presente."

60. En tal sentido, debemos precisar que en el fundamento 11 de la sentencia referida, se señalo que: "11.A juicio del Tribunal, lo sui generis del caso permite hacer esta distinción. Si bien, entre otras razones, el Tribunal Constitucional señaló que el IEAN no resultaba confiscatorio por tener una tasa diminuta, por su corto periodo de vigencia, por las amortizaciones permitidas y por la posibilidad de ser utilizado como crédito contra el impuesto a la renta, lo cual garantizaba que el contribuyente no se viera saturado con el peso del impuesto, este resguardo podría verse desnaturalizado si, por el paso del tiempo, a consecuencia de un proceso judicial, el contribuyente no solo tenga que pagar una deuda principal correctamente determinada, sino también una cuantiosa suma de intereses por pago extemporáneo, no ocasionada por negligencia o mala fe del mismo, sino, irónicamente por ejercer su derecho de acción".

61. Por lo tanto, teniendo presente el contenido del punto resolutivo dos y del fundamento transcrito, resulta válido estimar que el Tribunal Constitucional en la sentencia referida le ordenó a la SUNAT que se abstenga de considerar el monto de los intereses moratorios de todas las ordenes de pago desde la interposición de los recursos administrativos, siempre y cuando su legitimidad constitucional hubiere sido cuestionada en el proceso de amparo.

62. Consecuentemente, la SUNAT debe abstenerse de cobrar el monto de los intereses moratorios desde la interposición de los recursos administrativos de todas las ordenes de pago que fueron cuestionadas en el proceso de amparo. En buena cuenta, si contra las ordenes de pago que se señalaron en los escritos de ampliación de la demanda, la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A. interpuso los recursos administrativos correspondientes, la SUNAT debe abstenerse de cobrar el monto de los intereses moratorios, así no se haya hecho referencia expresa a ellas en los antecedentes de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC y otros.

63. En el presente caso, debe señalarse que de los escritos ampliatorios de la demanda y de sus anexos, obrante de fojas 185 a 190 y 233 a 253, se advierte que existen ordenes de pago que fueron debidamente recurridas en sede administrativa y que no figuran en los antecedentes de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC y otros. Asimismo, debe señalarse que del escrito presentado por la SUNAT, obrante de fojas 558 a 596, se advierte que las ordenes de pago de los escritos ampliatorios no han sido consideradas por la SUNAT al momento de ejecutar la sentencia referida, pues ésta no se ha abstenido de cobrarle el monto de los intereses moratorios.

64. En consecuencia, este Tribunal considera que la SUNAT no ha cumplido en sus propios términos la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC y otros, pues debió considerar todas las ordenes de pago cuestionadas en el proceso de amparo, y no sólo las que figuraban en los antecedentes de la sentencia antes referida.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional por incumplimiento de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 1255-2003-AA/TC y otros.
2. Ordenar que la SUNAT, en ejecución de la cobranza, se abstenga de considerar el monto de los intereses moratorios desde la interposición de los recursos administrativos de las ordenes de pago señaladas en los escritos de ampliación de la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

---

[1] Ver al respecto la STC N° 4909-2007-HC (caso Roberto Araujo Espinoza), publicada el 26 de mayo de 2008 en la página web del Tribunal Constitucional y la STC N° 896-2008-PA (caso Vicente Walde Jáuregui), publicada el 1 de setiembre de 2008 en la página web del Tribunal Constitucional.

[2] Ver al respecto la RTC N° 5033-2006-PA/TC (caso Víctor Roca Vargas), publicada el 28 de noviembre de 2007 en la página web del Tribunal.

[3] Ver al respecto: la RTC N° 149-2007-Q/TC, RTC N° 61-2008-Q/TC y RTC N° 172-2007-Q/TC.

[4] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: Universidad, 2002, 3ra. edición, pp. 454 y 455.

[5] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pp. 426 ý 456.

[6] El Tribunal ha señalado en la STC N° 5033-2006-PA, fundamento 5: "(...) mediante la represión de actos homogéneos (...) se pretende asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional".

[7] STC N° 6-2006-CC (caso Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial), publicada el 22 de marzo del 2007 en la página web del Tribunal Constitucional, fundamento 70.

[8] Este artículo señala: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)
2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de

sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno".

[9] Publicada el 16 de abril del 2004 en la página web del Tribunal Constitucional.

[10] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y D.F: colectivos. México Porrúa, 2003, p.12.

[11] El tercer párrafo del artículo 40° del Código señala: "Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos".

[12] El segundo párrafo del artículo 67° del Código señala: "Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona".

[13] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Ob. cit., p. 16.

[14] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Ob. cit., p. 15.

[15] SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Buenos Aires: Astrea, 4ta. edición, 1995, pp. 462-463.

[16] RIVAS, Adolfo Armando. El amparo. Buenos Aires: La Rocca, 2003, pp. 612-613.

[17] SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob cit., pp. 462-463.

[18] Publicada el 26 de mayo del 2008 en la página web del Tribunal Constitucional.

[19] Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5033-2006-PA/TC, publicada el 28 de noviembre del 2007 en la página web del Tribunal Constitucional. Este criterio fue reiterado por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la STC N° 4909-2007-HC (caso Roberto Araujo Espinoza), fundamento 11.

Exp. Nº 1817-2009-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por J.A.R.R.A. y V.R.R.A. Se precisa el interés superior del niño como principio de rango constitucional].*

Fecha de Resolución: 7 de octubre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de noviembre de 2009

Resumen: Al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad, a tener familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la eficacia de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional (TC) resolvió declarar fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por doña Shelah Allison Hoefken, a favor de sus dos menores hijos, retenidos irregularmente por su padre. Esta es la primera vez que el Tribunal se pronuncia en un caso de esta índole.

El TC ordenó al padre de los niños, don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, que cumpla con entregar de manera inmediata al menor J.A.R.R.A. a su madre, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad. Respecto del otro menor, este ya fue entregado a su progenitora con fecha 3 de marzo del 2008, a mérito de una medida cautelar judicial.

El Tribunal también dispuso oficiar al titular del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, para que, conforme a lo resuelto por el máximo intérprete de la Constitución, ejecute de manera inmediata la sentencia, con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ordenó al Director General de la Policía Nacional que preste de manera inmediata el auxilio de ley al mencionado Juez a fin de ubicar al menor J.A.R.R.A. y entregarlo a su madre, facultando el allanamiento y descerraje del domicilio del emplazado o cualquier otro domicilio donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la sentencia sea ejecutada de manera inmediata en sus propios términos.

En los fundamentos de la sentencia el Tribunal consideró que con los protocolos de pericia psicológica que obraban en el expediente, estaba demostrado que el comportamiento del demandado también vulneraba el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se concluía que la personalidad de los menores no se desarrolla de manera plena, armoniosa e integral, dado que los actos del demandado, además de no respetar las normas básicas de convivencia, impedían que los niños crecieran en un ambiente de afecto y comprensión, viendo a su madre e interactuando con ella.

Temas claves: derecho a la dignidad humana - derecho a la ejecución de resoluciones judiciales - derecho a la integridad personal - derecho a la protección del medio familiar - derecho a la seguridad moral y material del niño - derechos del niño - libertad personal -principio de interés superior del niño - régimen de visitas.

EXP. N.° 01817-2009-PHC/TC
LIMA
J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se adjunta

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 821, su fecha 31 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda de fecha 19 de diciembre de 2007 y escrito ampliatorio de fecha 14 de febrero de 2008, doña Shelah Allison Hoefken interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., contra don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, padre de los menores, solicitando que en cumplimiento del régimen de visitas establecido por la resolución judicial de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución judicial de fecha 6 de julio de 2007, se ordene al emplazado que les permita a sus menores hijos interactuar con ella, toda vez que de manera reiterada les impide que puedan verla, lo cual afecta sus derechos a la libertad individual y a vivir pacíficamente.

Asimismo, solicita que en virtud del interés superior del niño se le ordene al emplazado que cese la violación del derecho a la integridad moral, psíquica y física de sus menores hijos, pues estos son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos, conforme se prueba con la denuncia de fecha 22 de mayo de 2007 y con el examen médico legal de fecha 22 de mayo de 2007, en el que se consigna que la menor identificada con las siglas V.R.R.A. presenta huellas de lesiones traumáticas recientes.

Refiere que en el proceso de divorcio iniciado por el emplazado, el Juzgado y la Sala de Familia correspondientes fijaron a su favor un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, que no ha venido siendo cumplido por el emplazado, pues desde el 25 de febrero de 2006, fecha en la que le entregó a sus dos menores hijos, éste no les ha permitido que puedan interactuar con ella, según se puede comprobar con las actas de verificación policial respectivas. Añade que mediante la resolución judicial de fecha 9 de mayo de 2006, se requirió al emplazado para que en el plazo perentorio de tres días naturales cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia en caso de incumplimiento, y que, ante el incumplimiento del régimen, mediante la resolución judicial de fecha 6 de junio de 2006 se resolvió hacer efectivo el apercibimiento; empero, el emplazado ha seguido incumpliendo el régimen de visitas ordenado.

En sentido similar, refiere que mediante la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, se precisó los días y las horas del régimen de visitas en los que podría ver a sus menores hijos, lo que fue confirmado mediante la resolución de fecha 6 de julio de 2007; y que, a pesar de ello, el emplazado viene incumpliendo las resoluciones judiciales referidas afectando el derecho que tiene como madre para ver a sus menores hijos.

Con fecha 21 de febrero de 2008, el Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, junto con dos médicos legistas, se constituyeron en el domicilio del emplazado a fin de realizar la inspección ocular respectiva para verificar las alegaciones de la demanda.

Con fecha 25 de febrero de 2008, se tomó la declaración de doña Shelah Allison Hoefken, quien se ratificó en la demanda, añadiendo que lo que pretende es que el emplazado le permita restablecer una vida normal y de afecto con sus menores hijos, ya que desde hace dos años le está impidiendo que pueda relacionarse normalmente con ellos, por lo que solicita al Juzgado que retire a los menores del domicilio del emplazado y los entregue al Vigésimo Juzgado de Familia.

Con fecha 25 de febrero de 2008, el emplazado contesta la demanda alegando que ésta resulta improcedente debido a que los problemas relativos al régimen de visitas o la variación de la tenencia de sus menores hijos han sido resueltos en el proceso judicial respectivo, y que sus menores hijos se están desarrollando en un hogar que les brinda todas las atenciones y comodidades.

El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 5 de agosto de 2008, declaró infundada la demanda, por considerar que el proceso de hábeas corpus no es la vía idónea para resolver la pretensión planteada, toda vez que existe un proceso judicial en trámite en el que se viene dilucidando el régimen de visitas de los menores.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que los supuestos maltratos a los menores favorecidos con la demanda, la tenencia de los menores y la negativa del emplazado de permitir a estos que interactúen con su madre, son cuestiones que tienen que ser resueltas en el proceso que se viene desarrollando en la jurisdicción ordinaria.

Con fecha 6 de enero de 2009, doña Shelah Allison Hoefken interpone recurso de agravio constitucional alegando, entre otras cosas, que con fecha 28 de febrero de 2008, el Decimoctavo Juzgado de Familia de Lima ha emitido una medida cautelar de variación de tenencia, en la que ha dispuesto que sus dos menores hijos pasen a su custodia; y que, sin embargo, a pesar de que existe dicha resolución judicial, ésta no ha sido ejecutada por el Juzgado referido en sus propios términos ni cumplida por el emplazado, pues en la diligencia de fecha 3 de marzo de 2008 sólo le fue entregada su menor hija identificada

con las siglas V.R.R.A., mientras que su menor hijo, identificado con las siglas J.A.R.R.A., aún se encuentra en custodia del emplazado.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionalmente relevantes

1. Antes de entrar a analizar el fondo de las vulneraciones alegadas en la demanda, resulta necesario delimitar su petitorio, así como los beneficiarios con ella, pues los hechos han variado desde que la demanda fue interpuesta.

Así, se tiene que la demanda tiene por objeto que, en cumplimiento del régimen de visitas establecido en la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución de fecha 6 de julio de 2007, se ordene a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador que permita a sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. interactuar con doña Shelah Allison Hoefken.

Dicho lo anterior, debemos subrayar que la demandante en su recurso de agravio constitucional ha señalado que su menor hija, identificada con las siglas V.R.R.A. ya le ha sido entregada en virtud de la medida cautelar de fecha 28 de febrero de 2008, por lo que sólo solicita que se le entregue a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues éste aun continúa bajo la custodia del emplazado.

Teniendo presente los sucesos relatados, este Tribunal estima que, en principio, la demanda tendría como único beneficiario al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues, aparentemente, en el caso de la menor identificada con las siglas V.R.R.A. habría operado la sustracción de la materia, al haber sido entregada a su madre. No obstante ello, y teniendo presente que la entrega de la menor se produjo luego de presentada la demanda, este Tribunal considera pertinente precisar que en virtud del segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, los efectos de la presente sentencia alcanzarán a los dos menores beneficiarios con la demanda.

2. Habiéndose precisado los efectos de la presente sentencia, debe recordarse que en la demanda se alega que los derechos a la libertad individual, a vivir pacíficamente y a la integridad moral, psíquica y física de los dos menores habrían sido vulnerados por el emplazado, debido a que éste, en su condición de padre, les impide que puedan ver a su madre, a pesar de que judicialmente se ha determinado un régimen de visitas a su favor, y porque son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos.

Sobre la base de dichos alegatos, este Tribunal estima que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante, por las particulares circunstancias que rodean el presente caso, por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada, toda vez que se encuentra en riesgo la libertad personal e integridad personal de los menores; así como su desarrollo armónico e integral.

Asimismo, por los hechos alegados, este Tribunal, en virtud del principio iura novit curia previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del CPConst., estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal habrían sido supuestamente vulnerados, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y deseguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Ello porque, de lo expuesto en la demanda y del recurso de agravio constitucional, se desprende que existe más de un acto lesivo, a saber:

a. Por acción, el emplazado, al haber impedido a sus menores hijos que vean y mantengan contacto directo con su madre, habría vulnerado sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
b. Por acción, el emplazado, al haber agredido a sus menores hijos, habría vulnerado su derecho a la integridad personal.
c. Por omisión de acto de cumplimiento obligatorio (resolución judicial), el emplazado al no haberle entregado a la demandante a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., ha vulnerado su derecho a la libertad individual, debido a que existe una medida cautelar que dispone ello.

3. Así las cosas, la cuestión que se plantea en el presente proceso consiste en determinar si se han vulnerado los derechos de los menores por no habérsele permitido ver a su madre y por ser objeto de constantes maltratos físicos y psicológicos, por lo que este Tribunal considera necesario abordar las siguientes materias:

a. El principio de protección especial del niño.
b. El principio del interés superior del niño.
c. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
d. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
e. El derecho al desarrollo armónico e integral.

§2. El principio de protección especial del niño

4. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el "niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad".

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene "derecho a cuidados y asistencia especiales". En sentido similar, el artículo 3.1

de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los "Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar".
Finalmente, el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo "niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". En línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. Teniendo presente el sentido normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos transcritos, este Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.
Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.
De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos"[1].

6. Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4° de la Constitución reconoce que la "comunidad y el Estado protegen especialmente al niño". Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

7. En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.

§3. El principio del interés superior del niño

8. En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte IDH, se "funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño"[2].

9. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:
"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". (Subrayado nuestro).

10. En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:
"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños". (Subrayado nuestro).

11. Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución.
De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.
Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo "niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado".
Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas

relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

12. En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

13. De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte IDH, es preciso "ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño"[3].

§4. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella

14. El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que "el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", así como en su artículo 9.1, que establece que "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos".

En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tenemos que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que "el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia".

A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.

15. En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.
En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

16. Hechas estas precisiones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, este Tribunal estima oportuno enfatizar que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general.
Así, en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que el niño, con garantía del debido proceso, podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que, por ejemplo, el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
Por tanto, cualquier decisión relativa a la separación del niño de sus padres o de su familia debe ser excepcional y estar justificada por el interés superior del niño, y preferentemente será temporal, a fin de que el niño sea devuelto a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias.

17. Por tanto, este derecho se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con su madre. Ello porque, como es obvio, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos

necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

§5. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

18. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el "niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material".

19. De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos.
De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

20. Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto.
Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado.
En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar "el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

§6. Análisis del caso concreto

21. Para evaluar los alegatos de la demanda, es preciso determinar desde qué fecha el emplazado tiene la tenencia de sus menores hijos, y si ésta ha sido ejercida en forma arbitraria, pues se acusa que ha impedido de manera injustificada que sus menores hijos puedan ver a madre. Para determinar ello se procederá a evaluar el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente en que asumió efectivamente la custodia de sus dos menores hijos.

22. Así se tiene que en el proceso de divorcio por causal que le inició el emplazado a la demandante, se determinó que éste se quedaba con la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. y se le fijó a la demandante un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Así, en el segundo punto resolutivo de la sentencia N.º 326-2005-20 JFL, de fecha 18 de agosto de 2005, obrante de fojas 601 a 612, se resuelve:
"Declaro FUNDADA (...) la pretensión accesoria del demandante de TENENCIA de sus hijos (...); fijándose un Régimen de visitas progresivo, abierto y libre para la demandada Shelah Allison Hoefken; sin externamiento al principio, teniéndose en cuenta el deterioro de las relaciones personales entre ambos justiciables; y el interés superior de los niños". (Subrayado nuestro).
Dichos mandatos (tenencia y régimen de visitas) fueron confirmados por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia de fecha 19 de enero de 2006, obrante de fojas 616 a 617.

23. A la vista de las resoluciones judiciales referidas, resulta evidente que la demandante perdió la tenencia y custodia de sus menores hijos, siendo éstas asumidas por el emplazado, pues a ella se le estableció un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Aún más, con fecha 25 de febrero de 2006, según se desprende del acta de entrega, obrante a fojas 621, en mérito de las resoluciones judiciales referidas, los menores fueron entregados en custodia a su padre.

24. Hechas estas precisiones, corresponde determinar cómo se ha venido desarrollando el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente al 25 de febrero de 2006, es decir, si respetó el régimen de visitas progresivo, abierto y libre ordenado o lo incumplió de manera arbitraria e injustificada. Ello a fin de poder determinar si efectivamente vulneró el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella.

25. Así, con fecha 4 de marzo de 2006, la demandante se constituyó junto con un efectivo de la Policía Nacional en el domicilio del emplazado a fin de verificar que éste no le permitía ver a sus menores hijos. En efecto, de la constancia policial de fecha 5 de marzo de 2006, obrante a fojas 637, se desprende que la demandante el día 4 de marzo de 2006 no pudo ver a sus menores hijos porque, según le indicaron, ellos no se encontraban en el domicilio.
En sentido similar, la constancia policial de fecha 10 de marzo de 2006, obrante a fojas 638, certifica que el

9 de marzo de 2006 la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero tampoco los pudo ver porque éste le informó que ellos no se encontraban en el domicilio.
Ante estos comportamientos obstructivos del emplazado, la demandante, con fecha 13 de marzo de 2006, presentó un escrito al Juzgado correspondiente poniéndole en conocimiento lo sucedido para que adopte las medidas correctivas correspondientes, toda vez que se estaba incumpliendo el régimen de visitas que se le había fijado para ver a sus menores hijos.
Sobre la base de las constancias policiales referidas y otras, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2006, obrante de fojas 642 a 645, requirió al emplazado a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado.

26. A pesar de que con fecha 24 de marzo de 2006 el Juzgado correspondiente le requirió al emplazado el cumplimiento del régimen de visitas, éste lo ha continuado incumpliendo de manera reiterada y sistemática, afectando de este modo el derecho de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al no permitirles interactuar con su madre. En la constancia policial de fecha 28 de marzo de 2006, obrante a fojas 652, se certifica que el 26 de marzo de 2005, es decir, dos días después de emitida la resolución judicial referida, la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero no fue posible debido a que nadie le abrió la puerta.
Nuevamente, esta conducta obstructiva del emplazado fue puesta en conocimiento del Juzgado correspondiente para que tome las medidas correspondientes, y éste mediante resolución de fecha 9 de mayo de 2006, obrante a fojas 676, requirió por segunda vez, al emplazado, a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia.

27. Esta conducta reacia y reiterada, a consideración de este Tribunal, pone en evidencia no sólo que el emplazado ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al haberles impedido sin justificación alguna que puedan ver a su madre, sino también que ha vulnerado el derecho de la demandante a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues se ha mostrado renuente en ejecutar en sus propios términos las sentencias que fijaron un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, toda vez que, conforme se comprueba con las constancias policiales referidas, no le ha permitido a la demandante que pueda ver a sus menores hijos.

28. No obstante haberse verificado en la ejecución del proceso de divorcio el incumplimiento del régimen de visitas fijado a favor de la demandante, la Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución de fecha 6 de octubre de 2006, resolvió convocar a audiencias especiales para poder establecer sobre la base de las sentencias judiciales que fijaron el régimen de visitas, los periodos progresivos, días y horarios de aquél.

Durante el desarrollo de las audiencias especiales que se realizaron para fijar los periodos progresivos, así como los días y horarios del régimen de visitas, se presentó un hecho relevante que debe destacarse, a fin de poner de relieve que el emplazado, desde que tuvo la custodia efectiva de sus menores hijos, ha adoptado un comportamiento obstructivo para que ellos no pudieran ver a su madre. Así, se advierte que:

a. Durante la audiencia especial realizada el 26 de diciembre de 2006, obrante de fojas 708 a 710, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., mientras rendía su declaración, denotó que tenía conocimiento que el día 25 de diciembre de 2006, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima le había otorgado a su madre una visita para verlos, pero que no se pudo concretar debido a que se quedó en el patio de la casa del emplazado porque éste no la dejó ingresar al interior.

29. Este hecho, a consideración de este Tribunal, demuestra que el emplazado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, pues como se ha señalado, este derecho garantiza a los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, aun cuando éstos estén separados.
Con la declaración del menor referido se demuestra fehacientemente que el emplazado, en vez de permitirle a la demandante que pueda ver a sus dos menores hijos y permitirles a estos que se desarrollen de manera normal, ha obstaculizado e impedido sin justificación alguna que ello se produzca, pues a pesar de que existía un mandato del Juzgado correspondiente, se mostró renuente en acatarlo, ya que no dejó ingresar a la demandante a su domicilio para que pudiera interactuar con sus dos menores hijos, lo cual no sólo afecta el derecho referido, sino que también pone en evidencia que el emplazado, como padre, no realiza sus funciones de guía y educador.
Es más, este hecho también demuestra que el emplazado no respeta el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues en vez de ejecutar el mandato del Juzgado correspondiente y permitirle a la demandante que pudiera ver a sus menores hijos el 25 de diciembre de 2006, lo incumplió, al no haber permitido que la demandante pudiera ingresar al interior de su domicilio para ver a sus menores hijos ni permitirles a ellos que salieron al patio de su domicilio para poder verla.

30. Debe destacarse que el emplazado, durante la tramitación de la medida cautelar temporal sobre el fondo (variación de tenencia) solicitada por la demandante, en vez de asistir a las audiencias especiales convocadas para tal efecto, inasistía con sus dos menores hijos, retardando no sólo de esta manera que se resuelva la medida solicitada sino también impidiendo que sus menores hijos pudieran interactuar y relacionarse, aunque sea durante el desarrollo de las audiencias, con su madre. Así, del acta de las audiencias especiales, obrantes de fojas 117 a 123, se demuestra que el emplazado junto con sus menores hijos no asistieron a las audiencias especiales realizadas los días 17 de agosto y 6 y 15 de setiembre de 2006.

31. De otra parte, el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, obrante a fojas 144, precisó, entre otras cosas, que el régimen de visitas progresivo de la demandante sería los días martes y jueves a partir de las 3:00 pm. hasta las 7:00 pm. en el domicilio paterno, que a partir del segundo mes sería con externamiento y que a partir del sexto mes comprendería el periodo vacacional de medio año y de fin de año, a fin de mejorar las relaciones familiares.
Dicha resolución fue apelada por el emplazado y confirmada por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 6 de julio de 2007, obrante a fojas 145, por lo que debía ser acatada por el emplazado, toda vez que su incumplimiento no sólo afecta el derecho de sus menores hijos a tener una familia y no ser separado de ella, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

32. Sobre el particular, debe subrayarse que a pesar de que se precisó los días y horas del régimen de visitas de la demandante, el emplazado continuó incumpliendo con éste. Así, se tiene que el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 18 de julio de 2007, obrante a fojas 725, nuevamente requirió al emplazado para que cumpla con el régimen de visitas.
Por dicha razón, y por las particulares circunstancias del presente caso, resulta válido concluir que el demandante, al haber impedido que sus menores hijos puedan ver y relacionarse directamente con su madre, no sólo ha vulnerado su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, sino también que ha ejercido abusivamente la tenencia y custodia de los menores, lo cual no puede ser permitido ni avalado por encontrarse proscrito por el artículo 103.° de la Constitución.

33. En este orden de sucesos, se debe señalar que el Decimoctavo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, obrante de fojas 33 a 36 del cuadernillo de este Tribunal, resolvió:
"Conceder la medida anticipada sobre el fondo de variación de la tenencia de los menores (...), debiendo el padre de los menores proceder a la entrega inmediata de los menores de edad referidos a su madre Shelah Allison Hoefken, a cuyo efecto se dispone autorizar el descerraje y allanamiento en caso de ser necesario, y hacer uso de la fuerza pública en caso de ser necesario".

34. Al respecto, debe enfatizarse que dicha medida cautelar fue adoptada porque se demostró que el interés superior de los menores beneficiados con la demanda imponía que estuvieran bajo la tenencia y custodia de su madre y no de su padre, debido a que no tiene estabilidad emocional. Así, este Tribunal considera importante destacar las principales razones que llevaron al Juzgado referido a adoptar la decisión contenida en la medida cautelar mencionada, que son las siguientes:
"(...) cuando los niños pasan a vivir con el padre los mismos empiezan a mostrar problemas emocionales, y de malos tratos directos la menor hija de las partes (...)".
"(...) el régimen amplio de visitas (...) no se cumple a cabalidad por el padre de los menores, siendo que la madre no ve a uno de sus hijos dentro de un régimen de visitas normal (...) y sale con la hija, cuando el padre quiere (...)".

35. Sobre la base de los fundamentos transcritos, resulta válido concluir que la medida cautelar de variación de la tenencia se adoptó porque se comprobó que el emplazado no le garantiza a sus menores hijos las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, como lo son el amor, la integridad, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad. Además, debe tenerse presente que la decisión de variar la tenencia se adoptó también porque los menores en una audiencia expresaron que querían vivir con su madre.

36. Con relación a la medida cautelar, debe precisarse que con fecha 3 de marzo de 2008, se llevó a cabo la diligencia respectiva, en la que solamente fue entregada a la demandante la menor identificada con las siglas V.R.R.A., mas no el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., a pesar de que la medida cautelar transcrita dispuso expresamente que los dos menores sean entregados a la demandante.
Este hecho reitera, una vez más, que en autos se encuentra plenamente acreditado el comportamiento arbitrario, ilegítimo e irrazonable del emplazado, pues a pesar de que existe un mandato judicial que le ordenó la entrega de sus dos menores hijos a su madre, éste incumplió dicho mandato.

37. Dicho comportamiento también pone en evidencia que el emplazado ha vulnerado el derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues en vez de cumplir la medida cautelar y entregarlo a su madre para que éste se desarrolle y se desenvuelva plenamente en un ambiente de amor y armonía, lo ha retenido injustificadamente en contra de su voluntad. Ello en razón de que, como se ha señalado en los fundamentos precedentes, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. manifestó en una audiencia que deseaba vivir con su madre.
Y es que debe tenerse presente que si bien los niños son titulares del derecho a la libertad individual, su ejercicio puede ser objeto de limitación por los padres en función de su interés superior, como por ejemplo cuando los padres les prohíben a sus hijos que acudan a determinados lugares que puedan poner en riesgo su integridad personal. En dicho supuesto, resulta legítima la limitación del ejercicio del derecho a la libertad, pues lo que se busca es proteger el interés superior del menor. En cambio, no resulta legítimo que los padres limiten el ejercicio de la libertad individual de los niños cuando no se tenga por finalidad proteger su interés superior o cuando exista un mandato judicial, como, por ejemplo, cuando los padres, en vez de enviar a sus hijos a la escuela para que se eduquen, los retienen para que trabajen con ellos o los envían a la calle a mendigar. En estos supuestos, el Estado tiene la obligación de intervenir y adoptar las medidas necesarias para proteger su interés superior,

pues no solamente se restringe arbitrariamente el ejercicio del derecho a la libertad individual de los niños sino también el ejercicio de los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad; además que se incentiva de manera encubierta el trabajo forzoso.

38. Todo lo dicho, entonces, pone en evidencia que al emplazado no le interesa preservar y tutelar el interés superior de sus menores hijos, pues los comportamientos descritos en los fundamentos precedentes, en vez de generar la integración familiar generada por el divorcio con la madre de ellos, han ocasionado que éste se acreciente.
En consecuencia, resulta procedente ordenar al emplazado que le entregue a la demandante al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., y disponer que el Juez de ejecución adopte todas las medidas previstas en la ley para que se cumpla la entrega del menor.

39. Por otro lado, este Tribunal considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en autos, se encuentra demostrado que el comportamiento del emplazado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se están desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues sus actos, además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre.
Para llegar a la conclusión de que los menores bajo la tenencia del emplazado no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, este Tribunal ha tenido presente el comportamiento violento de éste, pues en autos se encuentra demostrado no sólo con los exámenes médicos legales respectivos sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A. Este hecho, a consideración del Tribunal, no sólo impide y veda al emplazado que pueda ejercer la custodia y tenencia de los menores, sino también pone al descubierto que éste ha incumplido sus deberes paternos por su falta de aptitud para proveerles el cuidado, amor y atención requeridos, poniendo en grave riesgo o peligro su integridad física y psicológica.

40. Sobre la base de lo señalado en los fundamentos precedentes, puede concluirse que el emplazado también ha vulnerado el derecho a la integridad personal de los menores identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., pues además de haber agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A., con su comportamiento ha dañado la integridad psíquica de sus dos menores hijos, conforme se desprende de los informes psicológicos obrantes en autos.
Teniendo presente los comportamientos descritos, este Tribunal reitera que contraviene rotundamente la Constitución y los tratados internacionales sobre derecho humanos agredir física y/o psicológicamente a los niños so pretexto de educarlos o corregirlos.
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales.
2. Ordenar a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. a doña Shelah Allison Hoefken, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.° del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.
3. Oficiar al Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima para que, conforme a lo resuelto por este Tribunal, ejecute de manera inmediata la presente sentencia conforme al artículo 22° del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.
4. Ordenar al Director General de la Policía Nacional para que ésta preste de manera inmediata al Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima el auxilio de ley, a fin de ubicar al menoridentificado con las siglas J.A.R.R.A. para que éste sea entregado a doña Shelah Allison Hoefken, facultándosele el allanamiento y descerraje del domicilio del emplazado o cualquier otro domicilio en donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la presente sentencia se ejecute de manera inmediata en sus propios términos.
5. Remitir copia de los actuados al Fiscal Penal para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
EXP. N.° 01817-2009-PHC/TC
LIMA
J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:
1. Cuando me ha correspondido emitir pronunciamiento en los casos que se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad individual e integridad personal de menores de edad el análisis de la controversia, como es natural, se ha enmarcado en el artículo 200, inciso 1 de la Constitución que señala expresamente que a través del hábeas corpus se protege

tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; subrayando que no cualquier reclamo en el cual se alegue la afectación de tales derechos puede reputarse como merecedor de tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido de los derechos invocados.

2. Teniendo en cuenta lo indicado, en las RRTC 02401-2009-PHC, 02314-2009-PHC, 0625-2009-PHC, 02401-2009-PHC, 05530-2008-PHC, 06634-2008-PHC y 03007-2007-PHC entre otras, al evaluar los actos reputados como lesivos se ha concluido en que lo pretendido es que se otorgue la tenencia del menor, motivo por el cual al verificarse que los hechos y el petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus resulta de aplicación el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

3. En el presente caso, debe destacarse que no solo se encuentran en juego los derechos a la libertad individual e integridad personal, sino que por los hechos alegados –de los que no fluye como única finalidad lograr la tenencia de los menores –, y en virtud del principio iura novit curia previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional resulta conveniente analizar los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Tales circunstancias, hacen de este caso uno particular que lo distingue de los anteriormente citados, y por lo mismo amerita un análisis de fondo dada su relevancia constitucional.

4. El análisis del caso concreto concluye en que se ha producido la vulneración del derecho de los menores beneficiarios a tener una familia y a no ser separado de ella y a la efectividad de las resoluciones judiciales. Asimismo, se comprueba la lesión al derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. por parte del emplazado, quien en vez de cumplir con la medida cautelar dictada en un proceso de familia lo ha retenido injustificadamente y en contra de su voluntad.

5. Al respecto, es menester indicar que la existencia de una medida cautelar dictada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, concediendo la medida anticipada sobre el fondo en el proceso de variación de tenencia, tiene incidencia en la decisión tomada por este Colegiado, por lo que la orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia constitucional, prevista en la parte resolutiva, debe tener como marco la medida cautelar precitada, que por su propia naturaleza tiene carácter provisional.

6. Sin perjuicio de las consideraciones expuestas supra, el suscrito opina, al igual que los Magistrados de la Sala, que la presente demanda debe ser declarada fundada en los términos precisados en el decisum, puntos 1 a 5.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

---

[1] CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 59.
[2] Ibídem, párr. 56.
[3] Ibídem, párr. 61.

Exp. N° 2005-2009-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción". Sobre el derecho fundamental a la vida y el caso de la píldora del día siguiente].*

Fecha de Resolución: 16 de octubre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de octubre de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional invalidó la distribución gratuita en el territorio nacional de la denominada *píldora del día siguiente*, ordenando al Ministerio de Salud que se abstenga de seguir tal política pública, por considerar que no se ha demostrado la inexistencia del efecto abortivo y la inhibición de la implantación del óvulo fecundado en el endometrio.

El Tribunal declaró fundado el amparo presentado en el expediente 02005-2009-PA/TC, luego de evaluar los argumentos esgrimidos por importantes instituciones nacionales e internacionales, sin que se haya podido desvirtuar que, dentro de la teoría de la fecundación, el derecho a la vida del concebido pueda ser gravemente menoscabado por el uso del indicado fármaco, de acuerdo con el artículo 2°.1 de la Constitución vigente.

En ese sentido, la sentencia ordenó que los laboratorios que comercializan *la píldora del día siguiente* incluyan en la posología una advertencia destinada a que los consumidores tengan conocimiento suficiente de que el producto podría tener un efecto abortivo.

Temas claves: Anticonceptivo oral de emergencia (AOE) - asimetría informativa - contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vida - derecho a la dignidad humana - derecho a la salud reproductiva - derecho al libre desarrollo de la personalidad - derecho de autodeterminación reproductiva - derecho de información - interés difuso - principios de interpretación constitucional - principio de protección al consumidor - principio precautorio - principio *pro homine* - protección jurídica del concebido - salud pública.

EXP. N.° 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG "ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCION"

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y MesíaRamírez, que se adjunta, y con el voto singular en el que convergen los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, que se agrega.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: a) de iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del Día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada "Píldora del día siguiente", por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida; que este proceder sin embargo resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad

que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se está propiciando con el citado programa abortivo; y que para tratar de legitimar su proceder la ministra ha argumentado que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aun a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico, y que culminadas sus labores dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

Agrega que a raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las "Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva" que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo; y que mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003-DP, del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N.º 78 "Anticoncepción Oral de Emergencia" en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

Aduce también que el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la representante de la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005 el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el "tercer efecto" del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de amicus curiae diversas entidades y organizaciones:

a) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N.º 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP del 19 de diciembre del 2003, concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo que solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática, y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.

b) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 6 de diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.

c) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), quien mediante escrito del 14 de marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado un asunto de salud pública, y que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.

d) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres

y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Añade que por lo demás la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, sólo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.

e) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) quienes mediante escrito del 15 de marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.

f) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA), quien mediante escrito del 20 de julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.

g) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.

h) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.

i) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del óvulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción; y que de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda, y reformándola la declara fundada sólo en parte, pero limitando la decisión en cuanto se refiere a la vulneración del derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por otro lado se declara infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señala que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo al petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que el Ministerio de Salud se abstenga de:

(i) Iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del Día Siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.

(ii) Distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

Legitimidad procesal

2. De manera preliminar a la solución de la presente controversia y aun cuando en la sede judicial ya ha habido en su momento un pronunciamiento sobre las excepciones deducidas por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la entidad demandada, este Tribunal considera importante hacer referencia a la condición procesal de la entidad demandante.

3. Por la específica cuestión controvertida que no trata de un particular interés que corresponda de manera exclusiva y excluyente a la demandante, sino que se trata de un interés jurídico general que traspasa dicho interés particular al ingresar al ámbito del interés común, podríamos afirmar que se configuraría el supuesto de un interés difuso al que se refiere el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

Siendo que el presente caso se encuentra referido a la distribución gratuita de un producto farmacéutico vital para la vida misma que como derecho fundamental de la persona humana obliga a su protección por el Estado, la que desde luego alcanza en general a los consumidores, corresponde asumir dicha protección conforme lo prescribe el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, ya que se encuentran dentro del ámbito de la especial protección que corresponde asumir al Tribunal Constitucional, en aras de la afirmación desde la perspectiva antropocéntrica del principio kantiano de que la persona, es eje centro, conforme lo prescribe el art. 1 de la Constitución, que privilegia a la persona humana

como el centro de la preocupación por el Estado y la sociedad en general. La postura del consumidor exige según el artículo 65° de la Constitución que El Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en bien de la salud y la seguridad de la población.

Cuestiones a resolver

§1. Derecho a recibir información

4. En la normativa internacional se encuentra consagrado el contenido de este derecho. Así se tiene el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y a nivel regional el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2°, de nuestra Constitución Política.

5. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6° de la Constitución. Pero es también un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado MesíaRamírez].

§2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía

6. El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

§3. La vida como derecho fundamental

7. Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada "Píldora del Día Siguiente" de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:

- ü ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
- ü ¿El embrión fecundado es el "conceptus" al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
- ü ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
- ü ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?

Sólo a partir de las respuestas que se haga a estas preguntas será posible establecer jurídicamente si es que la denominada "Píldora del Día Siguiente" afecta o no el derecho a la vida reconocido tanto por los documentos internacionales de derechos humanos como por nuestro ordenamiento jurídico interno.

3.1. El Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y el derecho a la vida

8. El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución) [STC N.° 01417-2005-PA, fundamento 2].

9. El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que "Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida

física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos." [STC N.° 01535-2006-PA, fundamento 83).

10. Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que "actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad."[STC N.° 01535-2006-PA, fundamento 82].

3.2. El derecho a la vida en los tratados y otros documentos internacionales de los que el Perú es parte

11. El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constituciónreconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú".

12. Así, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I) "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º) "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(artículo 6º) "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Igualmente, la Convención Americanasobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4º, inciso 1), que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad". Asimismo, laDeclaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento."

§4. La ontogénesis humana desde la perspectiva de la ciencia

4.1. Identidad genética e individualidad biológica

13. CHIERI y ZANNONI, respecto a la formación de una nueva individualidad genética, señalan que "en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El óvulo aporta toda la maquinaria celular, además de un núcleo que contiene la mitad de la información genética de la madre. El espermatozoide aporta exclusivamente el núcleo con la mitad de la información genética del padre. La fusión de ambas informaciones genéticas da lugar al material genético del hijo; en consecuencia, cada nuevo individuo es único en su información genética, de aquí el término de individualidad biológica". Prosiguen afirmando que "a su vez, esta información de la primera célula es heredada por cada una de las células que se van a desarrollar a continuación, de manera que todas tienen el mismo material genético. Es por ello que si se estudia el ADN de células(...) De cualquier parte del organismo, siempre se encuentra el mismo material genético, propio de cada individuo y diferente de cualquier otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos". [CHIERI, Primarosa yZANNONI, Eduardo A. Prueba de ADN. Buenos Aires: Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 2001, p. 4].

4.2. Teorías sobre el inicio de la vida

14. Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada Teoría de la Fecundación, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y laTeoría de la Anidación, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.

(i) La Teoría de la Fecundación se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido fecundado

por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.
(ii) La Teoría de la Anidación, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al sétimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado enblastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadatrofina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto –el concebido- sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre

§5. El concebido como sujeto de protección jurídica

5.1. Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

15. El Código Civil de 1852, siguiendo una corriente trazada ya desde el Derecho romano, establecía en su artículo 1° que "El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer", y en el artículo 3° que "al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece"; para finalmente agregar en el artículo 4° que "El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y trasmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana".

16. El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que "el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido", agregando que "al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece". Ya el Código Civil de 1936 no utiliza el término "concebido", como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que "El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".

17. El Código Civil de 1984, en su artículo 1° declara que "la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento", agregando que "la vida humana comienza con la concepción", y que "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece". Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 346 – Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que "La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida" y que "El concebido es sujeto de derecho desde la concepción"; la Ley N.° 26842 – Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que "toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...", así como que "El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud". El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N.° 17505, establecía en su artículo 17° que "Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido"; agregaba también (artículo 31°) que "Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud..."; de otro lado, en el artículo 113° estipulaba que "Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital".

18. El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.° 26102, en el artículo I del Título Preliminar definía: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad"; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1° que "Todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental". Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N.° 27337.

19. Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.

20. Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe remarcarse que sí existe una norma, actualmente vigente, que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación.

21. Se trata del documento denominado "La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud", aprobado por Resolución Ministerial N.° 729-2009-SA/DM de 20 de junio de 2003, como

"marco conceptual referencial que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad"(resaltado nuestro). En este documento, cuyo cumplimiento e implementación corresponde tanto a la Dirección General de Salud de las Personas como a las Direcciones Regionales y Sub Regionales de Salud, se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 "Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral" prevé que "Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: "Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años..." (resaltado y subrayado nuestro). La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida en sub grupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a los niños, establece como el primero de ellos al de "Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento" (resaltado y subrayado nuestro). En el anexo 2 del mismo documento se establecen los "Cuidados Esenciales para los Programas de Atención Integral de Salud por Etapas de la Vida", el cual en el punto denominado "Atenciones Individuales Específicas del Niño. Estimulación Prenatal y Temprana" prevé lo siguiente: "Atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollopsicoafectivo del niño. Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta el nacimiento..." (resaltado y subrayado nuestro).

5.2. El concebido para la doctrina jurídica

22. Es importante, en primera instancia, indagar cómo ha sido entendido el término concepción en el mundo jurídico a través de los diccionarios jurídicos; por lo que se recurrirá a uno histórico de nuestro país y a dos de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de GARCÍA CALDERÓN, CABANELLAS y OMEBA, respectivamente. Es así que estas fuentes definen el término concepciónde la siguiente manera:

(i) "Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser", y se remite, entre otros al término preñez [GARCÍA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la Legislación Peruana, tomo I. Lima: Grijley, edición en facsímil de la segunda edición, 2003, p. 501]. En cuanto a esta última palabra, indica: "Se llama preñez o preñado el estado de una mujer que ha concebido un hijo..." [Op. cit. Tomo II, p. 1571].

(ii) "El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital". Se agrega que fisiológicamente "La concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo. La concepción no es inmediata a al cópula carnal; pues a veces puede transcurrir algún tiempo desde ésta al instante en que el espermatozoide, o elemento masculino, fecunda el óvulo o elemento femenino". En cuanto al aspecto estrictamente jurídico señala que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas..." [CABANELLAS, G.Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 16° edición, 1981, p. 253].

(iii) "Del latín (concepto-ónis). Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona" [Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, sine data, Tomo III, p. 578].

23. Dentro del campo jurídico, como se encuentra glosado supra, si bien se reconoce reiteradamente al concebido como sujeto de derechos, la normativa no define ese estado, salvo un caso en el que, como se ha señalado, expresamente se inclina a considerar a la vida como un proceso que se inicia con la fecundación. Dentro de esa situación de controversia anotada, es posible identificar:

(i) Un importante grupo de juristas que se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen. Entre ellos se encuentran, sólo para citar a los peruanos, MARCIAL RUBIO CORREA, CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO Y ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI, reconocidos juristas y especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho genético, respectivamente. Esta posición considera que toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula; ella contiene el código de la vida que igualmente se encuentra en cualquier ser humano nacido. Todo lo que le ha de permitir evolucionar, toda la información necesaria y a la vez suficiente que define las características de un nuevo ser humano, único e irrepetible, surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás. De otro lado, condicionar los derechos dependiendo de la edad o de la etapa de desarrollo implicaría una vulneración del principio derecho de igualdad, reconocido tanto por nuestra constitución como por todos los tratados internacionales de derechos humanos.

(ii) Por su parte, se encuentran aquellos que consideran la anidación del óvulo fecundado en el útero materno como el inicio de la vida humana, la gestación y por ende el embarazo de la mujer. Entre ellos se encuentran LUIS BRAMONT ARIAS, LUIS BRAMONT-ARIASTORRES, RAÚLPEÑACABRERA, LUIS ROY FREIRE, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS Y JOSÉ HURTADO POZO, todos juristas reconocidos en el ámbito penal, siguiendo así la corriente mayoritaria en este campo del Derecho.

24. Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el pro homine y el favordébilis.

§6. Aplicación de los principios de interpretación consti-tucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción

6.1. Principios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales

25. Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que "comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional" [STC N.º 3330-2004-PA, fundamento 9].

26. De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como "interpretación institucional", y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado.

6.1.1. Interpretación institucional

27. Este criterio interpretativo [STC N.º 0008- 2003-PI, fundamento 5] permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.
Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma GARCÍA PELAYO, "lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto." [GARCÍA PELAYO, MANUEL "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". En: Estudios sobre la Constitución española de 1978, a cargo de M. RAMÍREZ, Zaragoza, 1979, p. 79]. A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de "unidad de la Constitución", "eficacia integradora" y "concordancia práctica".

28. Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que PETER HÄBERLE denomina las "cristalizaciones culturales" subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución. En consecuencia, ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un "mínimo común axiológico", esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, "la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio deautorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente "cultivados" (la voz "cultura" como sustantivo procede del verbo latino cultivare) para que devengan auténtica Constitución". [HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35].

29. Por todo ello, representa un mandato para este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la letra viva que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

30. Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia, y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

31. En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de "derecho", pues estará condenado al repudio social.

32. De otro lado, existe un conjunto de principios o directrices de aplicación e interpretación propios de los derechos fundamentales. En tal medida, para el análisis del presente caso resulta imprescindible considerar

de manera especial como pauta o cauce hermenéutico el principio pro homine y el principio pro debilis, justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte.

6.1.2. Principio pro homine

33 . El principio pro homine es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

6.1.3. Principio pro debilis

34. Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio favor debilis, pro debilis o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio pro homine antes anotado, configuran el principio de centralidad del ser humano. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra.

6.2. Análisis en concreto

35. Este Tribunal considera que se debe ser sumamente cauteloso en la dilucidación de este caso, en el que existen posiciones encontradas desde la ciencia respecto a los efectos de la píldora en el cuerpo de la madre y en el proceso vital del nuevo ser. Si bien no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la auctoritas de este Colegiado no es científica, si le corresponde administrar sobre la duda que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la píldora.

36. Para ello, previamente se debe adoptar una posición evidentemente sobre fundamentos que resulten razonables y justos, y sin olvidar que lo que se está interpretando es nada menos que la norma constitucional, la cual, "no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de "fáustico", pero profundamente humano y digno de ser interpretado, de transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de "encerrar" de "definir" en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto". [CAPPELLETTI, M. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado. Traduc. De Cipriano Lara y Héctor Fix Zamudio, México, 1996, p. 74].

37. A este Colegiado correspondía pues, dentro del marco constitucional y sobre la base de los valores y principios que la configura, ponderar adecuadamente cada una de las posiciones expresadas y mostradas en el expediente, respecto a lo que la ciencia médica entiende por concepción y el momento en que ésta se produce. Igualmente debe ponderar lo que dice la doctrina y normativa jurídica, que no hace sino replicar la controversia inconclusa sobre este hecho tan trascendental. Este inacabado debate, del que se ha dado sólo somera cuenta, no hace sino mostrar de manera descarnada el hecho de que el ser humano, tan orgulloso de sí por el avance científico y grado de evolución que ha logrado, todavía no es capaz de determinar, sin lugar a controversia, el instante en el que se ha creado un nuevo miembro de su especie.

38. Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados supra respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido.

§7. La denominada "Píldora del Día Siguiente" y sus efectos

39. La abundante instrumental que corre en autos nos dice de la riqueza de la información traída al proceso por las partes y por las personas a las que se les ha permitido intervenir en las instancias precedentes, información científica que se pone de lado de una y otra posición y que aún en la incertidumbre el Tribunal está en el deber de decidir puesto que conforme a lo que prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional, los jueces no pueden dejar de resolver el conflicto sometido a su determinación, ni en casos de vacíos de la ley o en ausencia de ella.

7.1. Lo que dicen los insertos en el producto, respecto a sus efectos

40. Junto con lo anterior, en que, como se ha reseñado, existen posiciones encontradas en el mundo científico respecto a los efectos de la píldora, es necesario e importante determinar lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto, que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan.

a. GLANIQUE (Levonorgestrel) 0.75 ó 1.5 mg., elaborado en Argentina por Laboratorios Blipack, S. A. En el inserto del producto se señala: "Farmacodinamia: El mecanismo de acción delevonor-gestrel no se conoce completamente. GLANIQUE, en dosis de dos tomas... o dosis única... bloquea la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido en las 72 horas precedentes a la ovulación, es decir en el periodo durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. Podría impedir igualmente la implantación de un óvulo, pero es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado" . (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm).

b. TIBEX (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farmindustria S.A. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: Levonorgestrel inhibe la secreción de la gonadotropina e la pituitaria anterior, previniendo la ovulación y la maduración folicular. Interfiere con la fertilización y la implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio". (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: (http://www.farmindustria.com.pe/productos/222.html).

c. POSTINOR 2 (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Fabricado por: Laboratorio Gedeon Richter S.A.Budapest, Hungría. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: POSTINOR 2 (levo-norgestrel) a la dosis recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa impidiendo o previniendo la ovulación y la maduración folicular. Asimismo, tiene acción anticonceptiva a través de otro mecanismo interfiriendo con el transporte espermático por espesamiento del moco cervical. Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal. Por el contrario, no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la página web www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm).

d. NORTREL (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: Mecanismo de acción/ Efecto. Anticonceptivo (sistémico): La inhibición de la excreción de las gonadotropinas de la pituitaria anterior previene la ovulación y la maduración folicular y es una de las acciones anticonceptivas delevonorgestrel. En algunos pacientes que usan anticonceptivos solamente dosis bajas de progestinas, particularmente implantes subdérmico de levonorgestrel, la ovulación no se suprime consistentemente de ciclo a ciclo. El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio.". (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/52934.htm).

e. POST DAY (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafrancol. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: POSTDAY es un medicamento que inhibe y retrasa la ovulación, altera el transporte espermático mediante el espesamiento del moco cervical. Posteriormente impide la fecundación e implantación por lo que no se debe administrar después de dicho suceso. Una de las acciones anticonceptivas del levonorgestrel es la inhibición de la secreción de gonadotropina de la glándula pituitaria anterior previniendo la ovulación y maduración del folículo". (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la siguiente dirección electrónica http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/47894.htm).

41 . Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos mostrados y autorizados en nuestro país como Anticonceptivos Orales de Emergencia, en todos los casos se hace referencia al denominado "tercer efecto", esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, previenen, interfieren o impiden la implantación.

42 . El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, aprobado por D.S., N.º 010-97-SA, en su artículo 49º modificado por D.S. N.º 020-2001-SA establece que "El prospecto o inserto que acompaña al producto farmacéutico deberá consignar, la siguiente información: a) Nombre del producto farmacéutico. b) denominación Común Internacional (DCI). En el caso de los productos medicinales homeopáticos se deberá consignar el nombre científico del recurso o recursos utilizados. c) Forma farmacéutica. d) Principios activos y excipientes (c.s.p.). e) Acción farmacológica. f) Indicaciones. g) Cuando corresponda, deberá indicarse las interacciones con otros medicamentos y con alimentos, contraindicaciones, precauciones incompatibilidad, reacciones adversas, advertencias y tratamiento en caso de sobredosis. h) Dosis y vía de administración. Información sobre algunos excipientes cuyo conocimiento sea necesario para un correcto uso del producto."

De acuerdo a las Identificaciones Estándar de Datos en Salud, aprobado por D.S. N.º 024-2005-SA, "Rotulado", se define como (ítem 20 del anexo): "Leyenda o escrito, inserto o prospecto que se imprime o adhiere en los envases del producto, se le adjunta o lo acompaña y que contiene la información técnica que obra en el registro

sanitario del producto". En el mismo cuerpo legal se define (ítem 19) Registro Sanitario como "Procedimiento de aprobación por la autoridad sanitaria competente del Perú para la comercialización de un medicamento, una vez que el mismo ha pasado el proceso de evaluación. El registro debe establecer el uso específico del medicamento, las indicaciones y contraindicaciones para su empleo".

43. Como se desprende de esta normativa, los insertos incluidos en los envases de los productos farmacéuticos en general, y obviamente en los que corresponden a Levonorgestrel en sus distintas presentaciones y marcas, no sólo se trata de informaciones que los propios fabricantes consignan sobre la base de sus investigaciones y experimentaciones con el producto que colocan al acceso del público. También, y esto es sumamente importante relevar, constituyen dichos insertos un pronunciamiento de las autoridades sanitarias peruanas, pues al momento de otorgar el Registro Sanitario a un medicamento, se está aprobando su comercialización "una vez pasado el proceso de evaluación" (evaluación que –se supone- es muy rigurosa, dada la naturaleza del producto y su uso en seres humanos, debiendo establecer dicho registro el uso específico del medicamento, las indicaciones y las contraindicaciones para su empleo.

44. Aparece como contradictorio para este Colegiado que, al tiempo que el accionado Ministerio de Salud niegue cualquier efecto de los anticonceptivos orales de emergencia sobre el endometrio y la implantación, el mismo Ministerio de Salud reciba y previa evaluación apruebe registros sanitarios de dichos productos donde se expresa todo lo contrario.

7.2. Lo que dice la FDA

45. A mayor abundamiento, es necesario referir lo que respecto a los anticonceptivos de emergencia y, específicamente del producto Plan B (una de las formas como se presenta el producto en los Estados Unidos), señala la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas FDA (http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafetyInformationforPatientsandProviders/ucm109795.htm).

a. 1. What is emergency contraception?
Emergency contraception is a method of preventing pregnancy to be used after a contraceptive fails or after unprotected sex. It is not for routine use. Drugs used for this purpose are called emergency contraceptive pills, post-coital pills, or morning after pills. Emergency contraceptives contain the hormones estrogen and progestin (levonorgestrel), either separately or in combination. FDA has approved two products for prescription use for emergency contraception – Preven (approved in 1998) and Plan B (approved in 1999).

Su traducción sería :

¿Que es anticoncepción de emergencia?
La anticoncepción de emergencia es un método de prevención de embarazo, a ser usado cuando un anticonceptivo falla o luego de sexo sin protección. No es de uso rutinario. Los medicamentos (drogas) usados para éste propósito, son llamadas píldoras (pastillas) anticonceptivas de emergencia, píldoras post coito o píldoras del día siguiente. Los anticonceptivos de emergencia contienen las hormonas estrógeno y progesterona, ya sea por separado o en combinación. La FDA ha aprobado dos productos para ser usados en caso de anticoncepción de emergencia : Preven y Plan B.

b. 2. What is Plan B?
Plan B is emergency contraception, a backup method to birth control. It is in the form of two levonorgestrel pills (0.75 mg in each pill) that are taken by mouth after unprotected sex. Levonorgestrel is a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. Plan B can reduce a woman's risk of pregnancy when taken as directed if she has had unprotected sex. Plan B contains only progestin, levonorgestrel, a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. It is currently available only by prescription.

Su traducción sería:

¿Qué es el Plan B?
Plan B es anticoncepción de emergencia, un método backup de control de natalidad. Se administra en forma de dos pastillas de levonorgestrel que se toman por vía oral, luego de haber tenido sexo sin protección. Levonorgestrel es una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad (anticonceptivos) por más de 35 años. Plan B reduce el riesgo de la mujer de quedar embarazada, cuando es ingerido tan pronto haya tenido sexo sin protección. Plan B contiene sólo progestin, levonorgestrel, una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad por mas de 35 años. Regularmente, se puede conseguir bajo prescripción (médica).

c. 3. How does Plan B work?
Plan B works like other birth control pills to prevent pregnancy. Plan B acts primarily by stopping the release of an egg from the ovary (ovulation). It may prevent the union of sperm and egg (fertilization). If fertilization does occur, Plan B may prevent a fertilized egg from attaching to the womb (implantation). If a fertilized egg is implanted prior to taking Plan B, Plan B will not work. (resaltado y subrayado nuestro).

Su traducción sería:

¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?
Plan B trabaja como cualquier otra píldora de control de natalidad, para prevenir el embarazo. Plan B actúa primeramente, paralizando la liberación de un huevo (ovulo) del ovario. Puede impedir la unión entre el espermatozoide y el óvulo (fertilización). Si ocurriese la fertilización, Plan B puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero (implantación). Si el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja.

46. La misma Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas - FDA, también tiene registrado como anticonceptivo oral de emergencia al medicamento denominado Plan Cuya traducción es: "Farmacologia clinica. 12.1 Mecanismo de acción. Las píldoras de anticoncepción de emergencia no son efectivas si las mujeres se encuentran embarazadas. Plan B One-Step se cree que actúa como un anticonceptivo de emergencia principalmente evitando la ovulación o la fertilización (por alteración del transporte del esperma y óvulos). Adicionalmente, puede inhibir la implantación (por alteración del endometrio). No es efectiva una vez que el proceso de implantación ha comenzado".

Es importante referir que el inserto del producto PLAN B aquí glosado, ha sido revisado en julio del 2009, según se consigna al pie del documento.

§8. La necesidad de recurrir al principio precautorio en el caso concreto

47. Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto a la denominada "Píldora del Día Siguiente" y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislaciónprincipio precautorio. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre.

8.1. Principio precautorio

48. El principio precautorio inicialmente creado para la protección del hábitat de animales y después en general para la protección de la ecología y el medio ambiente, ha pasado ya también a ser pauta o recurso para el análisis de actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio.

49. Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.

50. Respecto de este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que "b) El "principio precautorio" o también llamado "de precaución" o "de cautela" se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este" [STC N.º 3510-2003-PA]. Adicionalmente ha señalado en la misma sentencia que "c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones".

51. Por lo expuesto, atendiendo a que, según lo evidenciado en autos, el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación; es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de definir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto.

52. No obstante ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones del lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día. Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del levonorgestrel para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.

8.2. Dilucidación de la controversia

53. Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos

materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada "Píldora del Día Siguiente" afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada "Píldora del Día Siguiente", debe ser declarado fundado.

54. Respecto al extremo de la demanda en el que se pide que una decisión del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, éste debe ser declarado infundado, pues de acuerdo a su configuración político constitucional, el Perú es un Estado que se sustenta, entre otros, en el principio de división, balance y control de poderes (artículo 43º de la Constitución), en los que el Poder estatal es ejercido de acuerdo a las funciones, atribuciones y competencias que la propia Constitución establece, con las consecuencias y responsabilidades propias de su función.

§9. Algunas consideraciones en torno a la venta de la denominada "Píldora del Día Siguiente"

55. Sobre la base de las consideraciones expuestas supra, se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo del Programa Nacional de Planificación Familiar del AOE. Sin embargo, este Colegiado estima necesario plantear algunas valoraciones sobre la venta y expendio del producto en farmacias privadas y establecimientos comerciales, no obstante no formar parte del petitorio de la demandante. Y ello porque los posibles efectos derivados de la libre comercialización desinformada de la AOE representan una amenaza concreta respecto de la cual no es posible permanecer indiferentes.

56. Todos estos elementos de análisis no se afincan en el ámbito de un pretendido perfeccionismo moral ni en el de la tutela dispensada por un Estado paternalista, Los términos de por sí complejos de la controversia exigen que se tome posición; conviene subrayar por ello que frente al relativismo moral y ético de las sociedades actuales, la Constitución establece "un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana" [ROBLES, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. pp. 183 y ss.]. Este Colegiado está convencido de que este consenso mínimo se encuentra en la afirmación de la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades.

57. Dentro del espectro de garantías de la tutela de los consumidores, en lo que a materia del presente caso corresponde, se emitirá pronunciamiento sobre el manejo de la información sobre los productos (de importancia para la salud pública y para una adecuada toma de decisión de consumo).

58. Así, en el fundamento 9 de la STC N.º 3315-2004-AA/TC, se ha interpretado que el artículo 65 de la Constitución se sustenta en un conjunto de principios, dentro de los cuales se encuentra el principioin dubio pro consumidor. El cual, en sí mismo, implica un mandato para los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado (entre ellos este supremo Tribunal) para que realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.

59. De allí que si había duda sobre los efectos reflejada en los insertos del producto, ésta ha debido merecer, antes del otorgamiento del Registro Sanitario respectivo que autorizó su expendio en nuestro país, una evaluación y, a partir de allí, una aprobación por parte de las autoridades de Salud, conforme a lo previsto en la normativa del sector. Se exige por tanto la realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que se cuente con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras entidades u organismos. De lo contrario, los consumidores quedarán en situación de indefensión por una deficiencia del Estado en su deber de cautelar los productos que ingresan al mercado, atendiendo sobre todo a la importancia que tienen en la salud y la vida humana misma. A esta situación se añade la comercialización indiscriminada, que no se encuentra acompañada de la correspondiente prescripción, o del necesario control médico previo y posterior en los supuestos extraordinarios de su ingesta, o de la frecuencia de ella. Asimismo, se oferta como un método anticonceptivo, siendo que ni siquiera los sectores médicos más entusiastas pueden darle dicho carácter. Todo lo cual configura una situación de irregularidad inconstitucional.

60. Por ello, este Colegiado considera que el presente caso permite revalorizar el status de consumidor no como el de ser sujeto pasivo de la economía que observa con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos y las entidades del Estado competentes desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatario fundamental de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Corresponde pues establecer límites fundamentados en la relevante posición que ocupa, lo que supone que no se puede permitir el acceso al mercado de productos cuyos efectos no se encuentran debidamente establecidos, por los riesgos inminentes que representa no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere.

61. Entonces surge la interrogante sobre la legitimidad del Estado para intervenir de alguna manera frente a esta situación. El razonamiento económico alega que en los "mercados perfectos" se debe permitir a los compradores y vendedores interesados llevar a cabo sus transacciones comerciales sin interferencia del gobierno. Pero los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, por lo que varias consideraciones apoyan la necesidad de participación del gobierno. Uno de estos supuestos habilitantes es el desequilibrio de información, pues a entender de este Colegiado queda acreditado que las mujeres destinatarias, y a menudo los profesionales de la salud, tienen dificultades para tener información completa acerca de la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.

62. En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada "Píldora del Día Siguiente".

Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada "Píldora del Día Siguiente" incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG "ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION"

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 29 de octubre de 2004 la ONG recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud, con la finalidad de que se abstenga i) de iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los que se pretenda su entrega gratuita, ii) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método Anticonceptivos Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República, puesto que con ello se vulnera el derecho a la vida del concebido.
2. Traído el proyecto a mi Despacho –proyecto con el que concuerdo– considero que es necesario realizar algunas precisiones en relación a un pronunciamiento anterior relacionado con la pretensión que se resuelve en autos.
3. En un caso anterior –Exp. N° 07435-2006-PC/TC– declaró fundada la demanda de cumplimiento y en consecuencia ordenó el cumplimiento de las resoluciones vigentes. En este caso la pretensión del actor estaba dirigida a que se dé cumplimiento a las resoluciones Ministeriales N° 0465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM, y se garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo.
4. En tal sentido, al haberse emitido dicho pronunciamiento que tendría relacion con la pretensión que se nos presenta por medio del proceso de amparo, es necesario precisar las diferencias que existe entre el objeto del proceso de cumplimiento y el proceso de amparo. El primero persigue que un funcionario o autoridad pública renuente acate una norma legal o ejecute un acto administrativo, debiéndose evaluar en este caso sólo si el mandato cumple con los requisitos establecidos en la STC N° 0168-2005-PC/TC, es decir deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes tales como:

a) Ser un mandato vigente.
b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
e) Ser incondicional.
   Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.
   Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:
f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
g) Permitir individualizar al beneficiario.

Este proceso constitucional tiene como principal finalidad la defensa y la eficacia de las normas legales y actos administrativos. El segundo tiene como finalidad reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental conculcado, es decir, en este caso se analiza el fondo de la controversia para verificar si existe vulneración de algún derecho fundamental, actuando como defensor y protector de éstos. En tal sentido la labor del juez constitucional en uno y otro proceso es diferente, puesto que en uno sólo se verifica el cumplimiento obligatorio de un acto administrativo o norma legal, mientras que en el otro se evalúa y analiza la controversia buscando la plena protección del derecho fundamental.

5. Es por tal sentido que si bien declaramos fundada la demanda de cumplimiento, esto fue en atención a la naturaleza del proceso en el que la pretensión del demandante perseguía no la vuelta al estado anterior a la vulneración o amenaza de un derecho fundamental sino el cumplimiento de un acto administrativo –Resoluciones Ministeriales–, evaluándose solamente si el mandato del cual se exigía su cumplimiento cumplía los requisitos exigidos en la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En consecuencia no se podría señalar que realizamos un pronunciamiento fondal que pudiera contradecir nuestra actual posición, puesto que en el caso presente sí se ha evaluado plenamente si la distribución de la denominada "Píldora del Día siguiente" puede atentar contra un derecho fundamental de primer orden como es el derecho a la vida.

6. Por lo expuesto he considerado necesario realizar las precisiones de manera que se eviten confusiones y se tilde nuestro pronunciamiento como contrario a uno anterior.

7. Pero además quiero agregar que el Estado como ente encargado de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, no sólo debe encargarse de distribuir, por medio de los centros de salud, métodos anticonceptivos, que en muchos casos, por desconocimiento, pueden encontrarse al limite con otros derechos, como en este caso el derecho a la vida, sino que también debe realizar programas de difusión y educación sexual –conforme a políticas establecidas–en los centros educativos, universidades y otros entes, de manera que se pueda crear conciencia en la colectividad para llevarla a decisiones de responsabilidad con mejor conocimiento y libertad.
Por lo expuesto mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda de amparo.

SS.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.° 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG "ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION"

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

En la sentencia recaída en el Exp. N.° 07435-2006-PC/TC, compartí la tesis del Tribunal Constitucional en el sentido que la llamada "Píldora del Día Siguiente" tenía efectos anticonceptivos. He cambiado de opinión. Un Tribunal de justicia puede decidir "problemas jurídicos" con apoyo en la ciencia si es que ésta se encuentra en capacidad de ofrecerle verdades indiscutibles e indubitables. Pero no es el caso de la llamada "Píldora del Día Siguiente" (en adelante, la PDS), toda vez que aún se observa en el ámbito de la embriología un arduo debate sobre si tiene, o no, efectos abortivos.

1. El derecho no puede ni debe sustituir a la embriología ni los jueces tienen que resolver los problemas de los científicos, ya que se corre el riesgo de afirmar sin demostrar o de argumentar sin convencer. En otras palabras, la sola afirmación de que la píldora es anticonceptiva no la provee de contundencia apodíctica, en la medida que el debate científico sobre sus efectos no está cerrado, por lo menos para quien suscribe el presente fundamento de voto. Contrario sensu, si se declarara con el mismo tono fundamentalista que la PDS tiene efectos abortivos, tal aserto tampoco agotaría un debate que por sus connotaciones jurídicas, filosóficas y éticas más parece una aporía.
Lo dicho hasta aquí no significa que el derecho no pueda resolver el "formidable problema" que subyace en la presente litis. Afirmar lo contrario significaría despojar a la Constitución de su cualidad de norma omnicomprensiva y omnisapiente. No hay vacíos en el ordenamiento jurídico. La Constitución tiene respuesta a todas las incertidumbres que la realidad de los derechos humanos le pueda plantear. Incluso en aquellos casos en que no sea posible encontrar apoyo en la ciencia.
Desde esta perspectiva, aun cuando tengo dudas sobre los efectos de la PDS, considero que es necesario reafirmar mi posición en defensa de los derechos fundamentales de la mujer, tal como quedó expresado en los siguientes términos en mi fundamento de voto recaído en el Exp. N.° 07435-2006-PC/TC.

El derecho a recibir información

2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19°, ha establecido que toda persona tiene derecho a "investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su artículo 19.°, señala que la persona tiene derecho a "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento". La Convención Americanasobre Derechos Humanos, en su artículo13.°, dice que toda persona tiene derecho a "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

A este elenco de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, se suma el inciso 4) del artículo 2° de la Constitución. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos es el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6° de la Constitución. Pero es, al mismo tiempo, un auténtico principio constitucional, que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, y para que se asuma a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable.

Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito al libre desarrollo de la personalidad

3. Considero que el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo.

4. Por consiguiente, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo. Así lo tiene establecido la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 16°: "Todas las personas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (...)". Este es un asunto que principalmente le compete a ella y constituye el núcleo duro de su autonomía personal; es la manifestación excelsa de su dignidad humana y de su potencialidad para ser madre. De ahí que, como principio y como derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad, y, particularmente, el derecho a la autodeterminación reproductiva es un límite a la actuación del Estado, lo que comporta la interdicción de cualquier política normativa destinada a impedir la decisión sobre la elección del momento de ser madre.

Derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de la mujer

5. Constituye un derecho de la mujer, según el artículo 10° inciso h), de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, el "acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia". No cabe duda que la PDS puede jugar en materia de planificación familiar un papel importante. Incluso podría tratarse de una alternativa excepcional a tomarse en cuenta por las políticas públicas de salud, de cara a las obligaciones del Estado de impedir la muerte de mujeres pobres que se someten a prácticas abortivas en condiciones de insalubridad. Sin embargo, lo que puede ser bueno y oportuno desde las razones de la política, tiene que ser compatible con el techo ético de la Constitución. Es decir, como lo han dicho los jueces Brennan, Powell, Marshall, Douglas, Stewart y Burger en el caso Roe Vs. Wade (1973) "nuestra tarea es resolver la cuestión desde criterios constitucionales al margen de las inclinaciones personales y las pasiones".

En este orden de ideas, soy consciente que la PDS puede servir para posibilitar un sistema de indicaciones a fin de evitar abortos traumáticos de la mujer o embarazos no deseados en los siguientes casos:

a) Motivaciones terapéuticas o médicas; para evitar que el embarazo ocasione un grave daño para la vida o salud de la madre.
b) Motivación criminológica; para evitar el embarazo por violación sexual.
c) Motivaciones eugenésicas; cuando es probable que el concebido conlleve al nacimiento graves taras físicas.

6. En esa misma línea sigo pensando que la violación sexual constituye un trato cruel, inhumano y degradante, que atenta contra la integridad de la persona y vulnera no sólo la Constitución, sino también los distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 5.° prescribe: "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Contraviene, también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe que "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Ese es mi punto de vista. Pero creo que si la PDS es abortiva, su utilización como parte de la política estatal relacionada con la planificación familiar no debería estar permitida. Es más, en tal supuesto sería necesaria una profunda reforma constitucional, toda vez que la Constitución expresa con absoluta claridad su voluntad de que el Estado y la sociedad protejan la vida humana en todas las etapas de su desarrollo. A ese mandato no podemos oponernos los jueces, independientemente de la posición que tengamos en relación con el aborto y los efectos de la PDS.

7. Pero su prohibición como parte de una política general en caso de que sea abortiva no ha de suponer tampoco una interdicción absoluta, ya que el juez debe estar siempre en la posibilidad de evaluar caso por caso, proceso por proceso, las situaciones de extrema gravedad, en que ya no sea posible a la mujer exigirle un sacrifico

de sus propios derechos fundamentales. Para ello no es necesaria ni siquiera la intervención del legislador. La solución puede obtenerse por la vía pretoriana.

La posición constitucional del concebido

8. El nasciturus, en el marco de la Constitución, posee dignidad humana y, por ende, es también titular de derechos. Nuestra Constitución –a diferencia de otros países– declara expresamente que el concebido es sujeto de derechos. Esta posición principista obliga a que se establezca un trato de igualdad entre el nasciturus y la mujer. Otorgarle al concebido el status de sujeto con derechos implica:

a) Que el nasciturus no es para la Constitución un proyecto de vida o vida potencial. Es un sujeto con derechos.
b) No es un bien jurídicamente protegido, sin derechos fundamentales, según el conocido pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España.
c) Nuestra Constitución no otorga a la mujer el derecho de abortar de un modo libre.

9. Pero si los derechos fundamentales de la persona no son absolutos, sino relativos, consecuentemente también lo son los del nasciturus. Constituye doctrina unánimemente aceptada que el ejercicio de los derechos puede estar sujeto a diversos límites:

- Los establecidos por la ley de acuerdo con mandatos constitucionales y con la finalidad de preservar otros derechos: (artículo 2º, inciso 5 de la Constitución, el derecho de acceso a la información pública, con excepción de la que afecta la intimidad personal y las que expresamente se excluyen por ley o por razones de seguridad).
- Los establecidos por la ley de acuerdo con mandatos constitucionales y con la finalidad de proteger algunos bienes constitucionalmente valiosos: (artículo 2º inciso 11, la libertad de tránsito puede limitarse por razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería; el derecho de reunión, artículo 2º inciso 12, por motivos probados de seguridad o sanidad pública).
- Los establecidos directamente por la propia Constitución: (artículo 34º, los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden elegir ni ser elegidos).

En este orden de ideas, es probable que en la "relación fáctica" los derechos del nasciturus entren en colisión con los derechos a la vida, a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada. En tales supuestos, la interrupción del embarazo puede estar permitido si su continuación representa para la mujer un grado tan extremo de sacrificio de sus derechos que no pueda esperarse más de ella (criterio de no exigibilidad de otra conducta).

Sin embargo, por la posición relevante que el nasciturus posee en nuestra Constitución, el determinar con criterios de generalidad la solución de los casos en que pueda producirse una colisión de derechos, no es tarea que les corresponda a los jueces o al legislador ordinario. Desde nuestro punto de vista, el constituyente es el único que puede autorizar al legislador la adopción de un sistema de indicaciones más allá del aborto terapéutico; sin perjuicio, claro está, de lo que expreso en el numeral siete del presente fundamento.

10. Pero si los efectos de la PDS son inciertos, entonces al Estado le corresponde salvaguardar al nasciturus siempre que sus derechos no entren en conflicto con los derechos de la madre. Y, aun en este hipotético caso, el aborto debe ser la última ratio. Para que esto sea factible es necesario la puesta en marcha de una política pública que permita – siempre bajo la decisión del juez – impedir hasta donde sea posible la interrupción del embarazo. Eso podría ser materializado si antes de una decisión de tal trascendencia la madre puede recibir por parte del Estado apoyo moral, consejo jurídico y ayuda psicológica, de manera que el nacimiento del niño no deseado se haga realidad. El Estado debe sentar las bases de una política que permita la adopción por padres responsables de los niños que son fruto de embarazos no deseados. O la instauración de instituciones públicas o privadas que tengan como expresa misión procurar viabilidad a los derechos de un niño por nacer.
En la línea de salvaguarda de los derechos del nasciturus, que también obtiene protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la PDS no puede repartirse, porque es una regla de insoslayable cumplimiento estatal el principio "in dubio pro homine". En caso de duda hay que estar por el derecho de la persona y si se desconoce los efectos de la PDS, el Estado no debe incluirla entre sus políticas de planificación familiar en los establecimientos públicos.
Son estas las principales razones las que me llevan a declarar FUNDADA la demanda.

11. Sentado ello, las particulares razones de orden dogmático doctrinario por las que no comparto los fundamentos de la sentencia, pero si su parte resolutiva son las siguientes:

a. No comparto las interrogantes planteadas en el fundamento 7, toda vez que no han sido formuladas por la demandante como temas a dilucidar para resolver la pretensión planteada; y, en segundo término, porque el tema central de la controversia, en mi consideración, se centra únicamente en determinar si la PDS vulnera de forma flagrante el derecho a la vida por tener un efecto abortivo.
   Además, porque algunas de las preguntas que se han planteado en el fundamento referido no encuentran respuesta en la fundamentación de la sentencia, como por ejemplo, ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano? Y ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
b. El fundamento 13 me parece innecesario porque se apoya en doctrina respetable, pero solo se aboca a describir un hecho natural desde la perspectiva médica o genética, lo cual, obviamente, no aporta elementos de juicio objetivos para resolver la controversia planteada.

c. No comparto el fundamento 14, porque considero que la resolución del presente caso no plantea una discusión sobre qué teoría debe elegirse para determinar el inicio de la vida; el conflicto constitucional concreto exige determinar si la PDS vulnera de forma flagrante el derecho a la vida. Además, porque las teorías sobre el inicio de la vida planteadas en el fundamento referido lo que aportan son cuestiones relacionadas con la medicina o la genética, que en mi consideración no deben ser ponderadas para resolver la controversia planteada.

d. Las bases del fundamento 21 no son sólidas, debido a que sobre la base de una resolución ministerial se resuelve un tema médico como un hecho jurídico cierto; en otras palabras, señalar que la palabra "fecundación", al encontrarse reconocida en la resolución ministerial, supone que en nuestro ordenamiento se ha adoptado la teoría de la fecundación, implica adscribirse a una teoría médica, lo que, como he señalado, no resuelve el conflicto constitucional planteado.

e. No me parece razonable el fundamento 22, porque un Tribunal Constitucional no puede argumentar ni fundamentar sus decisiones haciendo referencia a diccionarios jurídicos, por muy respetados y autorizados que sean los autores, como es el caso de Francisco García Calderón. En mi opinión, un Tribunal Constitucional debe tener como primera fuente de argumentación o fundamentación el texto mismo de la Constitución, o en todo caso los diarios de debate de la Constitución que plasman la razón, intención y pensamiento del constituyente, o su propia jurisprudencia o la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la de otros tribunales constitucionales.

f. Discrepo del fundamento 23, en la medida que las posiciones doctrinarias descritas son fundamentalistas y no resuelven el debate sobre el inicio de la vida, sino que lo soliviantan. Además, porque el inicio de la vida no es un tema que corresponda ser dilucidado por un juez, pues desde la perspectiva médica o genética aún es un hecho incierto.

g. Los fundamentos 24, 26, 27 y 28 son erráticos, en la medida que en la sentencia la interpretación institucional no ha sido utilizada para resolver la pretensión planteada, pues el aspecto sociológico no ha sido tomado en cuenta, y tampoco no se ha concretizado ninguna disposición de algún artículo de la Constitución.
Además, porque doctrinariamente considero que los principios interpretativos de unidad de la Constitución, de eficacia integradora y de concordancia práctica, no pueden ser atribuidos como únicos y exclusivos de la teoría institucional, debido a que tienen su origen en la teoría general de la interpretación jurídica, aunque son configurados por el Derecho Constitucional.

h. Los fundamentos 32 y 34 son contradictorios con el fundamento 47, ya que el principio citado en este último fundamento (principio precautorio) es el que parece servir de ratio decidendi, y no los principios pro homine y pro debilis.
Además, porque en el presente caso no existe un conflicto de disposiciones normativas para que pueda utilizarse el principio pro homine a fin de aplicar la interpretación más favorable al destinatario de la norma, sino un aparente silencio constitucional sobre el momento en que se inicia la vida. En todo caso, el principio de interpretación que debió aplicarse es el de favor libertatis, a fin de desplegar la mayor eficacia del derecho a la vida.
En sentido similar, considero que la aplicación del principio pro debilis es imprecisa, pues no señala quién es la parte más débil o la que se halla en inferioridad de condiciones y que la haga más vulnerable, ni quién es el adversario. En todo caso, debe tenerse presente que, bajo determinadas circunstancias, que le corresponden al juez dilucidar, la mujer puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad especial mayor a la del nasciturus.

i. No estoy de acuerdo con el fundamento 38, pues soy consciente de las limitaciones de un juez frente a las complejidades que aún no resuelve la medicina o la genética; por ello, no creo que al Tribunal Constitucional le competa determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana, pues ello es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, y cuya evaluación considero que no le corresponde al Tribunal Constitucional en esta decisión.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.° 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG "ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION"

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y CALLE HAYEN

Con el debido respeto por la opinión vertida por nuestros colegas magistrados, emitimos el siguiente voto singular, por cuanto no estamos de acuerdo con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría.

Con fecha 29 de Octubre del 2004, la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga a) de iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del Día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha

cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada "Píldora del día siguiente", por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida, proceder que sin embargo, resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se esta propiciando con el citado programa abortivo. Lo sorprendente es que para tratar de legitimar su proceder la Ministra argumenta que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud, responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aún a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, caducidad y falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda, solicita que la misma sea declarada improcedente y/o infundada fundamentalmente por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema Nº 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel, encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico. Culminadas las labores de la misma dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

A raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial Nº 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las "Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva" que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo. Agrega asimismo que mediante Resolución Defensorial Nº 040-2003-DP del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial Nº 78 "Anticoncepción Oral de Emergencia" en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

El tal sentido, el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación; lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005, el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el "tercer efecto" del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de Amicus Curiae diversas entidades y organizaciones:

j) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional Nº 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial Nº 040-2003/DP del 19 de Diciembre del 2003 concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo tanto solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.

k) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 06 de Diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.

l) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud) quien mediante escrito del 14 de Marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no

impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado, un asunto de salud pública, en tanto que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres, contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.

m) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Por lo demás, la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, solo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.

n) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMXEX) quienes mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.

o) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA) quien mediante escrito del 20 de Julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.

p) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.

q) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.

r) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del ovulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción. Por otra parte y de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de Noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en cuanto al extremo en que se declara fundada la demanda, por lo que reformándola la declara fundada en parte, pero solo en cuanto se refiere a una vulneración sobre el derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva, no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por lo demás se declaran infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señalaba que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia, carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1) Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que el Ministerio de Salud se abstenga de: a) iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del Día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) distribuir bajo etiquetaspromocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

2) La controversia se centra en la constitucionalidad o no del denominado "Anticonceptivo Oral de Emergencia" (AOE en adelante) y a la prohibición o no que el Estado ha de asumir frente al mismo. Estos aspectos se explicitan en lo siguiente: a) La protección del Estado al derecho a la vida, sus contenidos y sus eventuales límites, b) La posición constitucional del concebido en el ordenamiento jurídico peruano y la determinación del proceso de la concepción, c) El Estado Social de Derecho, la política nacional de población, la planificación familiar y el uso de métodos anticonceptivos, d) El Anticonceptivo Oral de Emergencia. Utilización y efectos o incidencias en su administración gratuita.

Legitimación Procesal

3) De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y al margen de que la sede judicial se haya pronunciado sobre las excepciones en su momento deducidas por la Procuradora Públicaa cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, consideramos necesario puntualizar, particularmente por lo que respecta a la condición procesal de la demandante, que esta última tiene plena legitimidad para plantear el presente proceso constitucional, habida cuenta de los alcances de la pretensión planteada que, al margen de

que pueda o no resultar legítima, incide sobre el derecho fundamental a la vida, que no sólo puede ser invocado a título subjetivo sino que tiene el carácter de un valor objetivo o de trascendencia general que, como tal, puede ser reclamado en forma totalmente abierta y no restringida, como lo pretende la demandada.

El Derecho a la Vida. Sus contenidos formal y material y sus eventuales límites.

4) La vida de un ser humano constituye el presupuesto indispensable para que el Estado lo reconozca como persona, según se puede inferir del artículo 1° de la Constitución. Su reconocimiento es el fundamento del goce y ejercicio de su dignidad y demás derechos fundamentales, constituyéndose en fines esenciales del Estado, la sociedad, así como, también, de la economía y la naturaleza. Motivo por el que el ordenamiento jurídico y, en particular, el ordenamiento constitucional, le prestan atención preferente.

5) Desde que el Estado reconoce la vida en dignidad como un derecho natural, se impone delimitar sus contenidos o alcances. La vida digna se constituye a través de la existencia somática y psíquica del ser humano, la cual es la base del proyecto de vida, que se expresa en la autonomía y libertad de cada individuo que lo hace único e irrepetible.

6) El derecho a una vida digna procura la integración y el desarrollo humano en una doble dimensión: una dimensión existencial en la que la vida tiene un reconocimiento y protección progresiva, en tanto impone la presencia de garantías para preservar su existencia; y una dimensión social en la que la vida requiere satisfacer necesidades básicas compatibles con el desarrollo humano.

7) El que la regla general sea la defensa y desarrollo de la vida en dignidad no significa que ésta se produce en abstracto, sino de forma concreta y cotidiana. Así, puede existir y de hecho existen circunstancias en las que tal derecho puede verse afectado o limitado de manera natural, accidental o criminal, donde el Estado regula, proscribe, procesa y sanciona a los responsables, de conformidad con la ley.

8) Importa entonces considerar que la Constitución de 1993 ha regulado el derecho fundamental a la vida digna, garantizándola; pero, poniéndolo en cada caso, en concordancia directa con otros derechos fundamentales, así como, valores y principios constitucionales. Sólo así será posible dar una respuesta, lo más razonable posible, a eventuales circunstancias conflictivas no deseadas, pero existentes, sea que involucren la vida de la persona humana o del concebido.

La posición jurídica del concebido en el ordenamiento jurídico peruano y la determinación del momento de la concepción.

9) El mensaje que la Constitución incorpora al reconocer el derecho fundamental a la vida se dirige a considerar que dicho atributo se refiere tanto a la persona humana como sujeto de derecho individualizado a partir de su nacimiento, como el reconocimiento constitucional de la existencia del concebido, en cuanto sujeto de derecho que está por nacer. El Artículo 2°, inciso 1) de nuestra norma fundamental es concluyente al respecto al reconocer no solo que "Toda persona tiene derecho: ...A la vida" sino que "El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

10) Por otra parte y en concordancia con la directriz establecida en la Disposición Final Cuarta de nuestra norma fundamental ("Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"), cabe añadir, que el Artículo 4°, inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica ha previsto no solo que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida" sino que "Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción".

11) A nivel infraconstitucional, son diversas las normas que se pronuncian sobre el tema. De todas ellas merecen destacarse, por su adecuado enfoque y por su correcto manejo de los términos: a) El Código Civil de1984, cuyo Artículo 1° reconoce que "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento" que "La vida humana comienza con la concepción" y que "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece"; b) El Decreto Legislativo 346 o Ley de Política Nacional de Población del 06 de Julio de 1985, cuyo Título Preliminar, Artículo IV, inciso I establece que "La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: A la Vida" y que "El concebido es sujeto de derecho desde la concepción"; o c) La Ley General de Salud del 20 de Julio de 1997 (Ley N° 26842), cuyo Titulo Preliminar, Artículo III, prevé que "Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley..." así como que "El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud".

12) De las glosadas disposiciones constitucionales y legales, se aprecia, que el Estado está obligado a proteger la vida en cuanto atributo le corresponde, tanto sobre la condición de la persona ya nacida, como sobre la condición del sujeto de derecho que está por nacer (claro está, con sus evidentes alcances y correspondientes límites), pero, no se infiere de dicho bloque constitucional que el ordenamiento haya definido en si mismo el instante preciso en que acontece la concepción.

13) Debates científicos de larga data han intentado dar respuesta al tema, optando por diversas posiciones o teorías, de las cuales dos son las más difundidas a) La Fecundación y b) La Anidación.

Para la Teoría de la Fecundación, la vida se inicia en el instante posterior a la relación coital en que el espermatozoide (en cuanto elemento masculino) penetra en el óvulo (en cuanto elemento femenino). A partir del momento en que quedan fusionadas ambas células se configura una unidad autónoma y totalmente distinta

(cigoto) capaz de desarrollarse por si misma, en tanto las condiciones que le ofrece la naturaleza sean las óptimas o adecuadas. Si por consiguiente, se trata de delimitar el inicio de la concepción, el referente no sería otro que la fecundación, ya que lo que viene después, simplemente es su desarrollo.

Para la Teoría de la Anidación, en cambio, la fecundación es importante, pero no determinante del inicio de la concepción, pues el cigoto necesita no solo desarrollarse durante un periodo determinado de días (aproximadamente siete) sino que requerirá obligatoriamente implantarse (anidarse) en la capa interna del útero (el endometrio) que es donde recién podrá gozar de las condiciones necesarias que hagan plenamente viable un embarazo. Durante la fase en que el cigoto aún no se encuentra anidado no se puede asegurar la existencia del embarazo ya que no se han dado las condiciones naturales para ello; prueba de lo señalado, es que muchos de los óvulos fecundados (casi el 60%), nunca llegan a implantarse y se pierden antes de la ovulación sin que la propia persona se percate de ello. La determinación del inicio de la concepción y, en consecuencia, de la subjetividad de la protección constitucional en todo cuanto le favorezca, no es entonces algo que dependa de la fecundación, sino de la anidación, incluso con límites. Esto en la medida que la misma ciencia ha determinado que parte de los óvulos fecundados que logran implantarse, tampoco aseguran su existencia y desarrollo por diversos motivos naturales.

14) El Tribunal Constitucional a nuestro entender, no debe pretender solucionar debates científicos ni mucho menos definir lo que solo las especialidades respectivas están llamadas a dilucidar y responder; pero sí es su responsabilidad ser el intérprete constitucional, con el auxilio que cada ciencia o disciplina le proporciona en cada caso, en el espacio y tiempo pertinente. Naturalmente y para tal efecto la ciencia jurídica deberá sustentar sus posiciones de acuerdo con fundamentos que resulten razonables (justos o compatibles con el sentido común) lo que supone por correlato, la exclusión de posturas que resulten típicamente decisionistas o de argumentos carentes de un mínimo o elemental respaldo. El derecho, en suma, no va a definir lo que es propio de las otras ciencias, pero si puede tener en cuenta todas aquellas respuestas suficientemente sustentadas que le ofrecen estas.

15) Al respecto cabe señalar que la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien en su condición de organismo internacional de las Naciones Unidas, especializado en la materia, se ha orientado hacia la teoría de la anidación al considerar que el embarazo sólo comienza cuando se completa la implantación y por tanto hay aborto cuando se interrumpe el embarazo; a esta postura, por lo demás, se han sumado otras entidades especializadas como el Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología y en nuestro medio, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, sin perjuicio de haber sido también recogida por instituciones autorizadas en la temática de los derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo (Cfr. La Anticoncepción Oral de Emergencia. Informe Defensorial Nº 78, Defensoría del Pueblo, Lima Junio del 2004, Págs. 30-32)

16) Adicionalmente a lo expuesto es de considerar, por ser especialmente significativo en el plano jurídico, que en el ámbito del derecho penal, escenario donde como bien se sabe, se protege de manera intensa los bienes jurídicos esenciales la determinación de la existencia del delito de aborto, toma como referencia directa el inicio de la gestación. Los artículos 115º, 118º, 119º y 120º del Código Penal no dejan dudas al respecto, al referirse en todos estos casos, a la "gestante" al "embarazo", o simplemente a la "embarazada". No existe a nivel de la jurisprudencia penal, un solo caso en el que se haya sancionado a una persona por el citado delito, sin que exista constancia o acreditación a ciencia cierta, del estado de embarazo, gestación o concepción.

17) No obstante, con las afirmaciones precedentes, es de absoluta relevancia puntualizar que no estamos afirmando que el estatus de un embrión fecundado pero no anidado no se encuentre ligado a un tema concerniente con la vida y tampoco estamos tomando posición respecto al debate de la ciencia respecto de las teorías del inicio de la concepción. Sin embargo, atendiendo a la relevancia de la materia, es que consideramos necesario recomendar que el Estado, a través de sus órganos competentes, estime debatir una legislación que responda al tratamiento que el derecho debe dar al embrión antes de su anidación.
Por lo pronto se encuentran vigentes el Código de los niños y adolescentes (Ley 27337); la Ley General de Salud (Ley 26842 y el Reglamento de Ensayos Clínicos aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2006-SA que establecen la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación; la Resolución Ministerial Nº 373-2008-TRA dictada en el marco de la Ley 28048 que aprueba el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que generan riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los periodos en los que afecta el embarazo; el listado de actividades, procesos, operaciones o labores, equipos o productos de alto riesgo; y, los lineamientos para que las empresas puedan realizar la evaluación de sus riesgos; el Decreto Supremo N° 009-97-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica en el marco del Decreto Ley N° 21875, Ley Orgánica del Instituto Peruano de Energía Nuclear-IPEN (en especial su artículo 39º que dispone que "Se evitarán los procedimientos de diagnóstico o de terapia que ocasionen exposición en el abdomen de una mujer embarazada o probablemente embarazada, a menos que existan fuertes indicaciones clínicas, en cuyo caso se deben tomar todas las medidas de protección para reducir las dosis al embrión o feto")
El Estado Social de Derecho, la política nacional de población, los derechos reproductivos y el uso de métodos anticonceptivos.

18) El Estado Social de Derecho, como lo ha precisado nuestro Colegiado en más de una oportunidad, es el modelo por el que opta el ordenamiento constitucional peruano. Por tal modelo de Estado, los roles abstencionistas típicos del constitucionalismo liberal, se ven integrados y más aún, redimensionados, por la asunción de deberes y obligaciones positivos o prestacionales, estos últimos, legitimados sobre la base de objetivos sociales plenamente reconocidos en nuestro ordenamiento. De acuerdo con estos últimos, el Estado no se limita a ser un garante de las libertades, sino un propulsor de derechos. Su misión, antes que vigilante es promotora, especialmente sobre aquellos derechos cuya realización requiera de condiciones materiales para su plena efectividad.

19) Aunque los niveles de actuación que pueda tener un Estado Social, no son iguales en todos los casos, dependiendo ello de la naturaleza de los derechos eventualmente involucrados y por sobre todo, de un adecuado equilibrio entre estos y los objetivos o finalidades que la Constitución proclama, queda claro que en ninguna circunstancia se puede objetar, la necesidad de legitimar conductas positivas y de establecer políticas estatales que las sustenten.

20) En el contexto descrito, cuando el Artículo 6º, primer párrafo, de nuestra Constitución Política proclama que "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables" que "Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir" y que "...el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud", lo que está queriéndose indicar es que con independencia de la libre voluntad de procreación que tienen las personas y las familias, es necesario fomentar una cultura de responsabilidad en las mismas que resulte compatible con el equilibrio demográfico del país. A tales efectos la política nacional de población, no solo se limita a trazarse como una estrategia de acción, sino que comprende aspectos educativos, informativos y materiales que sin afectar derechos esenciales como la vida o la salud, permita consolidar los objetivos de responsabilidad en el rol de las personas.

21) En rigor, son esencialmente dos los mensajes centrales que encierra el citado dispositivo, y que aún cuando se encuentran intervinculados entre si, vale la pena, analizarlos por separado.

22) La Política Nacional de Población, es un tema de libre opción del legislador y del ejecutivo pero dentro del marco de la Constitución. Sin embargo, también debe tener en cuenta las falencias económico-sociales que nos acompañan y de la incidencia de las mismas sobre la población (especialmente sobre aquella con menores recursos). Es necesario el diseño de una estrategia que permita la superación de situaciones como las descritas en forma paralela al crecimiento o desarrollo del país. En tales circunstancias, el equilibrio demográfico no es una meta que pueda considerarse cuestionable, sino una manera de asegurar el disfrute de condiciones por parte de todos los peruanos haciendo viable el concepto de una auténtica vida digna.

23) Ahora bien, el equilibrio demográfico en el contexto de un Estado no solo social, sino y por sobre todo, Democrático, no puede de ninguna manera suponer imposiciones o intromisiones en la esferaautodeterminativa del individuo, sino fórmulas inteligentes y por demás legítimas de cara a los valores y bienes constitucionales. La Constitución, se esfuerza en ello y por lo mismo predica que la manera de entender como legítima la actuación del Estado frente a la sociedad es a través de la paternidad y maternidad responsables, concepto este último que como ya se ha adelantado busca generar, dentro del mas irrestricto respeto por la libertad y autonomía personal, un clima de responsabilidad o toma de conciencia en las familias o personas que decidan procrear.

24) Correlato en la existencia de la citada política nacional de población, es sin embargo y como ya se ha visto, el reconocimiento del derecho que tienen las familias y personas de decidir el número de hijos que desean tener. Se ingresa así al escenario de los llamados derechos reproductivos, que permiten, entre otras cosas, reivindicar la libertad responsable para disponer sobre la propia capacidad reproductiva (como, cuándo y cuántos hijos tener), a optar por el método de control anticonceptivo legal que resulte de preferencia, y al de gozar de la información y los medios necesarios destinados a dicho cometido.

25) Los llamados derechos reproductivos no son absolutos, sino relativos; en la medida que tienen una doble naturaleza, son derechos subjetivos en cuanto la decisión sobre su puesta en ejercicio no requiere ningún tipo de intervención que no sea la estrictamente personal, y son al mismo tiempo objetivos, en tanto su plena realización sólo se consigue en el marco de las regulaciones jurídicas proporcionadas desde el Estado, particularmente de aquellas normas prohibitivas, como permisivas. Dentro de estas últimas, las que garantizan la información y el acceso a métodos o fórmulas que permitan hacer viable la autodeterminación reproductiva, sea en un sentido positivo (voluntad de procrear) sea en un sentido negativo (voluntad de no procrear).

26) En el contexto descrito es donde cobra especial protagonismo la presencia de métodos anticonceptivos como fórmulas de control de la natalidad. Para nadie es un secreto que si lo que se busca es garantizar la paternidad y maternidad responsables son diversas y muy variadas las fórmulas tendientes a lograr dicho cometido; ellas pueden inspirarse en técnicas propiamente naturales (abstención, control temporal, etc.), como también en fórmulas artificiales, creadas ex profeso para dicho propósito (instrumentos, sustancias o medicamentos anticonceptivos). Como es evidente, en el acceso a los citados métodos adquiere un papel gravitante el Estado, sea para informar adecuadamente de su existencia y alcances, sea para garantizar su disponibilidad a las

personas interesadas, principalmente, a aquellas con menores o más escasos recursos.

27) Respetando la libertad de creencias y los enjuiciamientos que algunos sectores han formulado sobre los métodos anticonceptivos de tipo artificial, consideramos viable su utilización en tanto cumpla con los estándares médicos de calidad, eficiencia, seguridad e información. Igualmente consideramos legítimos los llamados métodos naturales. El sustento constitucional de tal premisa es pues y como ya se ha visto, el fomento de una adecuada como necesaria paternidad y maternidad responsables.

El Anticonceptivo Oral de Emergencia. Utilización y efectos o incidencias en su administración.

28) El llamado Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE), en el escenario descrito, se encuentra referido a "determinados métodos usados por las mujeres después de pocas horas o pocos días de haber tenido una relación sexual sin protección, con la finalidad de prevenir el embarazo", definición esta última que ha sido adoptada por el Consorcio para la Anticoncepción de Emergencia y que se encuentra integrado por más de 25 organizaciones internacionales e instituciones no gubernamentales y gubernamentales que vienen trabajando en el campo de la salud, educación y derechos sexuales y reproductivos, encontrándose integrado al mismo, la propia Organización Mundial de la Salud

29) Existe uniformidad de criterio en estimar que la razón por la que se hace legítimo contar con la existencia de los AOE radica en el hecho de prevenir, urgentemente, embarazos no deseados. Determinar en todo caso, las motivaciones por las que se opta por tal decisión, puede responder a diversas circunstancias que a nuestro juicio dependen de la estricta autonomía personal. A diferencia de la polémica que suele suscitarse cuando se trata de la interrupción voluntaria del embarazo (es decir, del proceso de concepción ya iniciado) donde la determinación de las motivaciones que lo acompañan, puede resultar y de hecho resulta un asunto gravitante a considerar, no ocurre lo mismo, cuando se trata de prevenirlo. En tal contexto es solo la persona o, desde una perspectiva más amplia, la pareja, la que decide en total e irrestricta autonomía.

30) Se acepta a nivel internacional la existencia de dos formas de Anticonceptivos de Emergencia. Unos son de tipo hormonal y otros de tipo no hormonal. Los de tipo hormonal se aplican a través de dos posible planes o métodos: el método Yuzpe que supone la ingesta de una combinación de estrógenos (etinil estradiol) y progestágenos (levonorgestrel, norgestrel, gestodeno o desogestrel) o la ingesta de sólo progestágenos. Entre los anticonceptivos de emergencia no hormonales, encontramos a los dispositivos intrauterinos post coitales o también a la denominada Píldora RU 486. Es pertinente precisar que no todos los anticonceptivos considerados de emergencia, son los autorizados en nuestro país como parte de los programas de planificación familiar, sino específicamente los de tipo hormonal.

31) De acuerdo con la información científica de la que se dispone, existe consenso en señalar que es el anticonceptivo de emergencia no hormonal conocido como Píldora RU 486, el que puede considerarse como de efectos típicamente abortivos; sin embargo también es conveniente anticipar que no es sobre éste último que se realiza el presente análisis, toda vez que, como ya se anticipó, se encuentra totalmente excluido de los programas de planificación familiar existentes en nuestro país.

32) Tomando en cuenta que el presente análisis se circunscribe a los anticonceptivos de emergencia de carácter oral, que si han sido autorizados en los programas de planificación familiar existentes en el Perú, debe precisarse, en primer término, que si se examina sus diversos componentes, es perfectamente posible acreditar que estos últimos son, en la práctica, los mismos que conforman los anticonceptivos de uso normal, con la única variante que son administrados en dosis mayores y en forma posterior a la relación sexual; en otras palabras, la ingesta de anticonceptivos de uso normal en dosis mayores (por ejemplo 0.75mg en dos tomas sucesivas de levonogestrel) y luego de la relación sexual tendrá el mismo efecto que los AOE.

33) Si se trata en consecuencia de precisar la ubicación de los AOE, en el ámbito de la política de control de la natalidad, una primera conclusión, sería entonces la de considerarlos como métodos de anticoncepción absolutamente regulares.

34) Determinar sin embargo los efectos o incidencias de los AOE, es lo que a pesar de todo y por largo rato ha estado en el centro del debate. La comunidad científica, en un principio, ha venido considerando uniformemente que son dos los efectos o incidencias de los mismos a) Un efecto sobre el proceso de ovulación, el mismo que es inhibido o retrasado, y b) Un efecto sobre el proceso de migración espermática, el que se ve interrumpido o dificultado al volverse inusualmente espeso el moco cervical. En uno u otro caso no existiría mayor observación, desde que incidencias como las descritas, son típicas de todo método anticonceptivo y no tienen nada de irregulares, tanto más si se producen en el período anterior a la fecundación.

35) Posteriormente se ha mencionado la existencia de un tercer efecto, que al incidir directamente sobre el endometrio o capa interna del útero, podría alterar el proceso de implantación del embrión y por tanto podría resultar abortivo. Sobre el particular la comunidad científica acepta que junto con los dos efectos antes descritos, también se podrían producir determinadas alteraciones sobre el endometrio. Sobre esta base, consideramos que el punto central del debate consistiría entonces en determinar, si las aceptadas alteraciones endometriales, por muy leves que resulten, serían tan gravitantes como para provocar una afectación decisiva en la existencia del cigoto, sea para impedir o inhibir su anidación, sea para fomentar su desprendimiento. Sin embargo, el ingreso a este debate sólo se puede dilucidar con el apoyo de la ciencia acudiendo a sus postulados relevantes y consistentes en el actual espacio y tiempo.

36) La respuesta, de acuerdo con la información de la que se dispone, no permite considerar como válidas las observaciones formuladas al uso de los AOE. En primer lugar, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno, por lo menos a instancias del fármaco. Basta con revisar la posología del cualquier AOE para acreditarlo (inclusive la demandante ha acompañado una de estas posologías a fojas 610-A, en la que se deja claramente establecida esta consideración). En segundo lugar, consideramos, atendiendo a la posible afectación del derecho a la vida o, en todo caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido constituido por la vida del embrión contenido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, que es pertinente pronunciarse respecto de si la inhibición de su implantación implica la afectación del derecho-bien a la vida humana; No obstante, acudiendo nuevamente al estado actual de la ciencia debe verificarse si este efecto se encuentra presente o si se han despertado dudas razonables de su existencia.

Al respecto es importante referir que si bien en un comienzo no estaba acreditado el nivel de incidencia que los AOE generaban sobre el endometrio y por tanto había quienes señalaban una eventual consecuencia en el proceso de anidación o implantación —como lo advirtió la propia Organización Mundial de la Salud al referirse a los estudios realizados con relación al método Yuzpe pero en condiciones de aplicación regulares post coitales, es decir no en situaciones de emergencia, y con dosis mayores y no controladas como las que se postulan en la actualidad— al afirmarse que "No se ha establecido claramente el mecanismo de acción de las píldoras anticonceptivas de emergencia. Varios estudios indican que pueden inhibir o retrasar la ovulación. También se ha pensado que pueden impedir la implantación, alterando el endometrio. Sin embargo, las pruebas de estos efectos endometriales son confusas y no se sabe si las alteraciones del endometrio observadas en algunos estudios bastan para impedir la implantación. Es posible también que impidan la fecundación el transporte de los espermatozoides o los óvulos, pero no hay datos sobre esos posibles mecanismos. Las píldoras anticonceptivas de emergencia no interrumpen el embarazo, por lo que no constituyen en absoluto un tratamiento abortivo"(Cfr. Publicación de la OMS de 1999: "Anticoncepción de Emergencia: Guía para la Prestación de Servicios (WHO/FRH/FPP/98.19").

Sin embargo, luego de varios estudios que profundizaron en la investigación de los efectos del AOE el Programa Especial de Investigación, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana (HRP) concluye que "Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel, previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero)o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto" (ver Boletín de la HRP de octubre de 2005). Ahora bien, el HRP es el Programa Especial PNUD/UNFPA/OMS/BANCO MUNDIAL de Investigaciones, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana creado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1972 y desde esa fecha, reúne a planificadores de políticas, científicos, prestadores de servicios de salud, clínicos, consumidores y representantes de la comunidad con el fin de identificar las prioridades en materia de salud sexual y reproductiva y de encontrar soluciones sostenibles. El HRP es el único órgano del sistema de las Naciones Unidas que tiene el mandato mundial de dirigir investigaciones en materia de reproducción humana, función sancionada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial (Cfr. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/hrp_brochure_sp.pdf)

37) Al respecto, resulta muy ilustrativo constatar lo que Gedeon Richter Ltd., fabricante del producto cuestionado y citado por la propia demandante como fuente de respaldo a la existencia del tercer efecto (fojas 610-A, escrito de fojas 617 a 620), menciona expresamente: "... los resultados de estudios recientemente publicados demuestran que el endometrio permanece intacto y que no se produce ninguna alteración en la receptividad endometrial después de tomar 0.75 mg de levonorgestrel. Los resultados de otros estudios mostraron cambios en factores que probablemente solo juegan un rol en la receptividad endometrial. En un estudio se observó la alteración de la superficie endometrial únicamente cuando se ingirió intencionalmente altas dosis de levonorgestrel, a saber 3 mg del esteroide. Sin embargo, es poco probable que se detecte estos cambios cuando se administra la dosis recomendada". Por lo demás "También se sabe que el levonorgestrel no es eficaz una vez que comienza el proceso de implantación" (Fojas 211 a 213 de los autos).

Dilucidación de la Controversia.

38) Como ya se ha señalado, la demandante sostiene que el uso de los AOE resulta abortivo y por tanto contrario al derecho a la vida del concebido. En tales circunstancias solicita que el Estado, a través de sus entidades competentes no lo distribuya gratuitamente así como que tampoco se distribuya bajo la forma de etiquetas promocionales. Asimismo señala que el Poder Ejecutivo no podrá aprobar ningún proyecto bajo la forma de Método AOE, sin previa consulta del Congreso de la República.

39) Con relación al alegado efecto abortivo del AOE consideramos, conforme los Fundamentos 14, 36, y 37 de la presente Sentencia que, en primer lugar, de acuerdo al estado actual de la ciencia y atendiendo al presente espacio y tiempo, se ha probado que el AOE no solo no es abortivo pues no produce el desprendimiento del embrión anidado sino que además no afecta al embrión pues los efectos comprobados teniendo en cuenta la

dosis apropiada y la frecuencia de su uso solo tiene efectos antiovulatorios y antifecundatorios; y, en segundo lugar, no ha sido probada la inconstitucionalidad de su distribución con información actualizada. Por lo demás, somos concientes que lo que pretende la demandante es paralizar una medida de política de salud reproductiva cuya ejecución ya fue valorada y decidida en anterior oportunidad. En efecto, consta de la Sentencia emitida en el Expediente N° 7435-2006-PC/TC (Caso: Susana Chávez Alvarado y otras) que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor del cumplimiento de determinadas Resoluciones Ministeriales que precisamente disponían la provisión y la información sobre los AOE en todas las entidades de salud a cargo del Estado. En aquella oportunidad, el Colegiado, señaló que el Ministerio de Salud debía poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos. Igualmente, dispuso que el Ministerio de Salud debía poner a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos, así como los métodos naturales.

40) En relación al extremo de la demanda en el que se pide que un acto administrativo del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, consideramos inaceptable tal propuesta. La razón por la que existen Ministerios en el Poder Ejecutivo, es justamente para diseñar y ejecutar medidas legislativas propias de su campo. Si todos los actos de la administración y los actos administrativos propios de un Ministerio, se sometieran a una preliminar consulta o aprobación por parte del Congreso quebraría el principio constitucional de la división de poderes. En el presente caso, la materia discutida tiene que ver con un tema de la ejecución de la política de salud reproductiva y por consiguiente resulta plenamente constitucional la actuación del Poder Ejecutivo a través del sector correspondiente. Naturalmente lo dicho en nada descarta o imposibilita el que a posteriori y en la lógica de regular un tema tan relevante como el presente, el Congreso pueda intervenir por vía de sus competencias fiscalizadoras.

Consideración Especial. El AOE como fórmula para evitar la discriminación.

41) Un aspecto adicional a tomar en consideración y que en el presente caso merece especial referencia, es el que se refiere a la discriminación que podría generarse de haberse optado por acoger la demanda. Como es bien sabido, la venta y uso del AOE se encuentra plenamente garantizado por el Ministerio de Salud en tanto que sus componentes no se encuentran prohibidos ni daña la salud de las mujeres; ello equivale a sostener que quien goza de recursos económicos, y cuenta con la autorización médica respectiva, y no requiere de la atención de los centros de salud estatales, no tiene ni tendrá jamás impedimento alguno para su adquisición en las farmacias y su uso extraordinario.

42) Lo que sin embargo objeta la parte demandante es que sea el Estado el que a través de su política de salud establezca programas de distribución gratuita del AOE. Estos últimos como es bien sabido, no están diseñados para quienes cuentan con recursos económicos y no necesitan por tanto medidas estatales de tipo prestacional. El diseño de los programas estatales de salud reproductiva, en realidad y sin perjuicio de su carácter universal, está diseñado preferentemente para los sectores poblacionales más necesitados; es decir, aquellos que no cuentan con recursos económicos y aquellos que tienen escasa educación. En tales circunstancias, resulta contradictorio, por decir lo menos, que la parte demandante pretenda que la única manera de poder acceder a los AOE sea contando con recursos económicos que demandan la asistencia médicas o de otro tipo privadas y la compra de píldoras anticonceptivas en las farmacias privadas y esté vedado para aquellos que por imposibilidad de contar con los recursos económicos o que no estén adecuadamente instruidos puedan ejercitar de manera libre e informada su derecho a escoger el método anticonceptivo de su elección.

Esta posibilidad no es aceptable en el Estado Constitucional, por el evidente contenido intrínseco discriminador de la propuesta, pues el Estado tiene el deber de actuar en su propósito de promover y permitir el ejercicio de los derechos fundamentales para aquellos que por las circunstancias fácticas de pobreza educacional o material se encuentran marginados y que, en el Perú, representan un considerable porcentaje de la población, así, para el 2008, la incidencia de la pobreza total es del 36, 2 % y la incidencia de la pobreza extrema es del 12,6 % (cfr. con los datos estadísticos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática; Perú en cifras: Indicadores de pobreza en www.inei.gob.pe); de otro lado, no cabe duda que la falta de instrucción, el analfabetismo y la falta de información sumadas a los escasos servicios de planificación son causas preponderantemente asociadas a la pobreza que abonan en la procreación no deseada, por ello, si bien estos factores de pobreza se han reducido —entre 1950 y 1965 la tasa de fecundidad por mujer era de 6.85 hijos (ver INEI, Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población 1950-2050)— ello no implica que se abandonen o se dejen de implementar políticas públicas de acceso a los métodos anticonceptivos legales pues de lo contrario no sólo se estaría desprotegiendo a la población mas vulnerable, sino que se estaría regresionando a épocas felizmente ya superadas.

43) Como hemos señalado, nuestro Estado Social de Derecho impone la presencia de conductas positivas que garanticen plenamente la consolidación de los objetivos constitucionales. En tal contexto, el asegurar el acceso del AOE a quienes carecen de recursos económicos no tiene nada de arbitrario sino que es un modo sensato, directo e indiscutible de hacer viable la igualdad material como objetivo esencial del ordenamiento. Queda claro, por lo demás, que el acceso del que aquí se habla necesariamente debe ir acompañado con una adecuada como pertinente educación e información responsable de la población; así como la debida orientación médica que deberá prestarse en los centros de salud pública. Es tal el

compromiso que asume el Estado y debe ser cumplido de la manera más efectiva.

44) Sin perjuicio de todo lo dicho, consideramos que en la medida que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Artículo 2º inciso 24 literal a CP), es pertinente exhortar al Poder Ejecutivo y a sus autoridades competentes a promover y/o difundir dentro de un clima de absoluto respeto por la libertad y la autonomía de la voluntad personal, una política de paternidad y maternidad responsables comprometida con los objetivos del desarrollo social del país. Esta política, como es de esperar, no debe ser simplemente un tema de coyuntura, sino compromiso constante o permanente que alcance a la educación pública y privada impartida en los colegios y universidades; así como que se proyecte sobre todos y cada uno de los ámbitos de nuestra vida social; debiendo impulsar el Estado una permanente investigación científica sobre la materia.

45) No habiéndose acreditado amenaza ni vulneración de ningún derecho fundamental y siendo plenamente legítima la política de salud pública destinada a garantizar el acceso a los Anticonceptivos Orales de Emergencia y a la información adecuada en torno a ellos, así como políticas de salud basadas en métodos naturales, la presente demanda deberá desestimarse. Queda claro, en todo caso y de conformidad con lo señalado en los fundamentos 31 y 32 de la presente sentencia, que los AOE al que nos referimos, son los de carácter hormonal que se encuentran debidamente contemplados en los programas de planificación familiar aprobados por el Estado.

Salvaguarda del derecho de información de los consumidores y en especial el derecho de la mujer a decidir el número de los hijos

46) La información sobre los métodos anticonceptivos y su implicancia en la salud sexual y reproductiva tiene especial relevancia para la dilucidación del presente caso pues resulta medular en la eficacia del derecho de una persona a decidir cuándo, con quién, cómo y cuántos hijos va ha tener; este derecho es central para la mujer pues es ella la que al convenir en su deseo de procrear tendrá, por la causa natural del proceso de gestación, las responsabilidades que supongan el cuidado del naciturus; esta responsabilidad reposa además en una obligación del Estado en brindar de toda la información posible respecto de los métodos anticonceptivos, además de la protección de la mujer gestante y del concebido, así como de la protección regulada por el Estado de la etapa post parto.

En este sentido, la mujer en especial tiene el derecho de recibir la información completa que le permita tomar la decisión respecto del ejercicio de sus derechos reproductivos dentro del cual se encuentra como ya se afirmó, de manera central el de decidir cuándo, cómo y con quién tendrá hijos y cuántos tendrá. Es en este ámbito que se inserta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 23432 publicada el 5 de junio de 1982 que establece en su artículo 16º numeral 1 inciso e) que, los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en lo referente a los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

47) A este respecto, consideramos importante que en salvaguarda del derecho a la información de productos farmacéuticos al que deben tener los usuarios potenciales del AOE, el Ministerio de Salud, con la adecuada supervisión médica, debe de distribuirlos garantizando el derecho a la información acerca del uso adecuado del AOE lo que implica necesariamente que el suministro del AOE sea el adecuado atendiendo a las dosis y frecuencia recomendadas. Asimismo se debe informar acerca de la existencia de una posición que estima la presencia del denominado "tercer efecto" y de aquella posición que es la asumida por el derecho, acorde con el estado actual de la ciencia y con la información de la que se dispone, que no permite considerar de forma concluyente las observaciones formuladas al uso de los AOE; pues, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno y que su uso no habitual y en las dosis recomendadas no produce una detectable alteración del endometrio. Por otro lado, se deben tomar las medidas para que su distribución no se realice mas allá de lo estrictamente necesario para el logro del efecto anticonceptivo pues de lo contrario la política adoptada por el Estado estaría poniendo en riesgo la salud no sólo de la mujer sino que podría afectar al cigoto.

En efecto, aún cuando hay posiciones científicas que postulan la existencia de un posible efecto inhibitorio de implantación, esta duda no desvirtúa la posición que establece que no se inhibe la implantación del embrión en el endometrio siempre que se use el AOE de forma adecuada, es decir en las dosis recomendadas y atendiendo no a su uso regular y continuo sino a su uso estrictamente en caso de emergencia. En consecuencia también se debe informar de manera intensa sobre los efectos dañinos, sean estos probados o solo riesgos que produce el uso regular del AOE, fuera de circunstancias excepcionales de emergencia, así como la ingesta de dosis mayores a la establecida en los estudios científicos corroborados por la HRP (cfr. Fundamento 37 supra) . Queda claro, acudiendo al lenguaje de la ciencia actual que mientras los programas de salud pública reproductiva suministren la AOE en forma debida, no provoca un efecto detectable sobre el endometrio y no evita el proceso de anidación o peor aún el desprendimiento del embrión. Sus efectos como ya se dijo, son de dos tipos y en ellos, no existiría ningún tipo de paralelo con la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, esta

misma exigencia de información debida y completa se debe hacer extensiva a los particulares, en especial a los profesionales de la salud que brindan las recetas y a los establecimientos que expenden el AOE, quienes también deberán informar de manera completa al consumidor potencial del AOE conforme las exigencias médicas, y lo especificado en este fundamento; por ello se debe exigir se cumpla con insertar en la literatura que acompaña a la venta de los AOE la misma información que se inserta en su país de origen, consideración, esta última, que debería hacerse extensiva a todos los productos farmacéuticos que se suministran legalmente en nuestro país.

Principio precautorio como última ratio para determinar la constitucionalidad del uso de la píldora del día siguiente

48) En relación a la necesidad de recurrir al principio precautorio previsto para la protección ambiental como un símil del principio de prevención, en cuanto al posible tercer efecto de la píldora, es decir, a la posible producción de cambios en el endometrio e impedimento de la anidación, es del caso señalar que este principio precautorio, que el voto de la mayoría utiliza a fojas 47 a 52 en última instancia para estimar la demanda, ha ido evolucionando en la jurisprudencia constitucional.

Así, en un principio se señaló que: "(...) c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables" (STC Exp. N° 3510-2003-PA/TC). Pero, posteriormente, el propio Tribunal Constitucional ha diferenciado el principio precautorio del principio de prevención, en la medida que: "no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones" (STC Exp. N° 4223-2006-PA/TC).

49) En consecuencia, no se puede derivar de la aplicación del principio precautorio como dispone el fallo en mayoría, que la medida a adoptar sea la prohibición absoluta de la distribución de la píldora del día siguiente, en el marco de la política de salud pública; por cuanto, el principio precautorio debe fundamentarse no sólo en una duda razonable sobre la supuesta violación de derechos constitucionalmente protegidos; sino que requiere de un test mínimo de razonabilidad o proporcionalidad consagrado en la jurisprudencia constitucional (STC N° 06089-2006-AA, STC N° 045-2004-AI, STC N° 0012-2006-AI, STC N° 00007-2006-AI); en el cual se realizan los tres sub juicios:

1.- Verificar si la medida de restringir la provisión gratuita de la píldora del día siguiente (AOE) en los servicios de salud públicos, es adecuada, tanto a los derechos a la salud sexual y reproductiva de las usuarias como a la protección de los bienes constitucionales protegidos por la salud pública.

2.- Evaluar si es necesario prohibir el derecho de las mujeres que se atienden en los servicios de salud públicos, usualmente las de menores recursos económicos, de acceder a la píldora del día siguiente, por no haber otra medida que la haga menos gravosa.

3.- Optar razonadament por la medida estrictamente proporcional al logro de la tutela de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; mediante la graduación de la intensidad de la limitación al acceso de la píldora del día siguiente; más aún, cuando es constitucional el expendio de la misma en las farmacias y los servicios de salud privados.

Así; tal como se ha acreditado por la ciencia en su actual espacio y tiempo, la graduación de la dosis del AOE, así como la graduación de la frecuencia en su uso hacen desvanecer la duda que sí se presenta, cuando su uso es inadecuado; de allí, que la prohibición del expendio informado y controlado del referido producto, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad.

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque:

1. Se declare INFUNDADA la demanda de amparo interpuesta por ONG "Acción de Lucha Anticorrupción"; autorizándose la distribución de los Anticonceptivos Orales de emergencia legalmente aceptados por el Estado mediante Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA/DGSP siempre que se cumpla con lo contemplado en nuestros fundamentos 46 y 47 de la presente sentencia.

2. Invocar al Órgano Legislativo, se sirva dictar las normas pertinentes a que se refiere el fundamento N° 17 del presente.

Publíquese y Notifíquese.

SS

LANDA ARROYO
CALLE HAYEN

Exp. N° 2389-2009-PA/TC *(Proceso de Amparo promovido por la Asociación Club Petróleos. Sobre el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el derecho de asociación de un club privado).*

Fecha de Resolución: 7 de diciembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de diciembre de 2009

Resumen: Se afirmó que el término domicilio comprende aquel espacio específico elegido por el ocupante para que pueda desarrollar libremente su vida privada o familiar, es decir, es un espacio-ámbito de intimidad del que él, y sólo él, dispone. Y es que el rasgo esencial que define el domicilio en sentido constitucional reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Así, la expresión "domicilio" tiene más amplitud en la Constitución que en la legislación civil, pues protege, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental; así como todos aquellos espacios cerrados en donde las personas desarrollan su intimidad y personalidad separada de los terceros y sin su presencia, como por ejemplo la habitación de un hotel, el camarote de un barco, los bungaló de un club, etc. Dicho de otro modo, la noción constitucional de domicilio no puede equipararse al concepto tradicional que utiliza el derecho privado, en el que se le concibe como punto de localización o centro de imputación de derechos y obligaciones. La noción constitucional de domicilio protege cualquier ámbito en el que la persona pueda desarrollar su vida privada, en su doble faceta de lugar en el que pueda desarrollar libremente cierta actividad y del que se excluye la entrada y el conocimiento ajeno.

Asimismo, se precisó que por la naturaleza del derecho, las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida que éstas pueden ser titulares de espacios físicos para desarrollar su objeto social. Este criterio de extensión de la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a favor de las personas jurídicas es aceptado en la jurisprudencia constitucional comparada.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, al considerar que el artículo 1° del Decreto Supremo N.° 023-2008-PCM, vulneraba el derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el inciso 9), del artículo 2° de la Constitución, toda vez que las instalaciones ubicadas en la Av. El Golf Los Incas N.° 320, Santiago de Surco, constituyen el domicilio constitucional de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú, por lo que al disponer el artículo referido el ingreso del público en general a sus instalaciones sin contar con su consentimiento previo, está afectando su derecho a la inviolabilidad del domicilio, toda vez que este derecho le concede la facultad de excluir, impedir o prohibir a otros la entrada al domicilio. De otra parte, se estimó también que dicho acceso lesionaba el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al no sustentarse en ninguno de los supuestos de excepción o limitación del derecho previstos en el inciso 9) del artículo 2° de la Constitución.

A su vez, puntualizó que si bien dichas instalaciones, son de propiedad del Estado (Petroperú S.A.), ello no significa que éste sea el titular de dicho domicilio constitucional o que dicho espacio físico sea de carácter público para ordenar el acceso del público en general a las instalaciones referidas, pues en autos obran documentos públicos que acreditan fehacientemente que dicha propiedad ha sido cedida en uso a favor de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú, por lo que ésta ostenta la calidad de titular del domicilio constitucional referido, razón por la

cual el Estado no puede disponer ni ordenar que el público en general acceda a las instalaciones referidas, ya que éstas no son de carácter público.

En sentido similar, el Tribunal consideró que el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo contravienen también el derecho de asociación del Club Petroperú y de sus asociados porque al permitir el acceso del público en general a las instalaciones referidas, que no sólo constituyen el domicilio constitucional del Club Petroperú sino también de sus asociados cuando se encuentran dentro de él, está impidiendo que tanto los asociados como el Club Petroperú se interrelacionen sólo entre ellos.

Finalmente, en virtud del control difuso, declaró inaplicable el Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo a la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú.

Temas claves: Derecho a la inviolabilidad de domicilio - derecho de asociación - noción constitucional de domicilio - principio de auto organización.

EXP Nº 02389-2009-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN CLUB
PETROLEOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de diciembre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo,Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo, que se agrengan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 306, su fecha 11 de noviembre de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de junio de 2008 la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú (en adelante, el Club Petroperú) interpone demanda de amparo contra el Estado peruano, representado por los Procuradores Públicos de la Presidencia del Consejo de Ministros y los Ministerios de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Educación, Economía y Finanzas, Energía y Minas y Comercio Exterior y Turismo, solicitando que se declare inaplicable, a su caso, el Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de marzo de 2008, que dispone el acceso del público en general a los centros de esparcimiento, recreación y cultura construidos sobre predios del Estado asignados en uso a instituciones del Sector Público.

Refiere que es una asociación sin fines de lucro que se constituyó e inició sus actividades en el año 1972; que desde el mes de junio de 1974 fijó su domicilio y ha venido desarrollando su vida asociativa y su objeto social en la unidad inmobiliaria ubicada en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco; que mediante escritura pública de fecha 18 de junio de 1981 Petróleos del Perú S.A. decidió formalizar su voluntad de cederles dicha unidad inmobiliaria para su uso y disfrute como centro recreativo; y que las edificaciones e infraestructuras construidas sobre su domicilio son productos de los aportes directos de sus socios, por lo que el artículo 1.º y el anexo del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM al disponer libremente el ingreso del público a las instalaciones del club está afectando su derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya que el inmueble referido no es el domicilio del Estado.

Al respecto precisa que entre las hipótesis fácticas prevista en el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su anexo no existe una conexión lógica, coherente y razonable, pues el ClubPetroperú no es una institución pública financiada por mecanismos como el CAFAE, sino una persona jurídica de derecho privado que ha sido constituida bajo la forma de una asociación sin fines de lucro.

Alega además que el Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM al permitir libremente el ingreso del público al Club Petroperú está vulnerando el derecho de asociación de sus asociados, pues ellos van a tener que integrarse y compartir su intimidad con personas que no conocen. Asimismo señala que el decreto supremo referido contraviene el principio de autoorganización en su manifestación disciplinaria, debido a que el público que ingrese al Club Petroperú no podrá ser sancionado en caso de infracción a las normas de orden, seguridad e higiene.

El Vigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima, con fecha 26 de junio de 2008, declaró improcedente, in límine, la demanda, por considerar que la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM debe tramitarse mediante un proceso de inconstitucionalidad.

Con fecha 25 de julio de 2008, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación devuelve la cédula de notificación y con fecha 3 de octubre de 2008, se apersona al proceso.
La Sala Superior revisora confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§.1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, es preciso examinar el rechazo in límine dictado por las instancias precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose que la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM debe ser solicitada y resuelta mediante un proceso de inconstitucionalidad y no mediante el presente proceso de amparo.

2. Sobre el particular este Tribunal debe recordar que conforme al artículo 3.º del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo procede contra normas autoaplicativas, es decir, contra normas que con su sola entrada en vigencia producen efectos jurídicos inmediatos, no siendo necesario actos posteriores de ejecución o aplicación para que generen o produzcan efectos.

3. Teniendo presente ello, y a la luz del contenido normativo del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y de su Anexo, este Tribunal considera que dicha norma tiene carácter autoaplicativo, debido a que con su sola entrada en vigencia el Club Petroperú asume la obligación de aceptar el ingreso del público en general a las instalaciones de su club ubicado en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco.

4. Por lo tanto, las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, debiendo revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si los ministerios emplazados han sido notificados del concesorio del recurso de apelación, lo que implica que su derecho de defensa está absolutamente garantizado.

§.2. Delimitación del petitorio y de la controversia

5. El Club Petroperú aduce que el Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo vulneran sus derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y de asociación, debido a que:

a. El acceso del público en general a las instalaciones del club constituye una injerencia arbitraria a su domicilio, ya que no se encuentra justificada en alguna de las excepciones previstas en el inciso 9) del artículo 2.º de la Constitución,
b. No es una institución pública sino una persona jurídica de derecho privado, razón por la cual no le sería aplicable el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM.
c. El acceso del público en general a las instalaciones del club afecta la intimidad de sus asociados y quiebra el interés y la voluntad común que los une, así como el principio de autoorganización.
d. No podrá sancionar los actos de indisciplina o contrarios al estatuto que sean cometidos por los terceros que ingresen a las instalaciones del club, desvirtuando de este modo el poder disciplinario que posee en virtud del derecho de asociación.

6. Sobre la base de estos alegatos, este Tribunal considera que debe centrarse en analizar si el sentido normativo del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo, vulneran o no los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y de asociación del Club Petroperú. Para determinar ello este Tribunal estima necesario desarrollar de manera enunciativa el contenido de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y de asociación.

§.3. El derecho a la inviolabilidad del domicilio

7. Como una consecuencia necesaria de protección de la libertad individual, a ella se ha extendido la privacidad del domicilio o la inviolabilidad del domicilio, la cual ha sido objeto de especial protección por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12.º, establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia", ni en "su domicilio", derecho para el cual podrá invocar "la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".
Por su parte, el inciso 2) del artículo 11.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como protege de injerencias arbitrarias o abusivas la vida privada de las personas y su familia, también extiende esta protección a su domicilio. En igual sentido, el artículo 17.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de proteger la vida privada de las personas y de su familia contra injerencias arbitrarias o ilegales, también extiende esta protección a su domicilio.
En sentido similar, el inciso 2) del artículo 9.º de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad del domicilio, que comprende que "nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración".

8. Teniendo en cuenta lo reconocido por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por nuestra Constitución, puede señalarse que el domicilio constituye un ámbito de privacidad dentro del espacio limitado que la propia persona elige para él y/o su familia, inmune a la injerencia, invasiones o ataques de otras personas o de la autoridad pública. De modo que el contenido del derecho a lainviolabilidad del domicilio es fundamentalmente negativo, estos es, garantiza la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, y más precisamente de impedir o prohibir la entrada o la

permanencia en él de cualquier persona y de la autoridad pública.

9. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacando la relación indisoluble entre los derechos a la intimidad personal y familiar o vida privada y a la inviolabilidad del domicilio, ha subrayado que la "protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar"[1].

10. En este orden de ideas, puede afirmarse que el término domicilio comprende aquel espacio específico elegido por el ocupante para que pueda desarrollar libremente su vida privada o familiar, es decir, es un espacio-ámbito de intimidad del que él, y sólo él, dispone. Y es que el rasgo esencial que define el domicilio en sentido constitucional reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Por dicha razón, resulta válido afirmar que el objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio es proteger un espacio físico inmune a la penetración de cualquiera sin el consentimiento de su titular, por ser un espacio privado. De este modo, el domicilio inviolable es un espacio que la propia persona elige para desarrollarse, sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, así como su intimidad o privacidad.
Teniendo presente ello, puede señalarse de modo ilustrativo que la celda de un centro penitenciario no puede ser considerada como domicilio, debido a que dicho espacio físico no ha sido objeto de libre elección por su ocupante y porque el ingreso a un centro penitenciario supone la inserción en un ámbito de intenso control público.

11. De ahí que el domicilio protegido por el inciso 9) del artículo 2.º de la Constitución se caracterice por ser un espacio específico que es elegido libremente por su ocupante y que excluye las intervenciones, invasiones o injerencias arbitrarias o ilegales de los particulares y de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.
Ello porque la expresión "domicilio" tiene más amplitud en la Constitución que en la legislación civil, pues protege, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental; así como todos aquellos espacios cerrados en donde las personas desarrollan su intimidad y personalidad separada de los terceros y sin su presencia, como por ejemplo la habitación de un hotel, el camarote de un barco, los bungaló de un club, etc.

Dicho de otro modo, la noción constitucional de domicilio no puede equipararse al concepto tradicional que utiliza el derecho privado, en el que se le concibe como punto de localización o centro de imputación de derechos y obligaciones. La noción constitucional de domicilio protege cualquier ámbito en el que la persona pueda desarrollar su vida privada, en su doble faceta de lugar en el que pueda desarrollar libremente cierta actividad y del que se excluye la entrada y el conocimiento ajeno.

12. Este Tribunal debe precisar que por la naturaleza del derecho, las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida que éstas pueden ser titulares de espacios físicos para desarrollar su objeto social. Es oportuno destacar que este criterio de extensión de la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a favor de las personas jurídicas es aceptado en la jurisprudencia constitucional comparada.
A título ilustrativo, el Tribunal Constitucional español en la STC 137/1985 ha destacado que "la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo".

13. Ahora bien, la inviolabilidad del domicilio como todo derecho fundamental, no es un derecho de protección absoluta sino relativa, en la medida en que puede ser legítimamente objeto de restricciones, las cuales se encuentran expresamente previstas en el inciso 9) del artículo 2.º de la Constitución. Así, se puede ingresar en el domicilio, o efectuar investigaciones en él o registrarlo sin la autorización de la persona que lo habita, cuando: a) exista una orden judicial expresa que autorice el registro del domicilio para los fines, por los motivos y con las formalidades establecidas en la ley; b) se pretenda capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia huye y se refugia en domicilio propio o ajeno; y c) exista muy grave peligro de la perpetración de un delito (prevención del delito).
La Constitución establece que las excepciones a la inviolabilidad del domicilio por motivos de sanidad o de grave riesgo deben ser reguladas por la ley.

14. Bajo estas premisas, corresponde evaluar la constitucionalidad del artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM, cuyo texto señala que:

"Dispóngase el acceso del público en general a los centros de esparcimiento, de recreación o de similar naturaleza construidos sobre predios de propiedad del Estado afectados en uso a instituciones públicas y financiados por mecanismos como el CAFAE y otros similares, detallados en el Anexo que forma parte integrante del presente Decreto Supremo, con excepción de las áreas habitacionales o administrativas que no cumplan una finalidad recreativa en dichos centros. La relación que se detalla en el referido Anexo, constituye la primera etapa

de la implementación del acceso del público en general a los citados centros".

Por su parte, el Anexo del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM incluye dentro de su ámbito de aplicación a las instalaciones del Club Petroperú ubicadas en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco.

15. Así expuesto el tenor literal del artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM, este Tribunal considera pertinente precisar que de las pruebas obrantes en autos, se ha podido constatar que las instalaciones ubicadas en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco, constituyen el espacio físico que compone el domicilio constitucional de la Asociación Club Petróleos del Perú –Petroperú, debido a que es el ámbito físico donde desarrolla su objeto social.
En buena cuenta, ninguna persona o autoridad pública puede ingresar a las instalaciones ubicadas en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco, ni efectuar investigaciones o registros en él, si es que no cuenta con la autorización de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú, o con un mandato judicial que autorice el ingreso, investigación o registro, o en caso de flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (prevención del delito).

16. Teniendo presente ello este Tribunal considera que el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el inciso 9), del artículo 2.º de la Constitución, toda vez que las instalaciones ubicadas en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco, constituyen el domicilio constitucional de la Asociación Club Petróleos del Perú –Petroperú, por lo que al disponer el artículo referido el ingreso del público en general a sus instalaciones sin contar con su consentimiento previo está afectando su derecho a la inviolabilidad del domicilio, toda vez que este derecho le concede la facultad de excluir, impedir o prohibir a otros la entrada al domicilio.

17. De otra parte, este Tribunal estima que el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM también lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio, debido a que el acceso del público en general a las instalaciones ubicadas en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco, no se sustenta en ninguno de los supuestos de excepción o limitación del derecho previstos en el inciso 9) del artículo 2.º de la Constitución.
Además, la medida prevista en el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM no tiene por finalidad el mantenimiento de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la integridad territorial o la defensa del orden, para que la injerencia que realiza en el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú pueda considerarse legítima y necesaria.

18. Finalmente debe precisarse que si bien las instalaciones ubicadas en la Av. El Golf Los Incas N.º 320, Santiago de Surco, son de propiedad del Estado (Petroperú S.A.), ello no significa que éste sea el titular de dicho domicilio constitucional o que dicho espacio físico sea de carácter público para ordenar el acceso del público en general a las instalaciones referidas, pues en autos obran documentos públicos que acreditan fehacientemente que dicha propiedad ha sido cedida en uso a favor de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú, por lo que ésta ostenta la calidad de titular del domicilioconstitutional referido, razón por la cual el Estado no puede disponer ni ordenar que el público en general acceda a las instalaciones referidas, ya que éstas no son de carácter público.

§.4. El derecho de asociación

19. El derecho de asociación se encuentra reconocido en el inciso 9) del artículo 2.º de la Constitución, para el desarrollo de las distintas actividades culturales, deportivas, económicas, ideológicas, laborales, políticas, religiosas, sociales o de cualquier otra índole que las personas, tanto naturales como jurídicas, realizan en sociedad. Este derecho tiene una doble dimensión, a saber:
a. Una dimensión positiva que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), la de afiliarse a las organizaciones existentes y la de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias.
Dentro de la facultad de conformar organizaciones, se encuentra comprendida la posibilidad de estructurar, organizar y poner en funcionamiento la asociación (principio de autoorganización), la que se materializa a través del estatuto, que debe establecer como mínimo reglas acerca del comportamiento exigido a los socios y de las cargas que se les imponen, así como de los derechos que pueden ejercer y, por supuesto, sobre la manera de terminar el vínculo con la asociación, por parte del afiliado, y de excluir al socio, por parte de la asociación.
En este contexto, puede señalarse que el ejercicio del derecho de asociación supone un número plural de personas que acuerdan de manera autónoma, libre y espontánea la creación de un ente a través del cual realizarán un proyecto de interés, propósitos, ideas o metas colectivo, común, pacífico y lícito.
Desde esta perspectiva, este Tribunal considera que el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces para ejercer derechos y contraer obligaciones, a fin de responder autónomamente por su devenir social, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro.
b. En su dimensión negativa, comprende la facultad de toda persona para negarse a formar parte de una determinada asociación, así como el derecho a no ser obligado a integrar una asociación o el derecho a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee.
Esta manifestación negativa se encuentra reconocida en el inciso 2) del artículo 20.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto señala que "Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".
Por tanto, aquellas normas contenidas en los estatutos que impidan el ejercicio del derecho de asociación

en su manifestación negativa contravienen no sólo la Constitución sino también la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por dicha razón, ninguna asociación puede denegar las solicitudes de retiro, renuncia o desafiliación que presenten sus asociados.
En este orden de ideas, puede concluirse que el derecho de asociación garantiza que a nadie se le pueda impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y que ninguna persona pueda ser forzada u obligada a asociarse.

20. Entonces, atendiendo a que el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo, disponen el acceso del público en general al domicilio constitucional de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú, este Tribunal considera que dicho artículo vulnera también el derecho de asociación del Club Petroperú y de sus asociados, pues los está obligando a que, de facto, se integren y interrelacionen con personas que no conocen ni han elegido o consensuado para formar la asociación denominada "Club Petróleos del Perú – Petroperú".

21. En buena cuenta al Club Petroperú mediante el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo, se le está imponiendo asociados sin que exista justificación alguna que legitime dicha medida, lo cual contraviene su derecho de asociación, que en el caso de los clubes sociales incluye la posibilidad de determinar aquellas características y requisitos que deben reunir los socios, así como las reglas referentes a su admisión.
Y es que el Club Petroperú en virtud del derecho de asociación tiene la potestad de decidir quiénes serán los consocios, lo que también conlleva la obligación de establecer que, dentro de los correspondientes estatutos, todo socio debe hallarse en posibilidades de participar en la escogencia de nuevos asociados. Por dicha razón este Tribunal estima que el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo vulneran el derecho de asociación.

22. En sentido similar, este Tribunal considera que el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo constituye una injerencia indebida que contraviene el derecho de asociación del ClubPetroperú y de sus asociados porque al permitir el acceso del público en general a las instalaciones referidas, que no sólo constituyen el domicilio constitucional del Club Petroperú sino también de sus asociados cuando se encuentran dentro de él, está impidiendo que tanto los asociados como el Club Petroperú se interrelacionen sólo entre ellos.

23. De otra parte, este Tribunal estima que el ejercicio del derecho de asociación del Club Petroperú y de sus asociados ha sido limitado de manera arbitraria, injustificada y en contravención del artículo 16.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 22.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues la medida de acceso del público en general no tiene por finalidadla necesidad de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica, el orden público y los derechos y libertades de los demás.
24. Finalmente, en vista de que el artículo 1.º tiene conexión con los demás artículos del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo, corresponde también, en virtud del control difuso, inaplicarlos al caso de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú.
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado que, en el caso de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú, el Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM vulnera sus derechos a la inviolabilidad del domicilio y de asociación.
2. Declarar **INAPLICABLE** el Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo a la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú; en consecuencia, NULAS las medidas que se le hayan impuesto por inobservar el Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP Nº 02389-2009-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN CLUB PETROLEOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. La Asociación Club Petróleos del Perú – PETROPERÚ interpone demanda de amparo contra el Estado Peruano, representado por los Procuradores Públicos de la Presidencia del Consejo de Ministros y los Ministerios de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Educación, Economía y Finanzas, Energía y Minas y Comercio Exterior y Turismo, con la finalidad de que se declare la inaplicabilidad al caso concreto el Decreto Supremo N° 023-2008-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de marzo de 2008, que dispone el acceso del público en general a los centros de esparcimiento, recreación y cultura construidos sobre predios del Estado asignados en uso a instituciones del Sector Público.
Señala la demandante que es una asociación sin fines de lucro que se constituyó e inició sus actividades en el año 1972, habiendo fijado como su domicilio en Av. El Golf Los Incas N° 320, Santiago de Surco. Refiere que mediante escritura pública de fecha 18 de junio de 1981, Petróleos del Perú S.A. decidió formalizar su voluntad de cederles dicha unidad inmobiliaria para uso y disfrute

como centro recreativo, expresando que las edificaciones e infraestructuras construidas sobre su domicilio son producto de los aportes directos de sus socios, por lo que el artículo 1° y el anexo del Decreto SupremoN° 023-2008-PCM al disponer libremente el ingreso del público a las instalaciones del club está afectando su derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que éste no es del domicilio del Estado.

2. Las instancias precedentes declararon la improcedencia liminar de la demanda de amparo considerando que la pretensión del actor está dirigida a que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 023-2008-PCM, lo que debe ser tramitado mediante un proceso de inconstitucionalidad.

3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior revoca el auto venido en grado para vincular a quien todavía no es demandado porque no ha sido emplazado por notificación expresa y formal, corresponde entonces revocarlo y ordenar al inferior a admitir la demanda a trámite y correr traslado de ella al demandado. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente, mandato que tiene el propósito de vincular al pretenso demandado con lo que resulte de la intervención de este tribunal en relación especifica al auto cuestionado. Cabe mencionar que el articulo 47° del Código Procesal Constitucional es copia del articulo 427° del Código Procesal Civil en su parte final que dice: "Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.", numeral que precisamente corresponde al rechazo in limine de la demanda y las posibilidades que señala para el superior (confirmar o revocar el auto apelado).

4. Debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el principio de limitación aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través del recurso de agravio constitucional, y nada mas. Por ello es que el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.

5. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente.

6. En atención a lo señalado se concluye en que es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o su revocatoria; sin embargo este colegiado ha venido considerando que excepcionalmente podría ingresar al fondo, para darle la razón al demandante, en casos de suma urgencia cuando se verifique la existencia de situaciones de hecho que exijan la tutela urgente, es decir cuando se evidencie estado de salud grave o edad avanzada del demandante. Empero no se trata del caso de una persona natural afectada por los hechos que relata en la demanda sino que presuntamente se estaría vulnerando el derecho a la propiedad y el domicilio, entre otros, de una asociación privada sin fines de lucro que reúne a personas naturales pero que conforman una asociación regulada por el Código Civil en sus artículos ochenta y siguientes, es decir una persona jurídica de derecho privado que, aunque sus conformantes son en su totalidad empleados del Estado, pretende éste intervenir en su vida institucional a través de un Decreto Supremo que rompe el orden de la ley y pretende legislar sobre la vida de dicha persona jurídica de carácter privado. Es decir con dicha imposición afecta sus derechos y al ser así permite conocer al Tribunal Constitucional del tema traído al proceso constitucional.

Por las consideraciones expuestas mi voto es porque se declare FUNDADO el recurso de agravio constitucional y en consecuencia se debe revocar el auto de rechazo liminar y admitir a trámite la demanda con las consideraciones expresadas en el fundamento 7 supra del presente voto.

SS.

VERGARA GOTELLI
EXP N° 02389-2009-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN CLUB
PETROLEOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Con el respeto por la opinión vertida por mis colegas, discrepo tanto de los fundamentos como del fallo de la sentencia, por los siguientes argumentos:

1. La demanda ha sido admitida a pesar de haber sido rechazada in límine. Si bien ello es una práctica común en la jurisprudencia del Tribunal estimo que en este caso sería apropiado revocar las sentencias previas a fin de que se admita a trámite la demanda. Ello, de un lado, debido a que considero que no existe peligro de daño irreparable al demandante, y de otro, porque el debate constitucional se podría ver enriquecido de elementos que considero relevantes.

2. Sobre esto último, tal como se aprecia en la demanda, Petro Perú S.A. decidió formalizar su voluntad de ceder en uso el inmueble (sobre el cual se han edificado las instalaciones de la asociación demandante), mediante escritura pública de fecha 18 de junio de 1981. Al respecto, sería importante conocer cuál es la naturaleza específica de la cesión y si es que podría verse afectada por la norma bajo cuestionamiento. Asimismo, podría ocurrir que se determine que existieron fondos de Petro Perú destinados a la asociación.

3. De otro lado, si bien el análisis de la inviolabilidad del domicilio es pertinente, creo que debe analizarse también aspectos relativos al derecho de propiedad. Y es que, de un lado se encuentra la propiedad del terreno por parte del Estado, y de otro lado, la supuesta propiedad de lo edificado sobre dicho terreno por parte de la asociación demandada. En tal sentido, en la ponderación debería entrar a tallar el derecho de propiedad de la demandante frente a la facultad del Estado de preservar los inmuebles que le pertenecen y de utilizarlos con los objetivos que estime pertinente. Bajo esta perspectiva, y dependiendo de los datos que puedan extraerse del debate judicial, el artículo 44 de la Constitución adquiriría relevancia, específicamente en lo que se refiere al deber del Estado de promover el bienestar general y el desarrollo general de la nación.

4. Por último, interesa observar que el Decreto Supremo N.° 023-2008-PCM, cuestionado en el proceso establece en su art. 2, la fijación de un costo por el acceso del público (2 Nuevos Soles). En su artículo 3 establece que las personas que hagan uso de las instalaciones de los clubes afectados por la norma quedan obligadas a el cumplimiento de las "normas de orden, seguridad e higiene que las instituciones harán públicas en el ingreso y otros lugares visibles [...]." De ahí, que exista una serie de obligaciones por parte de aquellas personas que no siendo socias visiten las instalaciones de la demandante. Estos elementos no han sido tomados en cuenta en la sentencia, a pesar de su relevancia.

5. En conclusión, estimo que deberían de REVOCARSE las sentencias de las instancias precedentes y devolverse lo actuado a fin de que se admita a trámite la demanda y se notifique a las partes demandadas.

SR.

LANDA ARROYO

---

[1] Corte IDH. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia del 4 de julio de 2007, párr. 95. Dicho criterio fue señalado de manera inicial en la sentencia del Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia del 1 de julio de 2006,párrs. 193 y 194

Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC *[Proceso de Hábeas Corpus promovido por Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre el derecho fundamental al plazo razonable de la duración del proceso y las consecuencias de su afectación].*

Fecha de Resolución: 19 de octubre de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de noviembre de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de hábeas corpus que interpuso don Walter Gaspar Chacón Málaga contra la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima y otros, y ordenó: "disponer que la Sala Penal excluya al recurrente del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito".

Así, pues, el Tribunal consideró, al tratar sobre el punto de partida para la evaluación del *plazo razonable,* que en materia penal el comienzo del mismo debía computarse desde el momento en que la persona conocía de la atribución o señalamiento que le afectaba concretamente, sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. El hecho objetivo a partir del cual debía empezar a computarse el plazo dentro de este proceso era la apertura de investigación fiscal, por constituir el primer acto de carácter *cuasi jurisdiccional* por medio del cual el recurrente tomó conocimiento de que el Estado había activado al aparato persecutor, es decir, que el cómputo del plazo de duración del proceso databa del 28 de noviembre del año 2000. En tal sentido, el Tribunal sostuvo que, en este caso, a la fecha de expedición de la sentencia, habían transcurrido ocho años, diez meses y veinte días.

Y respecto del análisis de los elementos del plazo razonable, el Colegiado en sus FF.JJ. 30-32, sostuvo lo siguiente:

"En cuanto a la complejidad del proceso, conforme consta de la copia del auto de apertura de instrucción, a fojas 24, así como del auto de enjuiciamiento, a fojas 138, se trata de un proceso con un gran número de imputados, lo que conforme a lo aseverado en el informe (a fojas 488 y siguientes) elaborado por la presidenta de la Sala Penal emplazada, doña Inés Villa Bonilla, quien reconoce que han llegado a sumar 35 imputados. Al respecto, dicha cantidad de procesados es en definitiva un aspecto que incide en gran medida en la complejidad del proceso. Sin embargo, resulta pertinente hacer referencia al hecho de que con la finalidad de darle mayor celeridad a la tramitación del proceso, mediante resolución de fecha 5 de febrero de 2007, se dispuso la desacumulación del proceso en dos (el N.º 004-2001 y el 13-2007). Asimismo, se produjo una segunda desacumulación del proceso Nº 004-2001, mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2008, en otros tres procesos distintos: 004-2001, 84-2008 y 85-2008. De modo tal que finalmente en el proceso N.º 004-2001 habrían quedado comprendidos además del recurrente, otras cuatros personas, a saber: Aurora Isabel de Vettori Rojas de Chacón, Cecilia Isabel Chacón de Vetori, Luis Kiguel Portal Barrantes y Juan Cralos Chacón de Vetori (a fojas 499 de autos).

Más allá del loable esfuerzo de la judicatura por desacumular procesos en aras de la celeridad procesal, de modo tal que actualmente el proceso seguido contra el recurrente tiene solo cinco procesados, dicha desacumulación pone de manifiesto que por la naturaleza de las imputaciones ventiladas en el proceso seguido contra el recurrente era posible seguir varios

procesos distintos con menos imputados, lo que en definitiva haría menos complejo el proceso penal. Sin embargo, que siendo ello posible, llama la atención que la referida desacumulación se haya dado recién a partir del año 2007, cuando el proceso penal tenía ya seis años de iniciado. De modo tal que es posible advertir que en el presente caso, la gran cantidad de imputados, elemento que incidió en gran medida en la complejidad del proceso, en realidad constituye una imputable al propio órgano jurisdiccional.

Finalmente, en cuanto a la actuación procesal del imputado, cabe señalar que de los actuados no se aprecia ninguna actuación dilatoria por parte del recurrente, lo que tampoco ha sido indicado en el referido informe expedido por la presidenta de la Sala Penal emplazada. En este sentido, se advierte que la excesiva duración del proceso no puede ser imputada al procesado, sino más bien ha sido consecuencia de una tramitación negligente del proceso por parte del órgano jurisdiccional, quien de modo innecesario inició un proceso penal con gran cantidad de imputados, a pesar de existir la posibilidad real de una desacumulación. Es por ello que la demanda debe ser estimada en este extremo".

Por tanto, el Tribunal concluyó que habiéndose advertido en el presente caso que se ha producido una vulneración del derecho al plazo razonable del proceso, se generó una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la *pérdida de la legitimidad punitiva* derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, a juicio del Tribunal, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado solo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales, y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente.

Temas claves: Antejuicio político - derecho a la presunción de inocencia - derecho al debido proceso - derecho al plazo razonable del proceso - derechos conexos a la libertad - libertad personal - principio de irretroactividad de la ley - principio de legalidad penal - requisitos procesales de la medida cautelar.

EXP. N.º 3509-2009-PHC/TC
LIMA
WALTER GASPAR
CHACÓN MÁLAGA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional integrada por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Julio César Espinoza Goyena, abogado de Walter Segundo Gaspar Chacón Málaga contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 815, su fecha 4 de mayo de 2009, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

§. Demanda

Con fecha 13 de noviembre de 2008, el recurrente interpone demanda constitucional de hábeas corpus, contra los siguientes magistrados: a) Ricardo Núñez Espinoza, Juez Penal de turno de la Corte Superior de Justicia de Lima; b) Saúl Peña Farfán, Juez del Sexto Juzgado Penal Especializado de la Corte Superior de Justicia de Lima; c) Carlos Carvajal Alvino, Fiscal Adjunto Superior de la Fiscalía Superior Especializada de Lima; d) Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Ñecco y Carlos Ventura Cueva, Vocales de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de que siendo estimativa la presente demanda se declare: a) La nulidad e insubsistencia de la denuncia fiscal (N.º 07-2000-FPPE) de fecha 19 de enero de 2001; b) La nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha 19 de enero 2001; c) La nulidad de auto ampliatorio de instrucción de fecha 17 de septiembre de 2001; d) La nulidad e insubsistencia de

la acusación fiscal de fecha 12 de enero de 2004; e) Nulo el auto de enjuiciamiento de fecha 17 de agosto de 2004. Sostiene el demandante que con fecha 28 de noviembre del año 2000 se le abre investigación fiscal por la presunta comisión de los delitos de cohecho propio y encubrimiento real, que concluyó con la formalización de denuncia ante el órgano jurisdiccional competente, habiéndose producido la apertura de instrucción N.º 293-2001, de fecha 19 de enero de 2001, la cual se amplió por haberse encontrado elementos de la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Alega que se le abrió proceso sin que previamente se lleve a cabo un antejuicio ante el Congreso de la República, lo que le correspondía por haberse desempeñado como Ministro de Estado. Asimismo señala que se ha afectado el principio de legalidad en su variante de irretroactividad de la ley penal, pues no obstante ser claro que el periodo de tiempo comprendido en la investigación fue el acaecido entre el año 1990 y 2000 el Fiscal Superior al momento de formular su acusación penal hace referencia a la Ley 27482, cuya fecha de publicación data del mes de junio de 2001, esto es mucho posterior a la época en que ocurrieron los hechos que se imputan como delictuosos y peor aún porque agrava la pena para esta clase delitos.

Adiciona el recurrente como argumento de su demanda que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, señalando como fundamento que el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, fue abierto en el año 2001, siendo que a la fecha de interposición del presente proceso constitucional lleva casi 8 años en tramitación, sin que ni siquiera se haya emitido resolución en primera instancia, con lo que se habría vulnerado toda razonabilidad en el plazo de su tramitación.

§. Investigación sumaria

Realizada la investigación sumaria, los demandados argumentan de modo general y respecto de cada una de las presuntas afectaciones lo siguiente: a) Que el recurrente no le alcanza la prerrogativa del antejuicio político, toda vez que esta prerrogativa está referida a aquellos actos que hayan sido consecuencia del ejercicio del cargo de Ministro; b) Que si bien se ha hecho referencia a la Ley 27482 que modifica el artículo 401º del Código Penal, la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal, más aún si se tiene en cuenta que dicha modificatoria lo único que hizo fue desarrollar una explicación de la conducta descrita y no ha sido aplicada al caso del recurrente; c) Que si bien es cierto que el proceso penal se ha prolongado en el tiempo, esto se encuentra debidamente justificado toda vez que el mismo es sumamente complejo, con la intervención de más de medio centenar de personas que obligan a su irremediable prolongación.

§. Resolución de primera instancia

El Décimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de fecha 02 de marzo de 2009, de fojas 593, declaró INFUNDADA la demanda de hábeas corpus por considerar que: a) Al recurrente no le alcanzaba la prerrogativa del antejuicio político en virtud a que los hechos que se le imputan obedecen a su actuar como miembro del Ejército del Perú y no como Ministro de Estado; b) No se le ha vulnerado el principio de irretroactividad de la ley penal, pues no ha sido aplicado el párrafo agregado por dicha ley al tipo penal de enriquecimiento ilícito; c) No existe afectación al plazo razonable, pues el proceso penal tiene la naturaleza de complejo, además de haberse iniciado el juicio oral en el año 2004.

§. Resolución de segunda instancia

La Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima CONFIRMÓ la resolución materia de alzada que declaraba INFUNDADA la demanda de autos, sustancialmente bajo idénticos argumentos que el A-quo.

III. FUNDAMENTOS

§. Delimtación del petitorio.

La presente demanda tiene por objeto cuestionar el proceso que se sigue contra el recurrente por delito de enriquecimiento ilícito. Al respecto, alega violación a la prerrogativa del antejuicio, aplicación retroactiva de la ley penal violatoria del principio de legalidad penal y violación del derecho al plazo razonable del proceso

§. Algunas precisiones respecto al hábeas corpus

Desde antigua data, la libertad (como estado natural de una persona) ha sido uno de los atributos más valiosos con los que cuenta un ser humano; tal situación supuso que la libertad sea objeto de protección y tutela frente a las privaciones. Así, el antecedente más remoto de tutela lo encontramos en el interdicto[1] de hómine líbero exhibendo el cual constituyó una especie de "acción popular", ejercitable por cualquiera y de manera indeterminada, que estaba encaminada a tutelar la libertad de aquel hombre libre privado dolosamente de ella. Esta concepción de hábeas corpus ha sido catalogada como la percepción clásica de este instituto y como el instrumento nom plus ultra de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron ius movendi et ambulandi o lo que los anglosajones denominaron power of locomotion.

Esta postura jurídica ha ido desarrollándose con el paso del tiempo y su afirmación ha venido siendo evolucionada, en la lengua contemporánea de los derechos fundamentales. Nuestro sistema normativo (teniendo como punto de partida la norma normarum) no ha sido ajeno a dicha evolución, y ha asumido lo que en doctrina se conoce como la concepción amplia de hábeas corpus, es decir, ya no sólo protege a la libertad personal, sino que se ha extendido a otros derechos consustanciales con ésta (entiéndase libertad personal). A dicha afirmación es posible arribar a partir de lo establecido en el artículo 200º inciso 1) de la Constitución Política del Perú que ha previsto: "... La acción de hábeas corpus... procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos...". Siguiendo dicha orientación, el Código Procesal Constitucional en la

parte in fine del último párrafo del artículo 25° ha precisado que: "...También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio...".
Como se podrá apreciar, el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo que supone el otorgamiento, al Juez Constitucional, de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado; siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de la conexidad entre éste (debido proceso) y la libertad individual. Así lo ha entendido y establecido el Colegiado Constitucional en su jurisprudencia, al señalar que: "... si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso (...) habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, ratione materiae, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos..." (STC. 06402-2006-PHC/TC). Es más, el Colegiado Constitucional ha aseverado que: "... no cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear la procedibilidad de una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere prima facie que se cumpla con el requisito de la conexidad. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual..." (STC. 4052-2007-PHC/TC).

Así las cosas, es pertinente, de cara a la correcta resolución del presente caso, verificar si la alegada vulneración del debido proceso efectuada por el recurrente lleva aparejada el requisito deconexidad al que se ha hecho referencia en los fundamentos precedentes. Así analizado el expediente, se puede concluir de la instrumental obrante de fojas 153 a 161 que el recurrente tiene la medida coercitiva personal de comparecencia con restricciones, como por ejemplo la de no ausentarse del lugar de su residencia sin previo aviso del Juez, comparecer cada 15 días y de manera personal al juzgado a informar y justificar sus actividades bajo apercibimiento de revocársele la medida coercitiva impuesta. Todo ello, a juicio de este Colegiado, constituye una injerencia en la esfera de libertad de la persona del recurrente, con lo que le está completamente legitimado a este Tribunal analizar el fondo de la controversia constitucional planteada.

§. Presunta vulneración de la prerrogativa del antejuicio político

La Constitución Política del Perú, dentro de su desarrollo normativo, ha previsto en sus artículos 99° y 100° dos tipos de procedimientos por medio de los cuales se puede acusar a los altos funcionarios del Estado ante una posible infracción a la Constitución o por la comisión de un hecho delictivo. Estos procedimientos de acusación constitucional son de distinta naturaleza y, por ende, de distintos alcances; nos referimos al antejuicio político y al juicio político. Por obvias razones, en el presente caso efectuaremos un análisis sólo del primero de ellos, esto es el antejuicio político.
Así, respecto al antejuicio político el artículo 99° de la Constitución Política del Perú ha señalado que: "Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes del Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General
por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas" (resaltado y subrayado agregados).

Por su parte el Tribunal Constitucional desarrollando dicho artículo ha precisado que: "...es un privilegio jurídico-político al cual tienen derecho ciertos funcionarios del Estado como: el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República..." (STC. 0006-2003-AI/TC), a mayor abundamiento ha señalado que: "... El antejuicio político es una prerrogativa funcional de naturaleza formal consistente en que los altos funcionarios del Estado señalados en el artículo 99° de la Constitución no sean procesados penalmente por supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido con las debidas garantías procesales en el seno del Congreso de la República..." (STC. 2364-2008-PHC/TC).

Como se podrá advertir tanto de su configuración normativa, como el desarrollo jurisprudencial, existen dos materias por las cuales es posible que los Congresistas de la República puedan ejercer la atribución constitucional de la acusación constitucional; nos estamos refiriendo a: a) La infracción a la Constitución; y, b) Comisión de delito en el ejercicio de sus funciones. El análisis que se hará en el desarrollo argumentativo de la presente sentencia recaerá únicamente sobre el segundo de ellos, por ser este uno de los fundamentos por los que el recurrente esgrime el presente proceso constitucional de la libertad.

En este excurso de razonamiento, este Tribunal considera necesario establecer que la prerrogativa del antejuicio político o, si se quiere, el procedimiento de acusación constitucional, es una institución jurídico-política que se instaura por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones, mas no está diseñado o configurado respecto de la comisión de delitos comunes. En otras palabras, la prerrogativa del antejuicio político no resulta aplicable a los altos funcionarios del Estado en todos los ámbitos de su vida, incluyendo la privada, sino sólo para aquellos casos en los que la conducta delictiva sea consecuencia de actos propios de su cargo (como por ejemplo peculado, cohecho, etc). Sostener lo contrario, sería afirmar que si uno de los

altos funcionarios a los que hace referencia el artículo 99° de la Constitución atenta contra la vida de su cónyuge, éste tendría derecho al antejuicio político por el cargo que ostenta, lo que a juicio de este Colegiado es incongruente con el thelos de la institución jurídica bajo análisis.

El recurrente argumenta en su escrito de apelación de la sentencia emitida por el A-quo en el presente proceso constitucional que: "La ampliación de instrucción por el delito de enriquecimiento ilícito alcanzó el periodo de tiempo comprendido entre el año 1992 y 2000" año éste último en el que se desempeñó como Ministro de Estado en la Cartera del Interior, pero respecto de ello no se ha dicho nada, por lo que asegura que le alcanzaba la prerrogativa del antejuicio político. Dicha afirmación debe estimarse como un argumento de defensa del recurrente, pero que este Colegiado no comparte, pues si tenemos en cuenta el auto ampliatorio de instrucción obrante a fojas 38, por medio del cual se resolvió ampliar la instrucción por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, afirma que el evento fáctico que permite sostener la imputación formulada, está representada por el desbalance patrimonial del hoy recurrente cuando éste desempeñaba diversos cargos estratégicos en su condición de General del Ejército Peruano.

Ello evidencia que la instrucción que se le siguió y el juicio oral que a la fecha de presentación del presente proceso constitucional sigue vigente, no ha sido consecuencia de su accionar como Ministro de Estado, por lo que no está comprendido dentro de los alcances de la prerrogativa del antejuicio político.

§. Vigencia en el tiempo de la ley penal: Irretroactividad de la ley penal

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el sistema jurídico. Tratándose de una disposición que forma parte del derecho penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito. Así se desprende del ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de nuestra Constitución, a tenor del cual: "...Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley...".

De otra lado es también conocido que por mandato expreso de la Carta Fundamental del Estado una norma no puede ser aplicada de modo retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo. Así, el artículo 103° ha precisado literalmente que: "...Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo...". Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. Por su parte el artículo 6° del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable.

Respecto a la irretroactividad de la ley, este Colegiado Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar que: "... La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que éstos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo..." (STC N.° 1300-2002-HC/TC). No obstante esta definición, no debe ser aplicada de modo literal, sino que debe existir una interpretación activa, es decir, caso por caso. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional el cual ha señalado en un proceso constitucional de hábeas corpus que: "... El alegato del recurrente para cuestionar el proceso penal por el delito de corrupción de funcionarios en la modalidad cohecho pasivo impropio, se basa en que al momento de la comisión del mismo no estaba tipificada la conducta delictiva por la que se le condena y en que recién con la modificatoria del 6 de octubre de 2004 se amplía el hecho típico. Sin embargo, la conducta delictiva sí se encontraba tipificada en el artículo 394 del Código Penal, con anterioridad a dicha modificatoria, lo que era suficiente para la configuración del tipo penal..." (STC. 1939-2004-PHC/TC).

Es conveniente aquí efectuar un análisis, a fin de determinar si es que se ha afectado la irretroactividad de la ley penal, entre la norma jurídica en la que se basó la imputación, esto es el artículo 401° que preveía el delito de enriquecimiento ilícito conforme a la descripción típica efectuada por el Código Penal de 1991 y la modificatoria que sufrió dicha norma a través de la Ley 27482 (Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado), la que en su artículo séptimo incorporó un párrafo en el artículo 401° del Código Penal, de fecha del 15 de junio de 2001, es decir posterior a los hechos materia de incriminación.

La descripción típica original (conforme al Código Penal de 1991) del delito enriquecimiento ilícito es como sigue: "El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años". A dicho artículo se le incorporó, a través de la Ley 27482 el siguiente párrafo: "Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

Analizados y comparados las dos descripciones típicas debemos afirmar, de modo categórico, que la modificatoria introducida por la ley a la que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes no incluye ningún elemento típico nuevo pues, en efecto, como bien lo ha precisado el A-quo, dicha incorporación lo único que

hace es delimitar los elementos objetivos del tipo penal y no modifican la esencia de la imputación formulada contra el hoy recurrente, ni tampoco una agravación de la conducta que tenga repercusión con la intensidad de la respuesta punitiva de parte del Estado, por lo que su aplicación al caso no constituye una aplicación retroactiva de la ley penal. En tal sentido, este extremo de la demanda debe ser desestimada.

§. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139°, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14°, inciso 3.c de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas"; y en el artículo 8°, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: " Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

§. Criterios para determinar la duración razonable del proceso penal

Habiéndose planteado en el presente caso, la eventual violación del derecho al plazo razonable del proceso o, lo que es lo mismo, que éste no sufra dilaciones indebidas, la determinación de si se violó o no su contenido constitucionalmente protegido es un tema que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: a) la actividad procesal del interesado; b) la conducta de las autoridades judiciales, y c) la complejidad del asunto; los cuales fueron establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genie Lacayo y Suárez Rosero al analizar el tema del plazo razonable del proceso, los mismos que han sido recepcionados por el Tribunal Constitucional (Cfr. Exp. N.° 618-2005-PHC/TC. Caso Ronald Winston Díaz Díaz. FJ N.° 11; Exp. N.° 5291-2005-PHC/TC. Caso Heriberto Manuel Benítez Rivas y otra. FJ N.° 6). Tales elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido (que es la segunda condición para que opere este derecho), lo que debe realizarse caso por caso y según las circunstancias.

Dicha determinación ha sido acogida por el Tribunal Constitucional quien ha expresado en la sentencia recaída en el caso Berrocal Prudencio (Expediente N.°. 2915-2004-HC/TC), que: "...para valorar la complejidad de un caso es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil...".

En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del inculpado, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada "defensa obstruccionista" (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En consecuencia, "(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento" (Informe N.° 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2).

En reiterada jurisprudencia este Colegiado (Expediente N.° 0376-2003-HC/TC. Caso: Bozzo Rotondo. FJ. 9) ha sostenido que "...si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso...".

En este orden de ideas, podría merituarse como defensa obstruccionista todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado. En relación a la actuación de los órganos judiciales, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia (Expediente N.°. 2915-2004-HC/TC. Caso: Berrocal Prudencio), ha sostenido que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez

instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45).

§. Dimensiones de la infracción del derecho al plazo razonable del proceso penal

Por su parte, las dilaciones procesales atribuibles al propio órgano jurisdiccional pueden consistir en la omisión de resolver dentro de los plazos previstos en las leyes procesales, comportamiento que proviene de la pasividad o inactividad del órgano judicial lo que deviene en una demora o retardo del proceso (Cfr. Exp. 6390-2006-AA/TC. Caso: Margarita del Campo Vegas. FJ. Nº 7: Omisión de pronunciamiento del Tribunal de honor; Exp. 549-2004-HC/TC. Caso: Manuel Rubén Moura García. FJ. Nº 1: Omisión de expedición de sentencia; Exp. Nº 3771-2004-HC/TC. Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón. FJ. Nº 1: Omisión de expedición de sentencia).

De otro lado, es posible también generar dilaciones indebidas a través de actividades procesales que por no ser adecuada para lograr la pronta solución del proceso genera una demora imputable al juez o al tribunal del caso. Es decir, se produce una determinada actuación que provoca una dilación persistente. Este Tribunal ha abordado este tema en la sentencia estimatoria recaída en el expediente N.º 3485-2005-HC/TC (Caso: Sandro Bustamante Romaní), en que el demandante hallándose sujeto a un proceso sumario iniciado en el año 1999, en el cual se emitieron dos sentencias absolutorias, las mismas fueron declaradas nulas por el tribunal superior fundamentando su decisión en la no consecución del objeto del proceso, sin tener en consideración la naturaleza sumaria del proceso (cuyo plazo legal es de 60 días, prorrogable a 30 días), dilató el juzgamiento cinco años, vulnerando así el derecho al plazo razonable del proceso.

§. Análisis del caso concreto

Inicio del cómputo del plazo razonable del proceso

Este Colegiado al tratar sobre el punto de partida para la evaluación del "plazo razonable", considera que en materia penal el comienzo del mismo, debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, ya sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. El hecho objetivo a partir del cual debe empezar a computarse el plazo dentro de este proceso es la apertura de investigación fiscal, por constituir el primer acto de carácter cuasi jurisdiccional por medio del cual el hoy recurrente tomó conocimiento de que el Estado había activado al aparato persecutor, es decir el cómputo del plazo de duración del proceso, data del 28 de noviembre del año 2000.

En tal sentido, el presente proceso lleva a la fecha de expedición de la presente sentencia, un total de ocho años, diez meses y veinte días. Seguidamente se procederá a analizar dicho plazo, que prima facie se advierte excesivo, sobre la base de los ya criterios materiales de análisis; a saber: complejidad del asunto, actuación del órgano jurisdiccional, conducta procesal de las partes.

Elementos de análisis del plazo razonable del proceso

En cuanto a la complejidad del proceso, conforme consta de la copia del auto de apertura de instrucción, a fojas 24, así como del auto de enjuiciamiento, a fojas 138, se trata de un proceso con un gran número de imputados, lo que conforme a lo aseverado en el informe (a fojas 488 y siguientes) elaborado por la presidenta de la Sala Penal emplazada, doña Inés Villa Bonilla, quien reconoce que han llegado a sumar 35 imputados. Al respecto, dicha cantidad de procesados es en definitiva un aspecto que incide en gran medida en la complejidad del proceso. Sin embargo, resulta pertinente hacer referencia al hecho de que con la finalidad de darle mayor celeridad a la tramitación del proceso, mediante resolución de fecha 5 de febrero de 2007, se dispuso la desacumulación del proceso en dos (el N.º 004-2001 y el 13-2007). Asimismo, se produjo una segunda desacumulación del proceso Nº 004-2001, mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2008, en otros tres procesos distintos: 004-2001, 84-2008 y 85-2008. De modo tal que finalmente en el proceso N.º 004-2001 habrían quedado comprendidos además del recurrente, otras cuatros personas, a saber: Aurora Isabel de Vettori Rojas de Chacón, Cecilia Isabel Chacón de Vetori, Luis Kiguel Portal Barrantes y Juan Cralos Chacón de Vetori (a fojas 499 de autos).

Más allá del loable esfuerzo de la judicatura por desacumular procesos en aras de la celeridad procesal, de modo tal que actualmente el proceso seguido contra el recurrente tiene solo cinco procesados, dicha desacumulación pone de manifiesto que por la naturaleza de las imputaciones ventiladas en el proceso seguido contra el recurrente era posible seguir varios procesos distintos con menos imputados, lo que en definitiva haría menos complejo el proceso penal. Sin embargo, que siendo ello posible, llama la atención que la referida desacumulación se haya dado recién a partir del alo 2007, cuando el proceso penal tenía ya seis años de iniciado. De modo tal que es posible advertir que en el presente caso, la gran cantidad de imputados, elemento que incidió en gran medida en la complejidad del proceso, en realidad constituye una imputable al propio órgano jurisdiccional.

Finalmente, en cuanto a la actuación procesal del imputado, cabe señalar que de los actuados no se aprecia ninguna actuación dilatoria por parte del recurrente, lo que tampoco ha sido indicado en el referido informe expedido por la presidenta de la Sala Penal emplazada. En este sentido, se advierte que la excesiva duración del proceso no puede ser imputada al procesado, sino más bien ha sido consecuencia de una tramitación negligente del proceso por parte del órgano jurisdiccional, quien de modo innecesario inició un proceso penal con gran cantidad de imputados, a pesar de existir la posibilidad real de una desacumulación. Es por ello que la demanda debe ser estimada en este extremo.

La protección del plazo razonable y sus consecuencias

Habiéndose advertido en el presente caso que se ha producido una vulneración del derecho al plazo razonable del proceso, corresponde ahora determinar cuál es la consecuencia que se desprende de dicha estimatoria. Al respecto, no deberá perderse de vista en ningún momento la finalidad que inspira a los procesos constitucionales de la libertad, esto es "... proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional...". En este sentido, la solución a la que se arribe deberá expresar consecuencias jurídicas concretas en la situación del recurrente.

La doctrina y jurisprudencia internacional nos muestran que la temática que nos ocupa no ha sido nada pacífica, habiéndose argumentado diversas posturas, las mismas que aquí resumimos: a) Las compensatorias que a su vez pueden ser internacionales, civiles o penales; b) Las Sancionatorias las que pueden ser de orden administrativo-disciplinaria y penales orientándose a reprimir la conducta dilatoria de las autoridades judiciales; y, c) Las procesales que son tanto la nulidad como el sobreseimiento.

En cuanto a las medidas de tipo compensatorio, éstas importan la materialización de un conjunto de mecanismos tendientes a resarcir al imputado por el "daño" causado como consecuencia de una demora excesiva en el juzgamiento, las que pueden traducirse en el pago de una suma dineraria (civil) o en algún tipo de indulto o perdón (penal). Dichas medidas a juicio de este Colegiado no se condicen con el carácter restitutorio de los procesos constitucionales de la libertad. Asimismo, una protección que sólo implique medidas de esta naturaleza podría significar la vigencia de actos emitidos en violación de derechos fundamentales, lo que no se condice con el deber estatal de protección de derechos fundamentales derivado del artículo 44° de la Constitución Política del Perú.

Por su parte las soluciones sancionatorias se plasman a través de la imposición de medidas administrativas de carácter sancionatorio contra los responsables de la violación del derecho al plazo razonable. Al respecto, este tipo de consecuencias sólo representan una garantía de carácter secundario, ya que no reaccionan procesalmente contra la violación del derecho en cuestión, sino contra los culpables de la infracción representando dichas posturas únicamente medidas de carácter preventivo general (para todos los funcionarios que tienen dentro de sus atribuciones materializar la jurisdicción). Por ello es que este Colegiado llega a la conclusión que esta clase de soluciones se apartan de la esencia misma de los procesos constitucionales, consecuentemente no puede ser de recibo como solución del presente proceso.

Habiendo quedado descartadas las posibles medidas de soluciones de tipo compensatorias y sancionatorias de la presente resolución, es conveniente aquí efectuar un análisis de la última de las posturas a las que hace referencia la doctrina y verificar si esta se condice con los fines de los procesos constitucionales.

A juicio de este Colegiado Constitucional, el principio de presunción de inocencia (artículo 2,24.e de la Constitución) constituye un estado de inocencia que sólo puede ser desvirtuado a través de una sentencia expedida en un proceso legítimo en el que se hayan respetado todas las garantías. En efecto, sólo con el respeto inmaculado de todas las garantías judiciales del imputado se puede fundar la legitimidad constitucional de una sentencia judicial. Por ello la ausencia de una de estas garantías constituirían una falta de justificación para la legitimación persecutoria del Estado o si se quiere la materialización del ius puniendi estatal.

Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo puede actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente.

En al sentido, en el caso de autos, en el que se ha mantenido al recurrente en un estado de sospecha permanente y sin que –como se ha visto a lo largo de la presente sentencia- las circunstancias del caso justifiquen dicha excesiva dilación, el acto restitutorio de la violación del derecho al plazo razonable del proceso consistirá en la exclusión del recurrente del proceso penal.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de hábeas corpus, por haberse acreditado la vulneración del derecho al plazo razonable.

Disponer que la Sala penal emplazada excluya al recurrente del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMIREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

[III] El término interdicto era aquel instituto de derecho público y su denominación aludia a la posibilidad de interpelación de la autoridad pública a fin de cautelar determinados derechos.

C. PRECEDENTES VINCULANTES

Exp. N° 4853-2004-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad. Se establecen reglas para la procedencia del mecanismo procesal de "amparo contra amparo"].

Fecha de Resolución: 19 de abril de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de mayo de 2007

Resumen: Se estableció las reglas procesales y sustantivas del precedente vinculante para la procedencia, del "amparo contra amparo".

Así, pues, el Tribunal Constitucional (TC) precisó que para la procedencia, por única vez, de una demanda de "amparo contra amparo", el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

Sobre el objeto.– El Colegiado dispuso que constituye objeto del "amparo contra amparo":

a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) La resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de "amparo contra amparo" las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

Sobre la pretensión.- El TC puntualizó que el nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el "amparo contra amparo" por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. Manifestó que también puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial del Tribunal.

Sobre los sujetos legitimados.– Para el Tribunal Constitucional las personas legitimadas para interponer una demanda de "amparo contra amparo" son las siguientes:

a) Frente a la resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación

del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán interponer una demanda de "amparo contra amparo" los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.

b) Frente a la resolución denegatoria de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de "amparo contra amparo" el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, precisa que sólo se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

Sobre el juez competente.– El Tribunal consideró que a efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior Justicia y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo.

De otro lado hay que señalar que a la fecha la regla establecida en el F.J. 40 (procedencia del recurso de agravio constitucional a favor del precedente) ha sido dejada sin efecto por la STC Nº 3908-2007-AA (Caso Provías). En ella se establece que no cabe la interposición del recurso de agravio constitucional en caso de sentencias estimatorias de segundo grado en procesos constitucionales que contravengan precedentes vinculantes. En su lugar queda habilitada la vía del amparo contra amparo.

Temas claves: Amparo contra amparo - cosa juzgada - derecho a la igualdad - independencia del juez - procedencia del recurso de agravio constitucional - procesos constitucionales.

EXP. N.° 4853-2004-PA/TC
LA LIBERTAD
DIRECCIÓN REGIONAL
DE PESQUERÍA
DE LA LIBERTAD

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de abril de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, representada por su director, don Rolando Coral Giraldo, contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 38 del cuaderno de apelación, su fecha 7 de setiembre de 2004, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 17 de octubre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra los magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo, así como contra el Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, a fin de que se deje sin efecto la Resolución N.° 25, de fecha 30 de junio de 2003, expedida por la Sala emplazada en el trámite de un

anterior proceso de amparo, seguido contra el Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional y otros.
Solicita asimismo que se deje sin efecto todos los actos posteriores a la referida sentencia, los mismos que están en etapa de ejecución. Sostiene que, en el referido proceso (expediente N.° 1954-02), luego de apelar la resolución de primer grado, sólo se habría dado respuesta a una de las apelaciones; la planteada precisamente por la Dirección Regional de Pesquería, mas no se hace referencia alguna al recurso interpuesto por el Gobierno Regional de La Libertad. De este modo, según argumenta, se habrían violado sus derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y de defensa.

2. Resolución de primer grado

Mediante Resolución de fecha 5 de enero de 2004, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad rechazó liminarmente la demanda, tras considerar que en el presente caso resultaba de aplicación el artículo 10 de la Ley N° 25398, Ley Complementaria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus, la misma que establece que las anomalías que pudieran presentarse dentro de un procedimiento regular, deben resolverse al interior del mismo proceso, no siendo el proceso de amparo la vía adecuada para dicho propósito.

3. Resolución de segundo grado

A fojas 38 del cuaderno de apelación, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema confirmó la apelada, tras considerar que no se había violado el derecho al debido proceso, ya que el demandante había reconocido que la Sentencia cuestionada sí se pronunció sobre los puntos contenidos en su recurso de apelación.

III. FUNDAMENTOS

§1. Precisión del petitorio de la demanda

1. El recurrente solicita, concretamente, que se deje sin efecto la sentencia de fecha 30 de junio de 2003, mediante la cual la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo declaró fundada en parte una demanda de amparo contra el Gobierno Regional de La Libertad, ordenando, en su parte resolutiva, que la emplazada cumpliera con reincorporar a don José Luis Castillo Cava en el puesto de chofer de la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, tras constatar que se habían vulnerado sus derechos al trabajo y al debido proceso. Se trata en consecuencia, de un proceso de "amparo contra amparo" donde además existe una estimación parcial de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia.
2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y tomando en consideración que en el marco de la nueva regulación de los procesos constitucionales existe la necesidad de delimitar los alcances del "amparo contra amparo", este Colegiado considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, esbozar criterios de observancia obligatoria, los que se precisan a continuación a partir del caso planteado.

§2. Las reglas del "amparo contra amparo" antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional

3. En la sentencia recaída en el expediente N.° 200-2002-AA/TC se establecieron cinco reglas para restringir el uso del amparo como medio para cuestionar lo resuelto en otro proceso de amparo. No se trataba en aquella ocasión de prohibir la procedencia de procesos constitucionales contra procesos constitucionales sino de su aceptación, si bien sujeta a específicas situaciones. Así se dijo que sólo es posible admitir un "amparo contra amparo":

a) Cuando la violación al debido proceso resulte manifiesta y esté probada de modo fehaciente por el actor;
b) Cuando se hayan agotado todos los recursos al interior del proceso que se cuestiona y aquellos hayan resultado insuficientes para el propósito corrector;
c) Cuando lo solicitado no se encuentre relacionado con lo decidido sobre el fondo, puesto que con el segundo amparo sólo se puede poner en tela de juicio cuestiones estrictamente formales;
d) Cuando el nuevo proceso de amparo no intenta revertir una sentencia definitiva estimatoria, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada; y
e) Cuando se trate de resoluciones emitidas por el Poder Judicial, mas no de aquellas emanadas del Tribunal Constitucional.

4. Toda vez que las reglas mencionadas fueron elaboradas por la jurisprudencia constitucional en el marco de la legislación anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional considera imperioso evaluar si las mismas reglas deben ser convalidadas en el marco de la nueva legislación sobre los procesos constitucionales; o si, por el contrario, resulta oportuno realizar un redimensionamiento del "amparo contra amparo" o, eventualmente, limitar sus posibilidades a los extremos en que sea absolutamente necesario para restablecer el ejercicio de los derechos fundamentales que hayan sido arbitrariamente violados en el trámite del proceso judicial.

§3. Fundamento constitucional del "amparo contra amparo"

5. En principio conviene destacar que, conforme se desprende del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, en el marco de la regulación actual, ya no sería posible iniciar una demanda de amparo para cuestionar "(...) una resolución firme recaída en otro proceso constitucional (...)".
No obstante, este Colegiado ha establecido al respecto que "(...) la posibilidad del "amparo contra amparo" tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, donde se establece que el Amparo "(...) No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". A partir de esta consideración, el Tribunal ha precisado que "(...) cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso

6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional(...)". (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo, Exp. N.º 3846-2004-PA/TC).

§4. El "amparo contra amparo": su naturaleza excepcional

6. Aceptada la tesis de la procedencia del "amparo contra amparo", debe precisarse de inmediato que ello sólo es admisible de manera excepcional. Se debe tratar de una transgresión manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, por acciones u omisiones de los órganos judiciales que permitan al Tribunal Constitucional constatar fácilmente que dichos actos u omisiones trascienden el ámbito de la legalidad y alcanzan relevancia constitucional, de modo que su uso no puede habilitarse para cuestionar deficiencias procesales de naturaleza legal o, eventualmente, para suplir negligencias u omisiones en la defensa de alguna de las partes. Se debe tratar, en consecuencia, de violaciones acreditadas fehacientemente a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales durante el trámite de un proceso constitucional y que tengan directa vinculación con la decisión final de las instancias judiciales.

7. Dada la naturaleza excepcional de los procesos constitucionales el "amparo contra amparo" se configura como una excepción dentro de la excepción, por lo que los jueces deben valorar la intensidad de la afectación y el nivel de acreditación que se presente a efectos de no permitir que cualquier alegación pueda merecer una nueva revisión de los procesos constitucionales. Este Colegiado considera pertinente dejar establecido que su uso excepcional sólo podrá prosperar por única vez y conforme a las reglas que se desarrollan más adelante. Varias son las razones de orden jurídico e institucional que respaldan esta tesis:

a) El principio de seguridad jurídica, indispensable para el goce y disfrute de los derechos y libertades en el Estado democrático, en la medida en que permitir amparos sucesivos generaría una permanente inestabilidad e inseguridad en los justiciables;
b) El principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales, sobre todo cuando en los procesos constitucionales se trata de restablecer situaciones producidas a consecuencia de afectaciones a los derechos constitucionales;
c) El principio de oportunidad y eficacia de la protección de los derechos. Esto está, además, íntimamente vinculado a los principios de sumariedad o urgencia que caracteriza a los procesos constitucionales, en la medida en que dejar abierta la posibilidad de amparos sucesivos, terminaría por desnaturalizar el carácter mismo de los mecanismos destinados a proteger en forma oportuna y eficaz los derechos más importantes en la sociedad democrática;
d) Finalmente y, en todo caso, quien considere que, después de haberse resuelto un proceso de "amparo contra amparo", persiste una situación de lesión a un derecho fundamental, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte, tal como lo dispone el artículo 205 de la Constitución y el artículo 114 del Código Procesal Constitucional.

§5. Los supuestos procesales y sustanciales del "amparo contra amparo"

8. Una de las reglas que se estableció en el expediente N.º 200-2002-AA/TC, para la procedencia del "amparo contra amparo", señalaba que sólo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable para la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada. Ésta fue una regla elaborada conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N.º 23506, que establecía que "la resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente".

9. Al respecto el Tribunal considera necesario adecuar esta regla a efectos de optimizar la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales en un determinado proceso. En efecto, la estimación de una pretensión en un proceso constitucional no puede llevar a suponer, sin más, que en la tramitación de este haya desaparecido por completo cualquier posibilidad de afectación a los derechos fundamentales, generándose de esta manera un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional. En otras palabras, el "amparo contra amparo" no debe habilitarse en función de que el fallo en el primer amparo sea estimatorio o desestimatorio, sino en función de si puede acreditarse o no un agravio manifiesto a los derechos constitucionales a consecuencia de la actuación de los propios jueces constitucionales y cuya intensidad sea tal que desnaturalice la propia tutela que deba prestarse a través de su actuación.

10. De este modo en principio es razonable que tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado, cuando se acredite que en la tramitación se haya producido una violación manifiesta a un derecho constitucional, el "amparo contra amparo" resulta una opción válida a efectos de optimizar la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, sin que su uso pueda suponer, paradójicamente, una nueva afectación. No obstante, conviene aquí analizar si el "amparo contra amparo" es la única vía posible para el control constitucional de las decisiones estimatorias de segundo grado que resulten lesivas de los derechos fundamentales o que desconozcan la doctrina constitucional o, llegado el caso, los propios precedentes del Tribunal Constitucional. El Tribunal abordará en los fundamentos siguientes los supuestos en los que cabe un nuevo amparo, para luego y a partir de la interpretación del artículo 202.2 de la Constitución explorar las posibilidades del propio recurso de agravio como mecanismo más efectivo para el control de

las decisiones estimatorias de segundo grado que son dictadas en desacato directo a un precedente constitucional.

§5.1. Primer supuesto: sentencias estimatorias de segundo grado que afectan derechos fundamentales

11. Conforme ha quedado establecido hasta este punto, en el trámite de los procesos constitucionales, las decisiones estimatorias de segundo grado pueden también, eventualmente, ser dictadas con manifiesto agravio a algunos de los derechos constitucionales protegidos a través del proceso de amparo. En este caso, el hecho de que se haya dictado una sentencia de segundo grado estimando la pretensión contenida en la demanda de amparo, no la hace per se inimpugnable a través de un nuevo proceso de amparo.

12. En consecuencia el primer supuesto en el que se plantea la necesidad de un nuevo proceso de amparo es la invocación y consiguiente acreditación de un agravio manifiesto en el ámbito del contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional, producido en el trámite de un proceso de amparo. Tal afectación debe ser de tal intensidad que desnaturalice la propia decisión estimatoria, volviéndola inconstitucional y por tanto, carente de la condición de cosa juzgada en la que formalmente se pueda amparar.

13. En este punto conviene precisar que conforme tiene establecido este Tribunal (Exp. N.° 3179-2004-AA/TC), la protección de los derechos fundamentales vía un nuevo proceso de amparo no se agota en los aspectos formales, toda vez que el "amparo contra amparo" comparte el mismo potencial reparador cuando se trata de la afectación de cualquier derecho fundamental; esto es,"(...) comprender residualmente la protección de todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (hábeas corpus y hábeas data)"[11]. De este modo un proceso judicial resulta tanto irregular si viola el debido proceso formal y la tutela judicial efectiva, como cuando penetra de forma arbitraria o irrazonable en el ámbito constitucionalmente protegido de cualquier otro derecho fundamental.

14. Sólo así los derechos fundamentales alcanzan verdadera eficacia normativa vertical, vinculando a todos los poderes del Estado, incluidos los órganos del Poder Judicial. Esto además en el entendido de que el ámbito de protección del proceso constitucional de amparo no se limita solamente a la tutela del derecho al debido proceso, sino que se extiende de conformidad con el artículo 200.2 de la Constitución a todos aquellos derechos fundamentales que no son objeto de tutela por el proceso constitucional de hábeas corpus y hábeas data. Nada justifica por tanto, que el objeto de protección en el "amparo contra amparo" se reduzca sólo a los aspectos formales del debido proceso.

§5.2. Segundo supuesto: sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

15. Asimismo resulta razonable el uso de un segundo proceso constitucional para restablecer el orden jurídico constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales que pueda verse afectado con una estimatoria de segundo grado, cuando las instancias judiciales actúan al margen de la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las "anulaciones" de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.

16. Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado.

§5.3. Tercer supuesto: decisiones denegatorias de segundo grado que afectan derechos de terceros que no han intervenido en el proceso y del recurrente que no ha tenido ocasión de interponer el respectivo recurso de agravio.

17. Conforme se ha sostenido, uno de los argumentos que respaldan la posibilidad de interponer una nueva demanda de amparo contra las resoluciones estimatorias de segundo grado, provenientes de otro proceso de amparo, se sustenta en el mandato constitucional (arts.

201 y 202) que habilita al Tribunal como contralor último de la Constitución y defensor "definitivo" de los derechos fundamentales. Tales prerrogativas se concretan a través de un nuevo proceso de amparo siempre que se observen los presupuestos constitucionales que para ello se establecen en la presente sentencia.

18. No obstante, si bien es cierto que, tratándose de resoluciones desestimatorias siempre está abierta la posibilidad de interponer un recurso de agravio constitucional (artículo 18 del Código Procesal Constitucional), permitiendo en estos casos que sea el Tribunal Constitucional quien se pronuncie en última y definitiva instancia, también lo es que los terceros que resulten afectados ilegítima y directamente por dichas resoluciones no tendrían tal posibilidad en la medida en que su actuación como parte en el proceso haya sido denegada o simplemente no haya podido ser acreditada por desconocimiento de dicho trámite judicial. En consecuencia, el "amparo contra amparo" abre la posibilidad, en estos supuestos, de que las alegaciones de violación de derechos puedan ser evaluadas en un nuevo proceso constitucional y, de este modo, se pueda acceder a un pronunciamiento final y definitivo por parte del supremo intérprete y guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales, si la pretensión es denegada en las instancias judiciales.

19. En este sentido el "amparo contra amparo" habilita al tercero afectado, cuya participación haya sido rechazada en el primer amparo, o cuando, por desconocimiento probado, éste no haya tenido ocasión de solicitar su intervención en el trámite del primer proceso. En estos supuestos, dentro del plazo que establece el artículo 44 del Código Procesal Constitucional para el caso del amparo contra resoluciones judiciales, el tercero afectado en el ejercicio de sus derechos fundamentales a consecuencia de la decisión desestimatoria, puede presentar un nuevo amparo cuestionando dicha decisión, siempre que esta no haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, tras haberse interpuesto el respectivo recurso de agravio constitucional.

20. Por ello se puede admitir un nuevo amparo frente a una resolución desestimatoria de segundo grado en los siguientes supuestos: (1) el caso del tercero que no ha participado en el primer proceso, bien por no haber sido admitido como parte en el primer amparo, pese a contar con los presupuestos procesales para ello, bien por desconocimiento del trámite al no habérsele notificado como correspondía en su calidad de litisconsorte necesario. En este supuesto, la decisión desestimatoria de segundo grado le ha producido agravio sin que pueda ejercer su derecho de defensa; y (2) el caso de quien, habiendo sido parte en el proceso, no ha podido interponer el recurso de agravio en su oportunidad, sea por no habérsele notificado oportunamente la sentencia desestimatoria o porque, pese a haber sido notificado, no ha podido conocer de su contenido por alguna imposibilidad material debidamente acreditada.

21. Hasta aquí el "amparo contra amparo" ha sido presentado como un medio excepcional que debe admitirse por única vez con el propósito de que, tras el manto de la cosa juzgada o de la firmeza de una decisión de segundo grado, no se cobijen violaciones más perjudiciales a los derechos de alguna de las partes del proceso o, incluso de terceros, en los términos expuestos supra. Asimismo, hemos señalado que procede también un nuevo amparo cuando mediante decisiones estimatorias se desconozca la doctrina constitucional de este Colegiado en su rol de defensa de la supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales. Resta por analizar la forma en que debe asumirse la defensa del orden constitucional o la restitución en el ejercicio de los derechos fundamentales a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado que haya sido dictada en desacato flagrante a un precedente constitucional establecido por este Colegiado en su actuación como Tribunal de Precedentes, al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

§6. El recurso de agravio constitucional contra sentencias estimatorias de segundo grado que violan el orden jurídico constitucional

22. La defensa de los derechos fundamentales así como del orden jurídico constitucional que corresponde en última instancia al Tribunal Constitucional, requiere de mecanismos procesales efectivos para que éste actúe oportunamente en los procesos constitucionales. La autonomía procesal de que se ha venido dotando este Colegiado a través de su propia jurisprudencia (Cfr. entre otros: Exp. 045-2004-AI/TC, 025-2005-AI/TC, Auto de admisibilidad), refleja la necesidad de consolidar una serie de instrumentos y mecanismos procesales que permitan una mayor protección de los derechos a través de los procesos constitucionales. A este respecto, conviene ahora analizar si un nuevo proceso de amparo es un medio efectivo para controlar la posibilidad de violación del orden jurídico constitucional que se haya producido a consecuencia de una decisión estimatoria de segundo grado, dictada en abierto desacato a un precedente constitucional vinculante expresado en los términos del artículo VII del Código Procesal Constitucional.

23. El Tribunal considera que, si bien hasta la fecha la jurisprudencia constitucional ha venido interpretando que una decisión "denegatoria" es aquella que declara infundada o improcedente en segundo grado un proceso constitucional, tal interpretación se venía realizando en un contexto en el que no existía una disposición como la que ahora se recoge en el artículo VII del Título Preliminar del C.P.Const., que establece el carácter de precedente constitucional vinculante a determinadas decisiones del Tribunal Constitucional, las que no pueden ser desconocidas bajo ningún supuesto por el Poder Judicial, al disponer que su modificación o variación sólo corresponde al propio Tribunal.

24. Es en este contexto donde se aprecia con mayor claridad la necesidad de optimizar la defensa del orden jurídico constitucional a través de los procesos constitucionales, en especial a través del propio recurso de agravio constitucional de modo que una decisión estimatoria de segundo grado, emitida en el marco

de un proceso constitucional, no pueda convertir en "cosa juzgada" una decisión judicial emitida en abierto desacato a un precedente constitucional vinculante de este Colegiado, infringiéndose de este modo el propio carácter de norma suprema que corresponde a la Constitución y cuya interpretación final está a cargo de este Colegiado.

25. El Tribunal considera que una decisión judicial emitida sin tomar en cuenta los precedentes vinculantes del supremo intérprete de la Constitución aplicables al caso, viola el orden constitucional y debe ser controlado por este Colegiado a través del propio recurso de agravio, que debe habilitarse en este supuesto como el medio procesal más eficaz e idóneo para restablecer la supremacía de la Constitución, alterada tras una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional. Este Colegiado estima por tanto que debido a la naturaleza del agravio y la objetividad de su constatación, en la medida en que los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un juego interpretativo por parte de los jueces, relegar su control al trámite de un nuevo proceso de amparo resultaría en el mejor de los casos inadecuado.

§6. El Recurso de Agravio Constitucional a favor del precedente

26. Si bien el artículo 202.2 de la Constitución establece que corresponde al Tribunal Constitucional "conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento", una interpretación literal de dicha disposición puede generar en el actual contexto de desarrollo de la justicia constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales que corresponde, en última instancia, al Tribunal Constitucional conforme al artículo 201 de la Constitución y al artículo 1 de su propia Ley Orgánica (Ley N.° 28301).

27. Como ya ha quedado establecido supra, una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional afecta los derechos fundamentales y el propio orden jurídico constitucional cuando es emitida contra la expresa interpretación constitucional que haya realizado este Colegiado de los derechos fundamentales a través de su jurisprudencia, o también, como ya ha ocurrido[2] cuando es emitida en abierto desacato a un precedente constitucional vinculante. Respecto de las afectaciones de los derechos fundamentales en general (incluido los terceros), así como respecto del eventual desacato a las interpretaciones de este Colegiado contenidas en su doctrina jurisprudencial, este Tribunal ha sostenido que debe habilitarse para ello la interposición por única vez de un segundo amparo. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de un contencioso mínimo donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una nueva evaluación de la decisión por parte del propio Poder Judicial en sus dos instancias. Sin embargo este Tribunal entiende que no es necesario dicho trámite contradictorio cuando la alegación esté referida al desacato manifiesto y claro a un precedente vinculante, establecido en tales términos por el propio Tribunal.

§6.1. Sobre la interpretación constitucional del término "denegatorio" del artículo 202.2 de la Constitución

28. La concepción de la Constitución como norma jurídica vinculante trae consigo el carácter, también vinculante, de su interpretación por parte del Tribunal. El problema de la interpretación constitucional se configura de este modo como un problema relativo a la fuerza vinculante de los contenidos de la Constitución. Dichos contenidos, es sabido, dada la naturaleza pluralista de la sociedad democrática de la que intenta ser reflejo la Constitución, son en muchos casos ambiguos, indeterminados, vagos, abiertos. En suma, la interpretación constitucional es, en este sentido, una labor de "concretización" y también de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales. No hay interpretación fuera del tiempo. El contexto y sus múltiples manifestaciones dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la Constitución, debe sin embargo ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la "ejecución" de determinada cláusula constitucional.

29. Como actividad racional la interpretación constitucional se orienta por una serie de métodos y estrategias que deben coadyuvar a su corrección. Sobre el particular este Colegiado ha precisado una serie de principios que deben permitir establecer los contenidos correctos de la Constitución, a saber: a) el principio de unidad de la Constitución en su interpretación; b) el principio de concordancia práctica; c) el principio de corrección funcional; d) el principio de función integradora; e) el principio de fuerza normativa de la Constitución; f) el principio de irreversibilidad de la tutela que otorga la Constitución; entre otros.

30. Especialmente relevantes para lo que aquí interesa son los principios de concordancia práctica y corrección funcional. Mediante el primero "(...)toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución)".
En cambio mediante el principio de corrección funcional se exige que el juez constitucional, "(...) al realizar su labor de interpretación no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como

presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado"[3].

31. Son precisamente estos principios los que deben ayudarnos ahora a concretar los alcances de lo que debe entenderse por el término "resoluciones denegatorias" a tenor del artículo 202.2 de la Constitución. Dicha disposición interpretada en forma literal como se ha venido haciendo en la jurisprudencia y también en la doctrina, genera, como se ha adelantado, la posibilidad de que los jueces del Poder Judicial puedan eventualmente estimar una demanda de amparo al margen de los precedentes de este Colegiado, sin que ello pueda ser objeto de control constitucional, lo que en última instancia supone desatender el carácter vinculante de la propia Constitución. De este modo mientras que el principio de concordancia práctica permite buscar un significado de la norma fundamental que optimice tanto la defensa de los derechos como la supremacía de la Constitución, el principio de corrección funcional por su parte nos recuerda que una interpretación literal de tal disposición impediría que este Colegiado pueda ejercer precisamente la función que constitucionalmente le corresponde, esto es, asumir su rol de intérprete supremo de la Constitución y ser "definitiva instancia" en materia de tutela de los derechos fundamentales.

32. Por ello, cuando el artículo 202.2 de la Constitución señala que el Tribunal Constitucional conoce en ultima y definitiva instancia de las "denegatorias" en los procesos constitucionales ello no debe ser interpretado como que está proscrita por la Constitución la revisión por este Colegiado, vía recurso de agravio constitucional, de una decisión estimatoria de segundo grado cuando ésta haya sido dictada en desacato de algún precedente constitucional vinculante, emitido por este Colegiado. El concepto "denegatorio" requiere pues de un nuevo contenido a la luz de los principios de interpretación constitucional y de la doble dimensión que expresan los derechos fundamentales y su tutela por parte de este Colegiado en el contexto del actual Estado Social y Democrático de Derecho.

§6.2. La doble dimensión y finalidad de los procesos constitucionales y sus consecuencias en la interpretación del artículo 202.2 de la Constitución

33. Como ha precisado este Colegiado, "(...)en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la tutela objetiva de la Constitución. La protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión también supone una afectación del propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales, siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro". (Exp. 023-2005-AI/TC FJ 11)

34. Esta doble dimensión y finalidad en que se expresan y a la que sirven los procesos constitucionales debe también servir como premisa metodológica o conceptual a la hora de interpretar el artículo 202.2 que habilita la competencia del Tribunal Constitución vía el recurso de agravio constitucional a que se refiere el artículo 18 del C.P.Const. En tal sentido lo denegatorio a que hace referencia la disposición constitucional no debe entenderse sólo en su dimensión subjetiva, esto es, referido sólo y puntualmente a la pretensión de quien interpone la demanda de amparo, puesto que también resulta denegatoria de tutela constitucional una decisión que respondiendo de manera estimatoria la pretensión contenida en la demanda de amparo, sin embargo desconoce abiertamente el propio orden jurídico constitucional aplicable al caso concreto, orden a los que corresponden en su máxima jerarquía los precedentes vinculantes de este Colegiado. Como sostiene Peter Häberle, "(...)la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo es una faceta del recurso de amparo"; otra faceta tan o más importante es la referida a la tutela del propio orden objetivo de valores y del orden constitucional en su conjunto, esto es "asegurar el derecho constitucional objetivo y servir a su interpretación ¡y perfeccionamiento!'". De este modo los procesos constitucionales no sólo tienen como finalidad la respuesta a concretas demandas de las partes, sino también la tutela del orden jurídico constitucional cuya interpretación definitiva corresponde a este Tribunal.

35. En consecuencia cuando el artículo 202.2 de la Constitución no hace expresa referencia a la competencia de este Tribunal para conocer el caso de las sentencias estimatorias de segundo grado, tal silencio sólo supone una presunción iuris tantum a favor de la constitucionalidad de dichas decisiones, mas no su imposibilidad de control vía el recurso de agravio constitucional cuando se haya dictado al margen del orden jurídico constitucional, desacatando un precedente vinculante. De ahí que la precisión establecida en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, en el sentido de que el recurso de agravio procede contra "la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda", en la medida en que sólo hace referencia a la dimensión subjetiva del concepto de decisión judicial "denegatoria" (esto es referido a la pretensión contenida en la demanda) y no a la dimensión objetiva (esto es referida al respeto de los derechos fundamentales y el orden constitucional en su conjunto); no puede decirse que limita las posibilidades del recurso de agravio, también tratándose de decisiones estimatorias que sean abiertamente ilegítimas, por desconocer el carácter de órgano supremo de control de constitucionalidad de este Colegiado (art. 201 de la Constitución y 1 de su Ley Orgánica), así como la consecuente potestad de dictar

precedentes vinculantes reconocida en el artículo VII del título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

36. En cualquier caso el Tribunal considera que tal disposición del Código Procesal Constitucional debe ahora complementarse con la interpretación constitucional que con carácter vinculante realiza este Colegiado en la presente sentencia, con ánimo de no generar zonas de intangibilidad a la labor de control de parte del máximo intérprete de la Constitución y, al mismo tiempo, en el entendido de que una interpretación como la planteada optimiza de mejor forma la protección de los derechos constitucionales tal como exige el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que cuando se generen vacíos o defectos en la interpretación de dicha norma, estos deben ser solucionados aplicando supletoriamente otros Códigos Procesales afines "siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo".

37. Cabe señalar que además de los argumentos aducidos, la posibilidad de habilitar vía interpretación constitucional el recurso de agravio en el caso de desacatos a los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por este Colegiado, concretados a través de una decisión judicial estimatoria de segundo grado, se apoya en los siguientes fundamentos:

a) En primer lugar, la posición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete y guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales. Una interpretación literal y restrictiva del artículo 202.2 de la Constitución impediría que frente a un desacato a los precedentes vinculantes del máximo intérprete constitucional éste pueda intervenir a través del recurso natural establecido con tal propósito, como es el recurso de agravio.

b) En segundo lugar, la defensa del principio de igualdad. Esto en la medida en que la interpretación propuesta permite que la parte vencida pueda también, en igualdad de condiciones, impugnar la decisión que podría eventualmente ser lesiva de sus derechos constitucionales y que sin embargo de no aceptarse el recurso de agravio, tratándose de una estimatoria de segundo grado, no tendría acceso a "la última y definitiva instancia", ratione materiae que corresponde al Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos. Tratándose de un proceso de amparo entre particulares, esta situación resulta especialmente relevante puesto que una interpretación literal del artículo 202.2 sólo permite acceso al demandante vencedor en segunda instancia, mas nunca al emplazado, que puede ser vencido arbitrariamente en segunda instancia, y además, desconociendo los precedentes del Tribunal Constitucional.

c) En tercer lugar, la interpretación propuesta al no optar por un nuevo proceso para reivindicar el carácter de intérprete supremo y Tribunal de Precedentes que ostenta este Colegiado (art. 1 de su Ley Orgánica y art. VII del C.P.Const.), ha optado por la vía más efectiva para la ejecución y vigencia de sus propios precedentes. El Tribunal actúa de este modo, como lo manda la propia Constitución (art. 201), en su calidad de máximo intérprete constitucional, con autonomía e independencia para hacer cumplir sus precedentes como parte indispensable del orden jurídico constitucional.

38. De este modo y en definitiva la actuación del Tribunal Constitucional, vía el recurso de agravio, tiene por finalidad restablecer los principios de supremacía jurídica de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales, los que se verían transgedidos si un juez desconoce, de modo manifiesto, los precedentes vinculantes de este Colegiado que, conforme al artículo 1 de su Ley Orgánica, es el supremo intérprete de la norma fundamental del Estado y de los derechos fundamentales. Se trata en definitiva del recurso de agravio a favor de la protección y de la interpretación constitucional de los derechos que realiza, en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 202.2) de la Constitución, labor que se concreta de manera objetiva en sus precedentes vinculantes.

§7. Las nuevas reglas del "amparo contra amparo"

39. Sentado lo anterior resulta necesario establecer las reglas procesales y sustantivas del precedente vinculante para la procedencia, tanto del "amparo contra amparo" como también respecto del recurso de agravio constitucional a favor del precedente. Estas reglas deben ser interpretadas siempre atendiendo a los principios constitucionales pro homine y pro actione, a fin de que el proceso constitucional cumpla su finalidad de tutelar la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales.

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 201 y 202.2 de la Constitución así como de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren el carácter de cosa juzgada, un precedente vinculante. En virtud de ello la presente sentencia, en tanto constituye cosa juzgada, se establece como precedente vinculante y sus efectos normativos se precisan en la siguiente regla sustancial.

B) Regla sustancial: Para la procedencia, por única vez, de una demanda de "amparo contra amparo", el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

(1) Objeto.– Constituirá objeto del "amparo contra amparo":

a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) La resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite

de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de "amparo contra amparo" las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

(2) Pretensión.– El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el "amparo contra amparo" por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia.

(3) Sujetos legitimados.– Las personas legitimadas para interponer una demanda de "amparo contra amparo" son las siguientes:

a) Frente a la resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán interponer una demanda de "amparo contra amparo" los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.

b) Frente a la resolución denegatoria de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de "amparo contra amparo" el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, conforme a lo señalado supra, sólo se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

(4) Juez competente.– A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior justicia y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo.

§8. La reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente

40. A partir de lo desarrollado supra, este Colegiado procede a precisar las reglas aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta sentencia, para la procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado.

A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.

41. Por lo tanto las reglas desarrolladas en la presente sentencia y declaradas en el fallo como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, deberán ser aplicadas por los jueces constitucionales, incluso a los procesos en trámite, por mandato de la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo, una vez que la misma haya sido publicada conforme a Ley.

§10. Vigencia de las nuevas reglas y su aplicación al presente caso

42. En el presente caso la resolución judicial impugnada es precisamente una resolución estimatoria en un proceso de amparo. Esto permite, en primer término, advertir que, conforme a las reglas establecidas por este Tribunal en la sentencia del expediente 200-2001-AA/TC, la demanda debe ser declarada improcedente, debido a que, de acuerdo con una de las reglas establecidas en dicha ejecutoria, no era posible cuestionar mediante un nuevo proceso de amparo una sentencia estimatoria.

43. El Tribunal Constitucional considera no obstante que la aplicación de las nuevas reglas al presente caso no alterarán sustancialmente la respuesta que deba dar este Colegiado al caso planteado, permitiendo, por otro lado, ingresar a analizar el fondo de la pretensión a fin de que se establezca como precedente vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

44. Se aprecia de autos que si bien no se ha adjuntado al expediente las piezas procesales que permitan establecer, de modo fehaciente, que el recurrente denunció en su oportunidad las presuntas violaciones de sus derechos constitucionales, dicha falencia puede suplirse en este caso, en la medida en que según manifiesta dicha afectación habría ocurrido precisamente al tramitarse la apelación, donde según menciona, "de manera totalmente irregular, arbitraria e ilícita, no se da trámite al recurso de apelación que se interpuso, contra la sentencia, el Gobierno Regional de la Libertad, corriendo en autos únicamente el recurso de apelación interpuesto por José Teutico León Colonia, abogado de la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad".

45. La presunta afectación que reclama en este caso no se habría perpetrado en contra del recurrente de este segundo proceso de amparo, sino, en el mejor de los casos, en contra del Gobierno Regional de La Libertad, puesto que, según su propia afirmación, el recurrente no habría recibido respuesta respecto de su recurso de apelación en el proceso de amparo cuestionado. Sin embargo, a fojas 3 del expediente obra la respuesta que da el órgano jurisdiccional a un pedido de nulidad de la Sentencia del primer amparo, de donde se desprende que incluso el Gobierno Regional de La Libertad habría formulado no sólo un recurso de apelación sino que la mencionada resolución constituye la respuesta a un pedido de nulidad del mencionado Gobierno Regional, rechazándolo por intentar cuestionar la decisión de fondo de la sentencia. En consecuencia, no se aprecia violación alguna del contenido constitucionalmente protegido de los derechos que invoca el recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos.
2. Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los presupuestos para la procedencia del "amparo contra amparo" expuestos en el fundamento N.° 39, así como las reglas indicadas para la admisión del recurso de agravio a favor del precedente a que se refiere el fundamento N.° 40 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI

---

[1] Fundamento Jurídico N.° 12

[2] Así por ejemplo, en el caso de la constitucionalidad de las Leyes N.os 25153 y 27796, existen varios pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional en las SSTC N.os 9165-2005-PA/TC, 4227-2005-PA/TC y 1436-2006-PA/TC; estas decisiones han venido siendo desatendidas por las instancias judiciales, lo que ha generado pronunciamientos vía amparo para restablecer las violaciones producidas. Cfr. por todos la decisión de este Colegiado en el Expediente N.° 04245-2006-AA/TC

[3] cf. STC. 5854-2005-AA/TC, FJ 12.

[4] Häberle, Peter. «El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal de Jurisdicción Constitucional». En Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (Coordinadores). La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Madrid, Dykinson, 1997, p. 257.

Exp. Nº 9381-2005-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Félix Augusto Vasi Zevallos. Sobre el bono de reconocimiento - ONP].*

Fecha de Resolución: 26 de junio de 2006
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 24 de abril de 2007

Resumen: En virtud del precedente vinculante expedido por el Tribunal Constitucional en el presente caso, quedó expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda "reconocer los meses de aporte" al Sistema Nacional de Pensiones, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del Bono de Reconocimiento.

En esta sentencia, el Tribunal precisó que es obligación del Estado, a través de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del sistema público al privado, o viceversa, toda vez que, por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el Bono de Reconocimiento que le corresponde a cada persona.

Temas claves: Acreditación de aportaciones - Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) - bono de reconocimiento - derecho a la pensión - derecho al debido proceso - desafiliación pensionaria - Oficina Nacional Previsional (ONP).

EXP. N.° 9381-2005-PA/TC
LIMA
FÉLIX AUGUSTO
VASI ZEVALLOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de junio de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Félix Augusto Vasi Zevallos contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Lima, de fojas 138, su fecha 28 de enero de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 20 de agosto de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el recálculo de bono de reconocimiento y que se declare inaplicable la Resolución N.° 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero del 2001, que desestimó su recurso de reconsideración, la Resolución N° 1948-2002-GO/ONP de fecha 31 de mayo de 2002 que desestimó el recurso de apelación y la Resolución Jefatural N.° 029-98-JEFATURA/ONP.

Alega vulneración de sus derechos constitucionales a la seguridad social, la petición y el debido proceso, al no haber sido contabilizado el aporte realizado por su ex empleador Hansen-Holm, Alonso & Co., por un lapso de sesentiocho meses, y tan solo han sido aceptados los sesenta aportados por Alicorp S.A.

b. Contestación de la Demanda

Con fecha 19 de setiembre de 2002, la emplazada contesta la demanda y solicita su improcedencia, toda vez que la finalidad que persigue es la declaración de un derecho no adquirido, es decir nuevo, siendo imposible vulnerarse un derecho aún inexistente.

Sostiene que el demandante está solicitando en el fondo la inconstitucionalidad de la Resolución Jefatural N.° 029-98-JEFATURA/ONP, tal como lo considera en la demanda, pero no resulta susceptible de ser conocida en la vía extraordinaria de amparo, al no haber vulneración alguna de derecho constitucional. Las declaraciones de inaplicabilidad solicitadas encierran un único fin imposible de darse: el incremento del valor nominal del bono de reconocimiento dado que las evidencias presentadas por el actor, con posterioridad, no fueron consignadas en la solicitud del bono de reconocimiento.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 4 de agosto de 2003, el Quincuagésimo Octavo Juzgado Civil de Lima declaró improcedente la demanda de amparo, por considerar que el incremento de años de aportación al valor de bonos de reconocimiento, objeto pretendido por el actor, no puede ser declarado, por su propia naturaleza, dentro de una acción de garantía, por cuanto ésta solo tiene por objeto el de restituir derechos y no el de declararlos.

De conformidad con el artículo 13° de la Ley N.° 25398, existiendo aspectos controvertidos respecto del incremento en el cálculo del valor de su bono de reconocimiento, por haber efectuado aportaciones superiores a la ya reconocida, la vía de amparo no resulta la idónea en este caso para dilucidar tal pretensión, toda vez que este proceso carece de etapa probatoria.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 28 de enero de 2005, la recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

III. DATOS GENERALES

Violación constitucional invocada

La demanda de amparo fue presentada por don Félix Augusto Vasi Zevallos contra la Oficina de Normalización Previsional.

El supuesto acto lesivo fue producido por la falta de aceptación por parte de la demandada de nuevas pruebas instrumentales presentadas por el recurrente para el reconocimiento de meses de aportes al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) para efectos del cálculo del valor de su bono de reconocimiento.

» Petitorio constitucional

El demandante considera que se le han vulnerado derechos constitucionales a la seguridad social (articulo 10°), a la petición (artículo 2°, inciso 20) y al debido proceso (artículo 139°, inciso 3).

Alegando tales actos vulneratorios, solicita lo siguiente:

- Declarar inaplicable la Resolución Jefatural N.° 029-98-JEFATURA/ONP.
- Declarar inaplicable la Resolución N.° 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero de 2001, que desestimó el recurso de reconsideración.
- Declarar inaplicable la Resolución N.° 1948-2002-GO/ONP, de fecha 31 de mayo de 2002, que desestimó el recurso de apelación.

Materias constitucionalmente relevantes

Sobre la base de la reclamación realizada por el peticionante, este Colegiado considera pertinente responder las siguientes cuestiones:

- ¿Cómo se entiende la variación que puede existir del valor de un bono de reconocimiento?
- ¿Es válido constitucionalmente hablando la proscripción de dicha variación?
- ¿Qué consecuencias acarreará la presente sentencia?

IV. FUNDAMENTOS

1. En primer lugar, es de interés de este Colegiado dejar sentado que la Constitución protege adecuadamente el derecho de toda persona a tener una pensión justa. Esto se ha logrado básicamente a través de lo dispuesto por el artículo 11° que a la letra dice

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento"

Asimismo, también es imperioso admitir, tal como lo hace el artículo 10° de la Norma Fundamental, que en el país se reconoce el derecho a la seguridad social. Este derecho, que a la vez se concibe como garantía institucional del derecho a la pensión, otorga a la persona no sólo la capacidad de recibir algún tipo de monto dinerario para contrarrestar una contingencia, como sucede en el caso de los adultos mayores. También sirve para que el disfrute de su existencia se realice sobre la base de una búsqueda real de una elevación de la calidad de vida de las personas.

Ante ello, es pertinente recordar lo señalado en la sentencia del Expediente N.° 1417-2005-PA/TC, la misma que marca las pautas de procedencia para los procesos de amparo en materia pensionaria. En tal virtud, lo reclamado en el presente caso no se encuentra dentro de los supuestos del contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, y por lo tanto no merece ser visto en sede constitucional, sino contencioso-administrativa.

Por lo tanto, este Colegiado declara improcedente la demanda en tal extremo, al igual que en lo referido al derecho a la petición por no estar en juego pedido alguno a la Administración, en los términos del artículo 2°, inciso 20 de la Constitución. Lo que sí debemos pronunciarnos es en lo referido a la posible vulneración del derecho al debido proceso, tal como está contemplado en el artículo 139°, inciso 3 de la Norma Fundamental, básicamente con relación al ámbito sustantivo del derecho, y la congruencia que debe existir entre los fundamentos de la resolución emitida y la decisión en ella contemplada.

§1. Variación del valor del bono de reconocimiento

2. En este marco, cabe precisar que el análisis del valor de los bonos de reconocimiento debe ser realizado tomando en consideración los derechos antes mencionados, y sobre dicho cimiento, determinar la validez de la normatividad que lo sustenta. Pero ante todo corresponde entender qué es un bono de reconocimiento.

Es válido mencionar que según el artículo 9° de la Ley N.° 25897, de Creación del Sistema Privado de Pensiones, "En el caso de optar el trabajador por dejar el régimen del IPSS e incorporarse al SPP, recibe un 'Bono de Reconocimiento' emitido por el IPSS por el monto correspondiente a los beneficios del trabajador en función a los meses de sus aportes al IPSS hasta la fecha de vigencia de presente ley". Es más, este bono, según el artículo 2° del Decreto Supremo N.° 180-94-EF, puede ser obtenido en los siguientes tres supuestos:

"a) Haber estado afiliado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS con anterioridad al 6 de diciembre de 1992.

b) Haber aportado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS durante los 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de su incorporación al SPP (...).

c) Haber aportado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS un mínimo de 48 meses dentro de los 10 años previos al 6 de diciembre de 1992 (...)".

Sobre todo en la primera de las opciones mostradas, es necesario establecer con claridad cuál es el valor

nominal del bono de reconocimiento que se le asigna a la persona, toda vez que tal análisis es importante para determinar cuánto es el aporte que ella va a recibir en su traslado del SNP al Sistema Privado de Pensiones (SPP), y específicamente a la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) a la cual se adscribió. El valor de dicho bono de reconocimiento es elemento trascendente para que se hubiera producido dicho traslado.

3. En tal sentido, corresponde definir cuál es la importancia que tiene el trámite del reconocimiento de dicho bono en el respeto del derecho al debido proceso. Cabe recordar que sólo sobre la base del valor de dicho monto, la persona podrá recibir la pensión que le corresponde en el SPP.

Pero, ¿por qué la ONP no acepta una variación en el bono de reconocimiento emitido, si lo justo y lógico parece ser actuar de una manera contraria, admitiendo el cambio? La respuesta puede ser encontrada en la misma legislación.

Según el artículo 14º del Decreto Supremo N.º 180-94-EF, la emisión de toda norma complementaria a lo dispuesto para los bonos de reconocimiento se realizará de la siguiente forma:

"La ONP, mediante Resolución Jefatural, dictará las normas complementarias que sean necesarias para la correcta aplicación del presente dispositivo".

Es decir, cualquier configuración adicional para la obtención del bono de reconocimiento se pudo realizar a través de una Resolución Jefatural. Y es justamente una resolución de este tipo (la N.º 029-98-Jefatura/ONP), la que en un artículo único expresa que

"Al tener carácter de declaración jurada la solicitud de bono de reconocimiento, se entiende que el solicitante del bono de reconocimiento debe consignar en la solicitud del bono de reconocimiento, el total de empleadores que ha tenido durante su vida laboral, acredite o no la información que consigna, no pudiendo con posterioridad a la presentación de la solicitud, completar o modificar la referida información".

En estricto cumplimiento de dicha resolución, la ONP considera que es imposible jurídicamente hablando, aceptar del recurrente los medios probatorios aportados para aumento el valor de su bono de reconocimiento (contestación de la demanda, a fs. 60):

"El actor presentó su solicitud de Bono de Reconocimiento con fecha 4 de junio de 1998, cuando ya se encontraba en vigencia la Resolución Jefatural N.º 029-98-Jefatura/ ONP, del 17 de marzo de 1998, la misma que le exigía establecer el total de sus empleadores".

Pese al argumento utilizado, el demandante niega tal posición (demanda de amparo, a fs. 17), afirmando lo siguiente:

"La prohibición establecida por la Resolución N.º 029-98-Jefatura/ONP, vulnera el principio constitucional de razonabilidad al establecer una restricción eficaz pero no indispensable a los derechos constitucionales de acceso a la seguridad social y al debido proceso, con el fin de cautelar los intereses de la caja fiscal y preservar la fe pública".

Entonces, la cuestión que subyace a este debate es la identificación del respaldo constitucional a una resolución jefatural como la presentada, siempre observando su coherencia con el respeto del debido proceso de los administrados.

§2. La razonabilidad de la proscripción de variar los datos de solicitud

4. Es conveniente analizar si la resolución jefatural emitida puede llegar a afectar o no el mencionado derecho, tomando en cuenta la prohibición de la variación de datos y su razonabilidad dentro del sistema constitucional.

El Estado, según uno de los deberes impuestos en la Constitución (a través del artículo 44º), debe

"(...) promover el bienestar general que se fundamenta de la justicia (...)".

En este marco, debe entenderse que toda función asignada al Estado debe buscar la justicia, y eso es lo que se debe esperar del propio Decreto Supremo N.º 180-94-EF, máxime si, a través de su artículo 1º, señala que

"La Oficina de Normalización Previsional-ONP es la entidad encargada del cálculo, emisión, verificación y entrega del Bono de Reconocimiento, en adelante 'Bono', así como de las acciones de control posterior correspondientes".

Es decir, la propia norma infraconstitucional expresa que inclusive el cálculo del bono de reconocimiento es una obligación del Estado, a través de la ONP, y ello es trascendente y elemental para hacer efectivo ese anhelo de justicia que la Constitución ha destacado.

Es importante señalar también que la existencia de dos sistemas pensionarios separados (privado y público) está reconocida explícitamente a través del artículo 11º de la Constitución, y que si bien el bono de reconocimiento es una forma de conexión entre ambos (dirección: público privado), ello no obsta para que el Estado tenga una función específica respecto a ambos, tal como lo explica el mismo artículo 11º, cuando expresa que es él el que

"Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento".

Es decir, es una obligación del Estado supervisar -y a la vez, efectuar- correctamente el traslado del sistema público al privado, máxime si existe -mejor dicho, existió- una promoción por parte del Estado para que las personas se afilien a las AFP.

5. De lo que se puede observar, es lógico asumir que el mecanismo utilizado por el ente estatal (ONP) es desproporcional para los fines que fueron creados los bonos de reconocimiento.

Este bono es el mecanismo que la propia legislación y la misma Administración establecieron para que los aportes realizados a favor de las personas en el SNP puedan migrar hacia el SPP. Es válido reparar en que el Sistema Privado se define como una forma de capitalización y que cada uno de sus integrantes podrá ser pensionista según los aportes realizados a su cuenta personal, la misma que se contabiliza, en buena parte para el caso de los que se pasaron al SPP, gracias al bono de reconocimiento aportado. Y es lógico que, por la información con que cuenta, sea la propia ONP la que tenga la mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que

le corresponde a cada persona, tanto así que ésta es la forma en que se presenta el aludido artículo 1° del Decreto Supremo N.° 180-94-EF.

6. Cuando el artículo 14° de dicho decreto supremo otorga la capacidad a la ONP para dictar las normas complementarias a dicha reglamentación, ello no puede significar desnaturalizar ni desfigurar lo que se normó sobre la materia, y menos aún permitir que contravengan los derechos reconocidos constitucionalmente.
Sin embargo, tal como está propuesta la Resolución Jefatural N.° 029-98-JEFATURA/ONP, lo que está haciendo es impedir en la práctica que la cuenta de capitalización de afiliados refleje realmente los aportes efectuados al Sistema Nacional de Pensiones.
¿Quién más que la propia ONP para saber cuánto se aportó para cada uno de sus asegurados? No es que sea ilógico pedir que sea la propia persona la que haga el pedido para la formulación de un bono de reconocimiento, ni que en ella consigne el nombre de sus empleadores, pero lo que sí es excesivo e irrazonable es que la persona se vea impedida de variar los datos estipulados en su solicitud, cuando es la misma ONP la que está en mejor capacidad de conocer qué empleador realizó aportes o no.

7. Por los argumentos esgrimidos, este Colegiado considera que la Resolución Jefatural N.° 029-98-JEFATURA/ONP debe ser declarada inaplicable, toda vez que afecta el derecho fundamental a un debido proceso del recurrente por no tener la capacidad de aportar nuevos datos a su solicitud de bono de reconocimiento, ni tener la capacidad de interponer recursos contra su denegatoria.
Asimismo, por estar basadas en esta norma, también deben ser declaradas, en el caso concreto, nula la Resolución N.° 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero de 2001, que desestimó el recurso de reconsideración, y nula la Resolución N.° 1948-2002-GO/ONP, de fecha 31 de mayo de 2002, que desestimó el recurso de apelación.

§4. Consecuencias de la sentencia

8. De lo expresado queda claro que se debe declarar inaplicables las resoluciones emitidas por la ONP, pero ello no importa necesariamente que este ente debe aumentar de manera automática el bono de reconocimiento del recurrente.
Como resultado de haberse estimado la demanda, lo único que posibilita es que no pueda utilizarse, en el procedimiento de evaluación del bono de reconocimiento, el injusto y atentatorio impedimento para acceder a la correcta determinación del valor nominal del bono, con todos los aportes de los empleadores que la persona tuvo durante su vida laboral.
Por tanto, luego de esta sentencia, queda expedito el camino para que en la propia ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento.

§5. El precedente extraíble en el presente caso

9. Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, se concluye que es obligación del Estado, a través de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del sistema público al privado o viceversa, toda vez que por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, tal como lo reconoce el artículo 1° del Decreto Supremo N° 180-94-EF.
En consideración de lo expuesto, y de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y a lo expresado en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0024-2003-AI/TC, este Tribunal considera que las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:
A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo VII del CPC, puede establecer un precedente vinculante cuando la ONP, en el procedimiento de evaluación de bono de reconocimiento, no puede rechazar el pedido de determinación del valor nominal del bono recurriendo a pretensos impedimentos para acceder a tal solicitud.
B) Regla sustancial: Queda expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento.
En consecuencia, la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP debe ser inaplicada por la ONP, toda vez que afecta el derecho fundamental al debido proceso de los administrados.
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,
HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda planteada por afectar el derecho al debido proceso del recurrente, y en consecuencia, inaplicable, por inconstitucional, la Resolución Jefatural N.° 029-98-JEFATURA/ONP, nula la Resolución N.° 892-2001-DB/ONP, y nula la Resolución N.° 1948-2002-GO/ONP.
2. Autorizar a la ONP para que, en el procedimiento de evaluación del bono de reconocimiento, proceda a la calificación de los aportes al SNP por el recurrente, aún cuando en su solicitud no los hubiera consignado.
3. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE,** conforme al artículo VII del título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 9, supra, de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI

Exp. N° 10063-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Gilberto Moisés Padilla Mango. Nuevos criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de riesgos profesionales].*

Fecha de Resolución: 8 de noviembre de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 6 de diciembre de 2007

Resumen: Dado que los criterios desarrollados en materia de protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en algunos casos son reiterados, en otros contradictorios, y en otros muy amplios, el Tribunal Constitucional consideró necesario racionalizar los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado respecto a la aplicación del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790. Es así que, en algunos casos, reitera la jurisprudencia, y en otros, las complementa y desarrolla nuevos principios. Así se puede mencionar:

a) Prescripción de la pensión vitalicia
Ratifica el criterio contenido en la STC 0141-2005-PA, y señala como regla que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible (F.J. 90)

b) Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR
Se ratifica el criterio expuesto en las sentencias N° 1008-2004-AA y N° 276-2004-AA, y señala como regla que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo, también se señala como regla que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del Decreto Supremo 011-74-TR (FF.JJ. 93 y 94).

c) Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional
Se establece como regla nueva que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.° del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante (F.J. 97).

Ello no quiere decir que los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por los entes públicos competentes no colegiados no tengan plena eficacia probatoria, sino que en los procesos de amparo ya no constituyen el medio probatorio suficiente e idóneo para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional o el incremento del grado de incapacidad laboral, por lo que, de ser el caso, pueden ser utilizados como medios probatorios en los procesos contencioso-administrativos, en los que existe una estación probatoria en la que se puede dilucidar ampliamente la idoneidad del documento médico.

d) Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

Se establece como regla nueva que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (F.J. 109).

e) El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

Se señala que la regla es que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos (F.J. 115).

En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que es causada por la exposición repetida al ruido, puede ser una enfermedad de origen común o de origen profesional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ratifica el criterio expuesto en la STC 02692-2005-PA, y señala como regla que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones qué desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido (F.J. 116).

f) La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

Se señala como regla que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes (F.J. 118).

g) El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

En este sentido, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en las STC 07627-2005-PA/TC y STC

07641-2005-PA/TC, y señala como regla que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes (F.J. 119).

h) Responsabilidad del Estado en el SCTR

La regla es que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones (F.J. 127).

Teniendo presente lo dispuesto en los artículos 165.º y 166.º del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, este Tribunal considera establecer como regla que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un ex trabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante (F.J. 140).

Temas claves: Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales - acreditación de la enfermedad profesional - arbitraje en el SCTR - derecho a la salud - derecho a la seguridad social - pensión de invalidez - pensión mínima - pensión vitalicia - prescripción de la pensión vitalicia - remuneración - responsabilidad del Estado en el SCTR - riesgos profesionales.

EXP. N.° 10063-2006-PA/TC
LIMA
GILBERTO MOISÉS PADILLA MANGO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gilberto Moisés Padilla Mango contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 113, su fecha 6 de setiembre de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

a) Demanda

Con fecha 1 de junio de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declaren inaplicables las Resoluciones 1907-SGO-PCPE-ESSALUD-99 y 0000001909-2004-ONP/DC/DL 18846, de fechas 3 de marzo de 1999 y 26 de abril de 2004, respectivamente, que le deniegan su solicitud de otorgamiento de renta vitalicia; y que, en consecuencia, se expida una nueva resolución otorgándole pensión vitalicia por padecer de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución, más el pago de las pensiones devengadas, con sus respectivos intereses legales. Alega que las resoluciones denegatorias vulneran su derecho a la seguridad social.

Refiere que mediante la Resolución 1907-SGO-PCPE-ESSALUD-99, se le denegó el otorgamiento de renta vitalicia por enfermedad profesional, debido a que en el Dictamen de Evaluación 321-SATEP, de fecha 15 de julio de 1998, la Comisión Evaluadora determinó que padecía de neumoconiosis con 30% de incapacidad; y que mediante la Resolución 0000001909-2004-ONP/DC/DL 18846, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la primera resolución, debido a que por Dictamen de Evaluación Médica SATEP-041-2004, de fecha 24 de enero de 2004, la Comisión Evaluadora determinó que no padecía de enfermedad profesional alguna.

Agrega que con el Exámen Médico Ocupacional 18444, expedido por el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENSOPAS), de fecha 8 de enero de 2003, se prueba que adolece de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución e hipoacusia bilateral, razón por la cual tiene derecho a percibir pensión de renta vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, al Decreto Supremo 002-72-TR, a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA.

b) Contestación de la demanda

La ONP propone las excepciones de prescripción extintiva y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda alegando que al demandante no le corresponde percibir renta vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, porque en la fecha que solicitó el otorgamiento ésta se encontraba derogada por la Ley 26790, que estableció el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, el cual podía ser contratado con la ONP o con una Compañía de Seguros. Refiere que no se encuentra obligada al pago de la pensión de invalidez, debido a que en autos no se encuentra probado que la entidad empleadora haya contratado el seguro referido con la ONP.

Agrega que el examen médico ocupacional presentado carece de eficacia probatoria para demostrar que padece de una enfermedad profesional, ya que el artículo 61.º del Decreto Supremo 002-72-TR ha establecido que las únicas entidades autorizadas para declarar la incapacidad por enfermedad profesional es la Comisión Evaluadora de Incapacidades de la Caja Nacional del Seguro Social, hoy Comisión Evaluadora de Incapacidades de EsSalud.

c) Decisión judicial de primera instancia

El Cuadragésimo Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 17 de abril de 2006, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar que con el certificado de trabajo obrante en autos se acredita que el demandante laboró en actividades mineras expuesto a riesgos de toxicidad, y que con el examen médico presentado se acredita que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución.

d) Decisión judicial de segunda instancia

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que para dilucidar si el demandante tiene o no derecho a una renta vitalicia se requiere de la actuación de medios probatorios, pues existe contradicción entre los documentos presentados, ya que según el primer dictamen expedido por la Comisión Evaluadora de Enfermedades Profesionales el actor padece de neumoconiosis con 30% de incapacidad y según el segundo dictamen no adolece de enfermedad profesional alguna; mientras que en el examen médico ocupacional, se le ha diagnosticado que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución.

IV. FUNDAMENTOS

1.§ Procedencia de la demanda y delimitación de las materias controvertidas

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituye precedente vinculante, este Tribunal ha delimitado los lineamientos jurídicos que permiten identificar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo.

2. El demandante pretende que se le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, por lo que debe analizarse el fondo de la cuestión controvertida.

3. Afirma que mediante la Resolución 1907-SGO-PCPE-ESSALUD-99, se le denegó el otorgamiento de renta vitalicia por enfermedad profesional, debido que en el Dictamen de Evaluación 321-SATEP se determinó que padecía de neumoconiosis con 30% de incapacidad; y que mediante la Resolución 0000001909-2004-ONP/DC/DL 18846 se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la primera resolución, debido a que por Dictamen de Evaluación Médica SATEP-041-2004 se precisó que no padecía de enfermedad profesional alguna. Señala que ante tal situación, acudió al Centro Nacional de Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, que al someterlo a un examen médico ocupacional determinó que adolece de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución e hipoacusia bilateral.

4. Por su parte, la ONP aduce que el demandante no tiene derecho a una renta vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 61.º de Decreto Supremo 002-72-TR, sólo la Comisión Evaluadora de Incapacidades o Enfermedades Profesionales de EsSalud puede declarar la incapacidad por enfermedad profesional para determinar si procede o no otorgar el beneficio solicitado, por lo que el examen médico ocupacional presentado carece de eficacia probatoria.

5. Un gran número de procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 han puesto en evidencia las deficiencias de la legislación, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a adecuar la normatividad, caso por caso, generándose en ocasiones sentencias contradictorias. A las incoherencias y vacíos de la legislación se ha sumado

la inactividad de un Estado indolente que soslaya el cumplimiento de sus obligaciones legales, como por ejemplo, instaurar las Comisiones Médicas Evaluadoras, supervisar el cumplimiento de las leyes laborales mineras, lo que exigían del Juzgador el deber de administrar justicia, recurriendo a la aplicación supletoria de leyes afines, o a la integración de los ámbitos lagunosos del ordenamiento a través de la jurisprudencia internacional. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional, en virtud de sus funciones de ordenación y pacificación, considera conveniente revisar su jurisprudencia para determinar si los criterios desarrollados respecto a la protección de riesgos profesionales, sea al amparo del Decreto Ley 18846 o la Ley 26790, permiten resolver las controversias constitucionales en el contexto actual, o si deben ser cambiados o complementados los criterios preexistentes. Para este efecto, se abordarán las siguientes materias:

a. La preceptividad de la seguridad social como derecho fundamental, social y como garantía institucional; su contenido y su relación con la protección de las enfermedades profesionales.
b. El modelo económico consagrado por la Constitución Política y su relación con los derechos sociales, especialmente con el derecho a la salud, así como las obligaciones que nuestra normatividad ha reconocido al Estado para la protección del derecho a la salud; y su relación con el sistema del seguro social de salud para la protección de las enfermedades profesionales, así como las entidades encargadas de su protección.
c. Si los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional respecto a la protección que brinda la seguridad social a las enfermedades profesionales, deben ser mantenidos, cambiados o racionalizados para adecuarlos a las exigencias sociales cambiantes y a la protección efectiva de los derechos fundamentales sociales.
d. El rol del Estado en la protección de los riegos profesionales y en la prevención de riesgos en la actividad minera.

2.§ El derecho a la seguridad social como un derecho social

6. El derecho a la seguridad social en pensiones y en salud (artículos 10.º y 11.º), de acuerdo con la clasificación dispuesta en la Constitución Política, se ubica dentro de los denominados derechos sociales y económicos. Por ello, cuando este Tribunal ha desarrollado el modelo de seguridad social establecido por la Constitución Política de 1993, ha advertido que el punto de partida para la solución de cualquier controversia relacionada con el acceso a las prestaciones que brinda la seguridad social en pensiones [derecho a la pensión] y en salud, debe comenzar por precisar la naturaleza y eficacia de los denominados derechos sociales.

7. En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también llamados derechos prestacionales, este Tribunal[1] ha señalado que los derechos sociales no son meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente.

8. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho.

9. Y es que la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos deberes de solidaridad, en el entendido que conseguir el bienestar y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de éste.

10. En tal sentido, este Tribunal, al evaluar la afectación del derecho a la salud, ha precisado que la preceptividad diferida no implica el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección).[2] Así, de su relación indisoluble con la dignidad de la persona y por estar consagrados con esa característica en el texto constitucional, se concluye que se trata de derechos fundamentales.

11. Recientemente, el tratamiento que la jurisprudencia brinda a los derechos sociales se ha caracterizado por sostener con cierto grado de uniformidad[3] que los derechos sociales son, además de derechos-reglas, claros derechos-principios que postulan la necesidad de alcanzar objetivos determinados y dejan abiertas las vías para lograrlos. Por ello, cuando un derecho fundamental social tiene carácter optimizable, ello no quiere decir que éste pueda ser incumplido sino que, siguiendo el carácter de eficacia directa e inmediata de la Constitución, también debe ser plenamente efectivizado a favor de sus titulares. En este supuesto el ámbito legislativo opera como un medio para conseguir el fin constitucionalmente previsto.

12. En tal sentido, tanto el derecho a la seguridad social en pensiones y en salud como el derecho a la

protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena.

2.1. § El derecho a la seguridad social como derecho fundamental y garantía institucional

13. El artículo 10.° de la Constitución reconoce y garantiza el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad y el Estado provean instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda tener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

14. En tal sentido, el derecho a la seguridad social como derecho fundamental tiene una doble finalidad, por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida, lo cual se concreta a través de los distintos regímenes de salud y de pensiones que pudieran establecerse.

15. Por ello, este Tribunal[4] ha señalado que la seguridad social (dentro de cuyo concepto, se entenderá incluido el servicio previsional de salud y de pensiones) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Su condición de sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa y el desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.

16. Dicha garantía institucional se infiere de un interpretación sistemática de los artículos 10.° y 11.° de la Constitución. Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de Derecho. De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitucióncomo la garantía institucional del derecho a la pensión.

17. Desde esta perspectiva, el Tribunal[5] ha señalado que la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10.° de la Constitución– al amparo de la "doctrina de la contingencia" y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en "la elevación de la calidad de vida".

18. Toda garantía institucional, como la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido pero no para demandar su exigibilidad. Para este Tribunal[6], dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.

19. Por ello, el derecho a la pensión constituye una manifestación –no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. En igual medida, las prestaciones de salud, sean preventivas, reparadoras, recuperadoras o económicas, también constituyen una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, que tienen por finalidad mantener, preservar y elevar la salud de las personas ante cualquier contingencia que altere o menoscabe la calidad de vida.

20. Ciertamente, la protección que brinda la seguridad social en salud tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana ,que constituye una de las características básicas sobre las cuales se estructura nuestro Estado social y democrático de Derecho. De esta manera, la protección constitucional de las personas es pilar fundamental en la estructura jurídica del país, y por ello, las prestaciones que brinda la seguridad social en salud tienen por finalidad la protección del derecho a la vida y al bienestar reconocidos en el inciso 1 del artículo 2.° de la Constitución. En consecuencia, si bien la privatización de la seguridad social en salud puede generar en las empresas prestadoras del servicio la consecución de una finalidad de lucro, éstas no pueden ni deben ejecutar sus prestaciones menoscabando la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, ya que son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

21. En este marco, el Tribunal en la STC 02349-2005-PA ha establecido que las prestaciones de seguridad social en salud y pensiones son un servicio público que puede ser brindado tanto por el Estado como por entidades privadas debidamente autorizadas al efecto, quienes deberán cumplir con las prestaciones, por lo menos, en condiciones mínimas de igualdad. No obstante ello, el Estado, por su función tuitiva, siempre será el primer obligado a satisfacer las prestaciones de seguridad social aun cuando no se encuentre cubriendo el servicio de manera exclusiva.

2.2. § El derecho a la seguridad social en los tratados internacionales de derechos humanos

22. La obligación de proveer todas las medidas jurídicas necesarias que tornen efectivo el reconocimiento de los derechos fundamentales sociales –entre ellos, el derecho a

la pensión y a la salud–, no sólo constituye una obligación de carácter constitucional, sino también de carácter internacional, puesto que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política estabece que los derechos fundamentales –entre ellos el derecho a la pensión y a la salud– deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú.[7]

Es más, dicha regla de interpretación también se encuentra reconocida en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst.), que establece que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

De ahí que este Tribunal[8] haya establecido que la interpretación que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales[9]) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

A esta dimensión interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos, debe agregarse que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y detenta rango constitucional[10], por tal razón, este Tribunal[11] ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano "son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia,inmediatamente aplicable al interior del Estado". Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.

23. Lo indicado permite concluir que el adecuado marco de interpretación del derecho a la seguridad social debe tener en cuenta los diversos tratados relativos a derechos humanos tanto en lo que se refiere al ámbito universal de protección de los derechos humanos, como a los instrumentos internacionales del sistema interamericano[12]. En dicho marco debe tenerse presente el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (1952)[13], norma mínima de la seguridad social que establece en el artículo 31, la obligación de todo Estado Miembro de garantizar a las personas protegidas, el reconocimiento de las prestaciones que correspondan en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.3. § La protección de los riesgos profesionales en el ordenamiento jurídico interno

24. Mediante la Ley 1378, publicada el 3 de julio de 1911, modificada por la Ley 2290, publicada el 20 de noviembre de 1916, sobre accidentes de trabajo, se reguló inicialmente la protección contra accidentes de trabajo, con una cobertura limitada para los trabajadores, disponiéndose, por concepto de indemnización, el pago de una renta vitalicia o temporal, a cargo del empleador, el cual podía sustituir su obligación de indemnizar como responsable de los accidentes de trabajo, contratando un seguro individual o colectivo. Debe advertirse que las normas mencionadas se expidieron antes de la Constitución de 1920[14], que incluye por vez primera las garantías sociales, por lo que resulta ser una normativa incipiente en materia de protección de riesgos dentro de la concepción y evolución de la seguridad social en el Perú, en cuyo diseño la responsabilidad del empleador permite la contratación de seguros de carácter mercantil.

25. Posteriormente, mediante la Ley 7975, publicada el 21 de enero de 1935, se incluyó la neumoconiosis o cualquier otra dolencia adquirida por la intoxicación de gases derivados de productos químicos, entre las enfermedades sujetas a la indemnización por el empleador, de conformidad con las Leyes 1378 y 2290.

26. Ahora bien, mediante el Decreto Ley 18846, publicado el 29 de abril de 1971, se dio término al aseguramiento voluntario para establecer la obligatoriedad de los empleadores de asegurar a sus trabajadores obreros mediante la gestión exclusiva de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero. Su propósito era promover niveles superiores de vida y una adecuada política social de protección, unificando la cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dentro de la organización de seguridad social. Las prestaciones cubiertas por este seguro eran otorgadas con la sola comprobación de la condición de trabajador obrero, sin requerirse un periodo de calificación, y consistían en: a) asistencia médica general y especial; b) asistencia hospitalaria y de farmacia; c) aparatos de prótesis y ortopédicos; d) reeducación y rehabilitación, y e) dinero.

27. Lo anotado guarda coherencia con la evolución de la seguridad social en el Perú. En efecto, el último considerando del Decreto Ley 18846 señalaba que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) se crea:

(...) con criterio eminentemente social ajeno a todo espíritu de lucro y con la única finalidad de defender y cuidar debidamente la salud de los trabajadores (...).

Teniendo en cuento ello, este Tribunal en la STC 0141-2005-PA/TC destacó que "Tal premisa denota la transición de un modelo de responsabilidad empresarial en el que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales eran cubiertos directamente por los empleadores o mediante la contratación de un seguro a favor de tercero, hacia un modelo de seguro social, en el cual, a diferencia del anterior, la previsión social se convierte en un fin del Estado al brindar de manera obligatoria medidas reparadoras a trabajadores que desarrollan actividades de riesgo, recurriendo al esquema del seguro a favor de tercero gestionado únicamente por un ente público"

28. Un elemento importante a señalar es que la promulgación de la norma sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fue el primer paso para integrar un grupo de dispositivos legales expedidos paulatinamente como parte de una política estatal en materia de seguridad social. En efecto, el Decreto Ley 19990[15] creó el Sistema Nacional de Pensiones, consolidando los regímenes existentes, y mediante el Decreto Ley 20530[16], se estableció el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990. Con dichas normas se reestructuró la seguridad social en pensiones, mientras que en lo concerniente a la protección en salud mediante el Decreto Ley 22482[17] se estableció el Régimen de Prestaciones de Salud de Seguro Social del Perú (sic), que al complementar la regulación del Decreto Ley 18846, brindó las prestaciones médicas, asistenciales, recuperadoras y preventivas previstas en dicho texto legal.

29. Mediante la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud,[18] se derogó el Decreto Ley 18846 y se sustituyó su mecanismo operativo por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), también de carácter obligatorio, como una cobertura adicional para los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que realizaran actividades de alto riesgo, autorizando a los empleadores a contratar la cobertura de los riesgos profesionales indistintamente, y siempre por su cuenta, con la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o con las empresas de seguros debidamente acreditadas.
En razón de la modificación del mecanismo de protección de los riesgos profesionales, se posibilita a las aseguradoras privadas que se encarguen de la protección del derecho a la salud de los trabajadores que realizan actividades de riesgo, estableciéndose que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, regulado por el Decreto Ley 18846, sean transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP (Tercera Disposición Complementaria de la Ley 26790).

30. Por ello es que, teniéndose presente que la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento prevén que el SCTR puede ser contratado con la ONP o con las empresas de seguros, debe abordarse el diseño de nuestra economía social de mercado, y el papel que juegan las entidades públicas o privadas encargadas de brindar las prestaciones, debido a que tiene estrecha relación con la seguridad social en salud y el derecho a la salud.

3. § La economía social de mercado y el Estado social y democrático de Derecho

31. Este Tribunal ha establecido que de la interpretación sistemática de los artículos 3.° y 43.° de la Constitución se concluye que el Estado peruano presenta las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho, que se sustenta en los principios esenciales de dignidad del hombre, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado, según lo establece el artículo 58.° de la Constitución Política.

32. En este contexto, el Estado social y democrático de Derecho busca promover, por un lado, la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus objetivos (la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad), lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado, con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social y la iniciativa y propiedad privada.

33. Ello exige que el Estado –a través de la Administración como gestora pública– asuma el deber que le impone la Constitución Política en su artículo 44.°, consistente en "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación". El Estado para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.

34. Consecuentemente, en el Estado social y democrático de Derecho, la ratio fundamentalis no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana.

35. En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora, correctiva y reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en esencia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva, es decir, que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asuman deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.

36. Por ello, el Tribunal Constitucional[19] ha reconocido que la economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución

de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre la oferta y la demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios.

37. En suma, la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.

3.1. § Funciones del Estado en una economía social de mercado

38. La economía social de mercado al referirse a un tipo de organización económica basada en la iniciativa privada libre y descentralizada, en donde aparecen, de un lado, los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, genera que el Estado cumpla plurales funciones, a saber:

a. Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales, el derecho a la propiedad de los agentes económicos y los principios integrantes de la denominada Constitución Económica.
b. Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras, y promueve el uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.
c. Mantiene una función reguladora, supervisora y correctiva mediante la Administración Pública, los organismos constitucionales y/o los organismos reguladores.
d. Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que, por inacción o imperfección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.
e. Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).
f. Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población, la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

3.2. § La protección del derecho a la salud como deber del Estado social y democrático de Derecho

39. Al respecto, el Tribunal Constitucional[20] ha señalado que dentro de los componentes del Estado social queda claro que el reconocimiento y la promoción del derecho a la salud ocupan un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso.

40. Ello es así debido a que el derecho a la salud, reconocido en el artículo 7.° de la Constitución, comprende no solo el derecho al cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Así, se afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros.

41. En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional[21] que para preservar el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, a que tiene derecho todo ser humano, el Estado tiene el deber-poder de proporcionar y garantizar el cumplimiento de acciones de conservación y de restablecimiento del derecho a la salud ante cualquier situación de perturbación de la estabilidad orgánica y funcional. Para tal efecto, el Estado debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para ello, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.
Por consiguiente, los servicios de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes.

42. En tal sentido, debe precisarse que este Tribunal[22] ha destacado que si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas, o a garantizar su correcto funcionamiento, en caso de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes asumen esta tarea desde el sector privado, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de estas políticas, planes y programas, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado. O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya

se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo efectivo, y dispensarse protección adecuada a quienes ya gocen del mismo.

43. Por otro lado, debe indicarse que numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de las personas. Así, en el párrafo 1 del artículo 25.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que:
toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[23] en el párrafo 1 del artículo 12.º señala que los Estados Partes reconocen:
el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental
Mientras que en el párrafo 2, del artículo 12.º del PIDESC se indican, a título de ejemplo, diversas medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho. Así, entre las medidas que los Estados Partes deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud, tenemos:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

44. En tal sentido, debe resaltarse que, de conformidad con el apartado c) del párrafo 2, del artículo 12.º del PIDESC, una las medidas que el Estado peruano debe adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud, es la prevención y el tratamiento de la enfermedades profesionales. En tal medida, podemos afirmar que el Estado peruano ha cumplido dicha obligación internacional al haber mantenido un seguro complementario de trabajo de riesgo para la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
Respecto al apartado referido, debe tenerse en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14, ha precisado que: La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas" (apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género. El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.

45. De todo lo expuesto, se puede concluir que el derecho a la salud tiene como fundamentos el principio-derecho de dignidad humana, los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, y los valores de igualdad y solidaridad. En tal sentido, debe resaltarse que la Constitución, para garantizar una vida digna no solo en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material, reconoce los derechos a la salud y la seguridad social.

46. En tal sentido, el seguro para el trabajador que realiza actividades de riesgo también encuentra sustento en que un tipo de pensión como ésta conlleva específicamente una cobertura especial ante una deficiencia física sobreviniente con pleno respeto de su dignidad, dentro de un régimen dedicado a su protección, atención, readaptación y seguridad (art. 7.º de la Constitución).

3.3. § El SCTR y las entidades encargadas de brindarlo

47. El artículo 11.º de la Constitución establece que "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento".
De este modo, el constituyente ha reconocido que las prestaciones de salud y de pensiones pueden ser otorgadas mediante entidades públicas, privadas y/o mixtas, poniendo en relieve que el Estado asume un rol supervisor y/o fiscalizador del adecuado cumplimiento del derecho fundamental al libre acceso a prestaciones de salud y de pensiones cuando sus prestaciones sean brindadas por entidades privadas y/o mixtas.

48. Por ello, aun cuando el Estado –en ejercicio de su libre configuración política– haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, con la finalidad de lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los derechos sociales es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, para procurar que se materialice el componente social del modelo económico previsto por la Constitución.

49. El SCTR otorga cobertura adicional por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, sean empleados u obreros, eventuales, temporales o permanentes. Es obligatorio y por cuenta de las entidades empleadoras que desarrollan las actividades de alto riesgo señaladas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA.
De esta manera, el SCTR constituye un sistema especializado de protección del Seguro Social de Salud que otorga cobertura adicional a los afiliados regulares que laboran en actividades de alto riesgo, brindando prestaciones de salud y económicas por contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no cubiertas por el régimen de pensiones a cargo de la ONP y/o AFP.

3.4. § Las EPS y las compañías de seguros

50. El SCTR cubre los riesgos siguientes:
Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con EsSalud o con las EPS.

51. De esta manera, si un empleador contrata la cobertura de salud por trabajo de riesgo con una EPS, ésta conforme al artículo 13.º del Decreto Supremo 003-98-SA, Normas Técnicas del SCTR, deberá otorgar, como mínimo, las siguientes prestaciones:
a) Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la entidad empleadora y a los asegurados.
b) Atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, cualquiera que fuere el nivel de complejidad hasta la recuperación total del asegurado, su declaración de invalidez permanente total o parcial o fallecimiento.
c) Rehabilitación y readaptación laboral al asegurado inválido bajo el SCTR.
d) Aparatos de prótesis y ortopédicos necesarios para el asegurado inválido.

52. Por otro lado, cuando un empleador contrate la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo con una compañía de seguros, ésta conforme al artículo 18.º del Decreto Supremo 003-98-SA deberá proteger obligatoriamente al asegurado o sus beneficiarios contra los riesgos de invalidez o muerte producida como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, otorgando como mínimo las siguientes prestaciones económicas:
a) Pensión de sobrevivencia: viudez, orfandad y ascendientes.
b) Pensiones de invalidez temporal y permanente (parcial o total).
c) Gastos de sepelio.

3.5. § La Oficina de Normalización Previsional

53. Según el artículo 1.º del Decreto Supremo 118-2006-EF, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) es un organismo público descentralizado del sector Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público interno, con recursos y patrimonio propios, con autonomía funcional, administrativa, técnica, económica y financiera, que constituye un pliego presupuestal autónomo.

54. Por su parte, el artículo 3.º de la Ley 28532 y del Decreto Supremo 118-2006-EF establecen las funciones de la ONP respecto al SATEP y al SCTR, que son las siguientes:
a) Reconocer, declarar, calificar, verificar, otorgar, liquidar y pagar derechos pensionarios con arreglo a ley, del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, conforme al Decreto Ley 18846.
b) Administrar los procesos inherentes al SCTR conforme a la normatividad vigente sobre la materia.
c) Calificar, otorgar, liquidar y pagar la pensión por cobertura supletoria del SCTR a que se refiere el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA.

4. § Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

55. La modificación del régimen de protección de riesgos profesionales (accidentes y enfermedades profesionales) ha generado diversas situaciones relacionadas con la aplicación de la normativa, tanto de aquella dictada con ocasión de la transición de un mecanismo asegurador a otro, como de la derivada de la protección de los riesgos acaecidos durante la vigencia de la Ley 26790.
56. Este Colegiado al conocer las controversias referidas a la aplicación del Decreto Ley 18846 o de la Ley 26790 se ha encontrado con la siguiente problemática:
a) Prescripción de la pensión vitalicia.
b) Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR.
c) La acreditación de la enfermedad profesional.
d) La acreditación de la enfermedad profesional mediante certificados médicos particulares.
e) Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad.
f) La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar que la hipoacusia es una enfermedad profesional.
g) El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral.
h) La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional.

57. Este Colegiado considera que es momento de efectuar una evaluación integral del tratamiento jurisprudencial sobre la protección de los riesgos profesionales, en vez de seguir expidiendo pronunciamientos sin hacer un enfoque de conjunto que abarque, tanto a los que intervienen en la relación jurídica de seguridad social como al propio Estado, porque, de no hacerlo, es probable que la finalidad última de los procesos constitucionales no sea cumplida a cabalidad y no se solucionen adecuadamente las vulneraciones que se alegan. Debe recordarse que

la supremacía de la Constitución obliga a que toda la actividad de los organismos públicos y de los particulares se oriente hacia su realización.

4.1. § Prescripción de la pensión vitalicia

58. Sobre el particular, el artículo 13.º del Decreto Ley 18846 establecía que:
Fíjase como plazo de prescripción para demandar a la Caja Nacional del Seguro Social Obrero las prestaciones debidas por este régimen, el término de 3 años, computados desde la fecha de acaecimiento del riesgo. Si el servidor continuare trabajando para el mismo empleador, el término de prescripción se contará a partir de la fecha de cese en el trabajo.

59. Respecto al plazo de prescripción establecido por el artículo 13.º del Decreto Ley 18846, debe señalarse que este Tribunal durante el desarrollo de su jurisprudencia ha elaborado cuatro criterios para desestimar la aplicación del plazo de prescripción cuando se solicite el otorgamiento de una pensión vitalicia.

60. Así, en el primer criterio, este Tribunal[24] para desestimar la aplicación del artículo 13.º del Decreto Ley 18846, que era propuesto como una excepción de prescripción, señaló que:
En cuanto a la excepción de prescripción extintiva, es de aplicación lo establecido por el artículo 1989° del Código Civil, en el sentido de que, por la naturaleza del derecho, no prescribe la acción.

61. Posteriormente, se desarrolló un segundo criterio[25], en el que se consideró que el artículo 13.º del Decreto Ley 18846 al ser una disposición que fue emitida antes de la Constitución Política de 1993 debía ser interpretada conforme a ésta; razón por la cual el derecho a una pensión vitalicia no prescribía. Así, se señaló que:
(...) esta disposición al ser preconstitucional debe interpretarse desde la actual Constitución. Así, en materia pensionaria y de seguridad social, los derechos adquiridos no prescriben, conforme al artículo 10° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.

62. En el tercer criterio, este Tribunal[26] señaló que la mencionada disposición contiene dos presupuestos legales para la aplicación del plazo de prescripción, a saber:

a) El primer presupuesto establecía que se contabiliza el plazo de prescripción a partir del acaecimiento del riesgo, esto es, desde la fecha de determinación de la incapacidad o enfermedad profesional.
b) El segundo presupuesto estipula que el citado plazo se computa a partir de la fecha de cese, cuando el trabajador continúa laborando a pesar de haberse determinado la incapacidad o enfermedad profesional.

63. Finalmente, el cuarto y último criterio vinculante desarrollado por este Tribunal es el contenido en la STC 0141-2005-PA, en el que se deja de lado el criterio de los presupuestos legales para la aplicación del plazo de prescripción por considerarse contrario al contenido esencial del derecho a la pensión. Así, se señaló que:
(...) la aplicación de los presupuestos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 18846 podría conllevar, de darse el caso, una restricción irrazonable en el acceso a una pensión vitalicia por incapacidad laboral que no se condice con el contenido esencial del derecho a la pensión que este Tribunal ha delimitado, inicialmente, en la STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados) y luego en la STC 1417-2005-PA.
Asimismo, en la sentencia referida el Tribunal consideró que el artículo 13.º del Decreto Ley 18846 era contrario a los artículos 1.º y 12.º de la Constitución Política de 1979 y al artículo 9.º del PIDESC. En este sentido, se precisó que:
(...) las disposiciones que limitan el acceso progresivo a las prestaciones de seguridad social, tal como era el caso de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 18846, debieron entenderse inaplicables por incompatibilidad con la norma constitucional.
En consecuencia, (...) a partir de la vigencia de la Constitución de 1979, la Administración no deberá rechazar el otorgamiento de la pensión vitalicia por incapacidad laboral (antes renta vitalicia), amparándose en el vencimiento de plazos de prescripción.

4.2. § Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

64. Al respecto, debe precisarse que el artículo 2.º del Decreto Ley 18846 estableció el ámbito de protección que otorgaba el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Así, se estableció:
Artículo 2.- Son asegurados obligatorios, a los efectos previstos por este Decreto Ley:

a) Los trabajadores obreros de la actividad privada y de las empresas de propiedad social, los pescadores y los del servicio doméstico, cualquiera que sea la persona para la cual presten servicios; y
b) Los trabajadores obreros del Sector Público, no comprendidos en el Decreto-Ley Nº 11377.

65. De una lectura del artículo transcrito se puede deducir que el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales impuesto obligatoriamente por el Decreto Ley 18846 protegía a los trabajadores obreros de la actividad privada, mas no a los trabajadores empleados. Sin embargo, dicha interpretación literal del artículo referido no es la más adecuada, ya que la protección superlativa que se buscó otorgar con el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los trabajadores que realizaban actividades de riesgos se vería menguada. Por ello, este Tribunal cuando ha delimitado el ámbito de protección del artículo referido ha tenido en cuenta: a) si el demandante se desempeñó en el mismo centro de trabajo como obrero y empleado; b) la enfermedad profesional que padece; y c) que en la actualidad la cobertura del SCTR protege tanto a los obreros como a los empleados.

66. En este sentido, debe resaltarse que este Tribunal en la STC 1008-2004-AA ha enfatizado que no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como

empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo. Así, se señaló que: (...) el actor no pierde su derecho por haberse desempeñado como empleado en el mismo centro de trabajo, durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1978 y el 15 de mayo de 1993, toda vez que ello no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud en su desempeño como obrero, ya que, como se ha manifestado, los síntomas de la enfermedad profesional que padece no tienen un desarrollo y evolución preestablecidos, pero su origen sí está determinado en el periodo de riesgo laboral, más aún cuando la normativa vigente ha dejado de lado la diferenciación entre obreros y empleados, y ha incorporado, expresamente, a quienes se desempeñan como empleados dentro de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

67. En igual sentido, este Tribunal, en la STC 276-2004-AA, enfatizó que el demandante no perdía su derecho a una pensión vitalicia por haberse desempeñado como empleado, pues cuando inició sus labores en el mismo centro de trabajo era obrero, y lógicamente se encontraba asegurado por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Además, porque su actividad como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud en su desempeño como obrero. Asimismo, se consideró que la normativa vigente ha dejado de lado la diferenciación entre obreros y empleados, y ha incorporado, expresamente en la cobertura del SCTR, a quienes se desempeñan como empleados.

4.3. § La acreditación de la enfermedad profesional

68. Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 61.º del Decreto Supremo 002-72-TR establecía que:
Las incapacidades permanentes a que den lugar las enfermedades profesionales serán declaradas por "Comisiones Evaluadoras de Incapacidades" integradas por tres médicos de la Caja Nacional de Seguro Social, nombrados por el Gerente General.

69. En tal sentido, la verificación del estado de incapacidad producido por una enfermedad profesional, así como el nexo de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, constituyó el elemento determinante para el otorgamiento de la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, pues a diferencia de lo que ocurre con la pensión de invalidez prevista en el Decreto Ley 19990, que requiere para su otorgamiento, además de la acreditación del estado de incapacidad laboral, la comprobación de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

70. Por ello, cuando se sometieron a conocimiento de este Tribunal pretensiones referidas al otorgamiento de una pensión vitalicia por enfermedad profesional el criterio utilizado para la comprobación de la enfermedad partió por sostener la existencia de una norma general aplicable a las pensiones de invalidez. En ese sentido, se señaló que a partir del artículo 26.º del Decreto Ley 19990, modificado por la Ley 27023, para acreditar la calidad de inválido "basta la presentación del Certificado Médico de Invalidez emitido por el Instituto Peruano de Seguridad Social –hoy ESSALUD–, los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o las Entidades Prestadoras de Salud constituidas según Ley N.º 26790, de acuerdo al contenido que la ONP apruebe, previo examen de una Comisión Médica nombrada, para tal efecto, en cada una de dichas entidades."[27]
Bajo dicha premisa, y atendiendo a que la Comisión Técnica del artículo 30.º del Decreto Supremo 003-98-SA no se constituyó, "debió procederse de acuerdo con lo expuesto en la Cuarta DisposiciónTransitoria del referido Decreto Supremo, que establece la posibilidad de determinar la existencia de enfermedad profesional empleando la lista y criterios utilizados en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 002-72-TR, el mismo que en su artículo 60.º reconoce la neumoconiosis como enfermedad profesional."[28] Puede observarse que si bien la decisión parte de reconocer la existencia de un mecanismo para verificar la enfermedad, se recurre a una comprobación de la misma en virtud de una falta de implementación en la conformación de la entidad competente.

71. El criterio esbozado permitió la acreditación de la enfermedad profesional con exámenes médicos, los que eran apreciados en aplicación del artículo 191.º y siguientes del Código Procesal Civil, referidos a los medios de prueba, teniendo en cuenta, principalmente, que su finalidad es acreditar los hechos, producir certeza en el juzgador y permitirle fundamentar sus decisiones. En esa línea el Tribunal[29] concluía en muchos de sus fallos: "En consecuencia, de conformidad con los artículos 191º y siguientes del Código Procesal Civil, el examen médico (...) cumple su objetivo requerido (...)". En dichos casos la solución adoptada se situaba dentro de los alcances de valoración de la prueba, en donde importa la comprobación de la enfermedad sin que sea relevante hacer alguna precisión sobre la competencia de la entidad que lo emitió. Por ello, cuando el Tribunal evaluó, en algunos casos, el dictamen médico emitido por la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades de EsSalud, cuando era el único documento aportado al proceso para acreditar la enfermedad profesional, el Tribunal consideraba que ésta se encontraba acreditada.[30]

72. Los criterios relacionados con la acreditación de la enfermedad profesional –descritos supra– también sirvieron para que el Tribunal Constitucional consolidara las reglas de procedencia, el grado de incapacidad generada por la enfermedad según su estadio de evolución y el reajuste del monto de la pensión de invalidez percibida conforme se acentuaba la enfermedad y se incrementaba la incapacidad laboral.[31] En dichos pronunciamientos se ingresaba al análisis del caso concreto y se evaluaba el examen médico ocupacional que practicaba la Dirección General de Salud Ambiental – Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, de conformidad con el artículo 191.º del Código Procesal Civil, precisando que no es exigible la certificación por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud. En tal sentido, al no consignarse en el documento médico el grado de incapacidad física laboral de los solicitantes se interpretó, en defecto de un pronunciamiento médico expreso, que los diversos grados de evolución de la neumoconiosis

(silicosis) se determinan en función de la regulación que sobre el particular contenía el Decreto Ley 18846, su norma reglamentaria y el Decreto Supremo 003-98-SA.

73. Posteriormente, en atención a las denuncias públicas de falsificación de certificados médicos a las que el Tribunal no se mantuvo ajeno, en uso de sus atribuciones y para mejor resolver, solicitó a las entidades emisoras la historia clínica que sustentaba la enfermedad en cuestión, a fin de corroborar su autenticidad.[32] De este modo, se buscó, en el contexto descrito, confirmar la información contenida en los certificados médicos pues era evidente la existencia de un elemento perturbador en la evaluación de los medios probatorios con los que se pretendía el reconocimiento de una prestación pensionaria relacionada con la incapacidad, lo que en cierta medida dificultaba cumplir a cabalidad con la finalidad de los medios de prueba, esto es, crear certeza en el juzgador respecto al elemento esencial para el otorgamiento de la pensión de invalidez y con ello salvaguardar el derecho fundamental lesionado.

74. Lo anotado lleva a sostener que el Tribunal Constitucional considera que legislativamente se han establecido mecanismos para acreditar la incapacidad laboral y los entes competentes para determinarla. Sin embargo, la posibilidad de demostrar la enfermedad profesional con certificados médicos que se apartan del diseño legislativo se originó en la inoperatividad de los entes involucrados en el reconocimiento de las pensiones, lo que conllevó a que en la búsqueda de la adecuada protección del derecho fundamental se recurriera a mecanismos alternos, los que, tal como puede observarse, han merecido ajustes en más de una ocasión, siempre para preservar la eficacia del derecho fundamental a la pensión. En tal medida, este Colegiado considera que la situación descrita, que operó casi como una excepción a la regla, no puede convertirse en un estado permanente sino que debe adoptarse, por parte de las entidades involucradas, un compromiso en el cumplimiento de las funciones y competencias asignadas en tanto solo así la defensa de los derechos fundamentales tendrá un verdadero sentido en el Estado social y democrático de Derecho. Es deber del Estado brindar convenientes servicios a la ciudadanía y esto incluye la obligación que tienen las entidades de cumplir adecuadamente con las funciones que le han sido asignadas. De este modo disminuirían las arbitrariedades que comete la Administración y el ciudadano podrá recobrar esa confianza en sus instituciones, lo que permitiría que el aparato estatal funcione de manera ordenada.

4.4. § La acreditación de la enfermedad profesional mediante certificados médicos particulares

75. Sobre este punto, el Tribunal[33] ha sido enfático en afirmar que solamente los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por entidades públicas competentes pueden acreditar de manera suficiente el padecimiento y el grado de incapacidad laboral por enfermedad profesional, por lo que los informes emitidos por organismos privados o médicos particulares no constituyen prueba idónea de la existencia de una enfermedad profesional y consecuente incapacidad laboral.

En este sentido, en la STC 05846-2006-PA este Tribunal para desestimar la demanda de amparo advirtió que:

(...) el recurrente presenta como medio probatorio para acreditar la enfermedad profesional y con ello demostrar la titularidad del derecho a la pensión, el informe emitido por el Instituto de Investigación de Enfermedades Profesionales Mineras (Invepromi), de fecha 19 de noviembre de 2004, es decir, un informe evacuado por un organismo particular; por ello, no constituye prueba fehaciente de la existencia de una enfermedad profesional (cf. STC 02798-2005-PA, FJ 5), en tanto no se trata de un ente público competente autorizado para determinar una incapacidad laboral o certificar el padecimiento de enfermedad profesional.

4.5. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad

76. Esta problemática fue abordada por el Tribunal[34] cuando desarrolló el criterio de los dos presupuestos legales para la aplicación del plazo prescriptorio del artículo 13.º del Decreto Ley 18846. Así, en un primer momento, se consideró que bajo ningún supuesto resulta compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración.

En tal sentido, en la STC 01693-2004-AA/TC se estableció que:

El segundo presupuesto estipula que el citado plazo se computa a partir de la fecha de cese, cuando el trabajador continúa laborando a pesar de haberse determinado la incapacidad; ello, en virtud de la incompatibilidad existente entre la percepción de una prestación pensionaria y la prestación de servicios efectivos y remunerados.

77. Posteriormente, el Tribunal[35] ha considerado que no resulta incompatible percibir pensión vitalicia y remuneración, porque ambas prestaciones son de naturaleza distinta. En este sentido, en la STC0548-2004-AA/TC se ha señalado que:

(...) el goce de las prestaciones dispuestas por el Decreto Ley N.° 18846 no resulta incompatible con la percepción de ingresos remunerativos o pensionarios debido a su naturaleza indemnizatoria, y no pensionaria.

78. Asimismo, debe señalarse que este Tribunal ha considerado que el otorgamiento de una pensión vitalicia no procede cuando el demandante padece de incapacidad permanente parcial y continúa laborando. En este sentido, en la STC 00048-2005-PA para desestimar la demanda se señaló que:

(...) existen documentos contradictorios, pues la alegada enfermedad causa incapacidad permanente parcial para realizar las tareas habituales del trabajo, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, ya que el demandante continúa laborando, por lo que corresponde desestimar la presente demanda; sin embargo, debe dejarse a salvo el derecho que pudiera corresponder al recurrente, a fin de que lo haga valer en una vía que cuente con etapa probatoria.

4.6. § La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar que la hipoacusia es una enfermedad profesional

79. En principio, debe tenerse presente que la hipoacusia (disminución del nivel de audición: sordera), como enfermedad, puede padecerla cualquier persona expuesta a ruido de forma repetida. Por ende, la hipoacusia puede ser tanto una enfermedad común, generada como consecuencia de la exposición continua al ruido, como una enfermedad profesional, causada por la exposición a agentes físicos.

80. Por ello, cuando este Tribunal[36] ha evaluado procesos de amparo en los que se solicita el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 por padecer de hipoacusia, previamente ha considerado necesario determinar si la hipoacusia es o no de origen ocupacional a efectos de generar el derecho a una pensión vitalicia o una pensión de invalidez por enfermedad profesional.

81. De ahí que, para establecer el origen laboral de la hipoacusia, sea necesario acreditar el nexo o relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, es decir, la conexión real de causa – efecto que debe existir entre el trabajo y la enfermedad que se padece. Para ello se tendrá en cuenta qué funciones desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las ondiciones inherentes al propio lugar de trabajo.
En este sentido, en la STC 02692-2005-PA para desestimar la demanda, este Tribunal advirtió que el demandante no había acreditado el nexo o relación de causalidad entre el trabajo desarrollado y la enfermedad de hipoacusia que padecía. Así se señaló que:

11. (...) con el certificado de trabajo y la carta expedida por la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., obrantes de fojas 4 a 6, se acredita que el demandante, durante el desempeño de sus (...) labores, no estuvo expuesto a ruidos permanentes causantes de enfermedad de hipoacusia, ya que la referida carta dice que el demandante realizaba "trabajos de supervisión de las actividades de recepción, almacenamiento, conservación de materiales y suministros en Almacenes de San Juan y San Nicolás, además de la carga y descarga de los barcos que transportan insumos y carga general de la empresa" [2]; además, se precisa que la contaminación ambiental del área de trabajo del demandante provenía del "polvo, humedad, presencia de olores desprendidos por los materiales almacenados".[3]
12. (...) el demandante cesó en sus actividades laborales el 3 de noviembre de 1992 y que la enfermedad de hipoacusia que padece le fue diagnosticada el 18 de agosto de 2003, es decir después de 10 años de haber ocurrido el cese, por lo que no es posible determinar la relación de causalidad antes referida.
13. (...) en el examen médico ocupacional presentado por el demandante no se determina que la enfermedad de hipoacusia que padece sea consecuencia directa de la exposición a factores de riesgos inherentes a su actividad laboral.
14. En consecuencia, aun cuando el demandante adolece de hipoacusia bilateral, no se acredita que esta enfermedad sea consecuencia de la exposición a factores de riesgo propios de su actividad laboral, motivo por el cual no es posible acoger la demanda.

4.7. § El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

82. El SCTR prevé el arbitraje como un mecanismo alternativo para la solución de las controversias que pueda generar la ejecución del contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo. En tal sentido, el artículo 9.º del Decreto Supremo 003-98-SA establece que: La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 006- 97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en las que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS.

83. Al respecto, debe señalarse que este Tribunal en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, Decreto Supremo 009-97-SA y al Decreto Supremo 003-98-SA, en los que se plantea la excepción de arbitraje o de convenio arbitral, ha establecido que dicha excepción resulta desestimable, debido a que el acceso a una pensión de invalidez por enfermedad profesional no es una materia arbitrable, ya que ésta constituye una concreción del derecho a la salud que tiene el carácter de indisponible.
En este sentido, en la STC 07627-2005-PA/TC se ha señalado que:
(...) tratándose de un derecho de carácter indisponible como lo es el derecho a la salud, la excepción opuesta debe ser desestimada, conforme al artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, 26752, por cuanto se invoca la conculcación de un derecho fundamental del cual depende la subsistencia del accionante (...).

84. Asimismo, este Tribunal también ha desestimado la excepción de arbitraje, argumentando que el acceso a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 al formar parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, que guarda vinculación con los derechos a la vida y a la salud, tiene el carácter de indisponible para las partes, puesto que de él depende la subsistencia del asegurado invalido.
En este sentido, en la STC 07641-2005-PA/TC se ha indicado que:

(...) la importante vinculación que el derecho a la pensión guarda con otros derechos fundamentales -como son la vida y la salud-, puesto que de él depende la subsistencia de la recurrente, evidencia su carácter indisponible. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, N.° 26572, la excepción de arbitraje propuesta en el presente caso debe ser desestimada puesto que no se encuentra en discusión un derecho de carácter disponible por las partes.

4. 8. § La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

85.La Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 señala:
Cuarta.- Establézcase, para los regímenes a cargo de la ONP, los niveles de pensión mínima mensual que se señalan a continuación:

a) Para pensionistas por derecho propio
   . Con 20 o más años de aportación: S/.200
   . Entre 10 y 19 años de aportación: S/.160
   . Entre 5 y 9 años de aportación: S/.120
   . Con menos de 5 años de aportación: S/.100
b) Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el régimen legal que corresponda, considerando como pensión del causante los montos mínimos señalados en el inciso anterior. Por excepción, en el caso de las pensiones de derecho derivado vigentes a la fecha de publicación de la presente ley se considerará como pensión mínima del causante un monto de S/.200
c) Para pensionistas por invalidez: S/. 200

86. Pues bien, cabe señalar que la aplicación de la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no ha sido interpretada de manera correcta por los beneficiarios del Decreto Ley 18846, ya que se iniciaron procesos de amparo[37] en los que los demandantes solicitaron el incremento de su pensión vitalicia conforme a los montos de pensiones mínimas establecidos por la disposición referida.

87. Sin embargo, este Tribunal ha señalado que dicha disposición no es aplicable a los beneficiarios del Decreto Ley 18846, debido a que el otorgamiento de las pensiones del Decreto Ley 19990 se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos legales para su goce (aportes y/o edad) y financiado por las aportaciones del trabajador y del empleador, mientras que el otorgamiento de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 se encuentra condicionado al grado de incapacidad que produce un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se sustenta en el seguro obligatoriocontratado por el empleador.
En este sentido, en la STC 08044-2006-PA/TC se ha precisado que:
(...) las prestaciones se financian con fuentes distintas e independientes y se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes, se concluye que el riesgo de jubilacióncubierto por el Sistema Nacional de Pensiones y los otros regímenes previsionales especiales concordantes con éste, es independiente del riesgo de invalidez por incapacidad laboralproducida por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, regulada actualmente por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo Obligatorio,al punto tal que no esincompatible percibir simultáneamente una pensión de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones y una pensión vitalicia (antes pensión vitalicia) del Seguro Complementario de Trabajode Riesgo.

5. § Nuevos criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de riesgos profesionales

88. Este Tribunal, teniendo presente que los criterios desarrollados en los fundamentos 55 a 87 supra, en algunos casos son reiterados; en otros contradictorios, y en otros muy amplios, considera necesario racionalizar los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado respecto a la aplicación del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790. Para ello, en algunos casos, ha de reiterar la jurisprudencia, y en otros, complementarla y desarrollar nuevos principios.

5.1. § Prescripción de la pensión vitalicia

89. En este punto, se ha de reiterar el criterio establecido en la STC 0141-2005-PA, en la que este Tribunal señaló que el plazo de prescripción del artículo 13.° del Decreto Ley 18846 para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia al ser una disposición que limita el acceso progresivo a las prestaciones de seguridad social resulta incompatible con el artículo 101.° de la Constitución Política de 1979, el artículo 9.° del PIDECS y los artículos 10.° y 11.° de la Constitución de 1993, por lo que debe entenderse inaplicable por incompatibilidad con la norma constitucional.

90. En consecuencia, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979, la Administración no deberá rechazar el otorgamiento de la pensión vitalicia por incapacidad laboral (antes renta vitalicia), amparándose en el vencimiento de plazos de prescripción del artículo 13.° del Decreto Ley 18846.

91. Por lo tanto, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en el fundamento 63 supra, y señala como regla que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

5.2. § Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

92. Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley 18846, debe señalarse que el SATEP protegía a todos los trabajadores obreros estables o eventuales de la actividad privada, de las empresas de propiedad social y del sector público, no comprendidos en el Decreto Ley 11377, así como a los pescadores, debido a que la Caja Nacional del Seguro Social Obrero asumió exclusivamente la cobertura del SATEP.

93. Sin embargo, ello no significa que los trabajadores empleados se hayan encontrado desprotegidos por el acaecimiento de accidentes de trabajo o por el padecimiento de enfermedades profesionales, ni que algunos trabajadores empleados se encuentren protegidos por el SATEP.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ratifica el criterio expuesto en los fundamentos 66 y 67 supra, y señala como regla que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

94. Asimismo, también debe señalarse como regla que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo 011-74-TR.

95. Finalmente, resulta conveniente precisar que la Ley 26790 y el Decreto Supremo 009-97-SA consideran como asegurados obligatorios o regulares del SCTR a la totalidad de los trabajadores (obreros y empleados) del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades de riesgo previstas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, así como todos los demás trabajadores de la empresa que, no perteneciendo a dicho centro de trabajo, se encuentren regularmente expuestos al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional por razón de sus funciones.

5.3. § Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

96. En el caso de la calificación de pensiones de invalidez conforme a lo establecido por el artículo 26.º del Decreto Ley 19990, es la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o de las Entidades Prestadoras de Salud o de EsSalud, el órgano competente para realizar la evaluación médica y establecer mediante un dictamen la incapacidad laboral del posible beneficiario. Esta forma en que opera el reconocimiento de las pensiones de invalidez en el Sistema Nacional de Pensiones es aplicable, mutatis mutandi, a las pensiones de invalidez por enfermedad profesional del Decreto Ley 18846, cuya regulación primigenia establecía que la renta se encontraba sujeta a la declaración de incapacidad practicada por una Comisión Evaluadora de Incapacidades[38]. Tal circunstancia, evidencia que en un contexto de adecuado funcionamiento de las instituciones, organismos y dependencias estatales, la evaluación médica debería ser practicada por el órgano llamado por ley, sin que el juzgador o el justiciable tenga que verse obligado a acudir a mecanismos alternos que en la práctica no han funcionado y han convertido el derecho a la pensión en impracticable.

97. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional establece como regla nueva que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

Ello no quiere decir que los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por los entes públicos competentes no colegiados no tengan plena eficacia probatoria, sino que en los procesos de amparo ya no constituyen el medio probatorio suficiente e idóneo para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional o el incremento del grado de incapacidad laboral, por lo que, de ser el caso, pueden ser utilizados como medios probatorios en los procesos contencioso-administrativos, en los que existe una estación probatoria en la que se puede dilucidar ampliamente la idoneidad del documento médico.

5.4. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

98. Como se ha señalado en los fundamentos 76 a 78 supra, el Tribunal Constitucional[39] abordó esta problemática cuando desarrolló el criterio de los dos presupuestos legales para la aplicación del plazo prescriptorio del artículo 13.º del Decreto Ley 18846. Así, en un primer momento, se consideró que bajo ningún supuesto resulta compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración.Posteriormente, este Tribunal ha considerado que bajo ningún supuesto resulta incompatible percibir pensión vitalicia y remuneración, debido a que la naturaleza de ambas prestaciones son distintas.

99. Por lo tanto, teniéndose presente que en la jurisprudencia constitucional se han desarrollado dos criterios contradictorios respecto de si es o no compatible la percepción simultánea de una pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal considera necesario establecer los criterios vinculantes respecto de si es o no compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración. Además, debe tenerse presente que el Decreto Ley 18846 se encuentra derogado por la Ley 26790, por lo que también se analizará si resulta

compatible o no la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración.

100.Sobre el particular, debe señalarse que ni el Decreto Ley 18846 ni el Decreto Supremo 002-72-TR han establecido de manera expresa la prohibición de que un asegurado pueda percibirsimultáneamente pensión vitalicia y remuneración, lo cual haría suponer, en principio, que es compatible percibir simultáneamente ambas prestaciones económicas.

101.Sin embargo, dicha afirmación debe entenderse a partir de una lectura conjunta de los artículos 40.º a 44.º del Decreto Supremo 002-72-TR, dispositivos de los cuales se desprende que el asegurado que padezca o haya sido declarado con gran incapacidad se encuentra impedido de realizar cualquier tipo de trabajo, debido a que requiere del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de su vida. Asimismo, de los artículos referidos también se infiere que el asegurado que padezca o haya sido declarado con incapacidad permanente total se encuentra impedido de realizar cualquier tipo de trabajo.

102.Por otro lado, debe precisarse que de una lectura conjunta de los artículos referidos no se infiere que exista incompatibilidad de percibir una pensión vitalicia y remuneración en el caso de los asegurados que padezcan o hayan sido declarados con incapacidad permanente parcial, por cuanto el grado de incapacidad afecta parcialmente su desempeño laboral. Es más, esta compatibilidad en el caso de la incapacidad permanente parcial se encontraría confirmada con lo dispuesto por el artículo 71.º del Decreto Supremo 002-72-TR, que señala que cuando a criterio médico se requiera para la curación o para evitar daños y secuelas mayores la supresión de la exposición a los agentes causantes, el empleador reubicará al trabajador en otras faenas donde no esté expuesto al agente causante de la enfermedad.

103.Por lo tanto, de los argumentos expuestos en los fundamentos precedentes puede concluirse que las reglas son:

a. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.

b. Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.

c. Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

104.En cuanto a la percepción simultánea de remuneración y pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, debe señalarse que estas normas no establecen de manera expresa que exista incompatibilidad de percepción de ambas prestaciones económicas. Sin embargo, al igual que en el tratamiento anterior, de una lectura conjunta del artículo 18.º del Decreto Supremo 003-98-SA se desprende que en algunos supuestos resulta incompatible que un asegurado perciba pensión de invalidez y remuneración. En este sentido, el artículo 18.2.2 del Decreto Supremo 003-98-SA establece que:

(...) EL ASEGURADO calificado en condición de Invalidez Total Permanente quedará definitivamente incapacitado para realizar cualquier clase de trabajo remunerado (...)

105.Por otro lado, en el caso de los asegurados que padecen de invalidez parcial permanente, debe precisarse que ni la Ley 26790 ni el Decreto Supremo 003-98-SA establecen de manera expresa o implícita que exista incompatibilidad para percibir simultáneamente pensión de invalidez y remuneración. Ello debido a que la invalidez parcial permanente disminuye la capacidad de trabajo en una proporción igual o superior al 50% pero inferior al 66%. Es más el artículo 8.º del Decreto Supremo 003-98-SA prevé la posibilidad de que EsSalud, las EPS, la ONP y las Compañías de Seguros puedan:

(...) exigir un examen médico y/o declaración de salud previas a la celebración del contrato correspondiente, únicamente para delimitar la cobertura correspondiente a los trabajadores que ostenten una condición de invalidez previa al seguro.

106.Por lo tanto, de los argumentos expuestos en los fundamentos precedentes puede concluirse que las reglas son:

a. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.

b. Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.

c. Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

107.Habiéndose determinado en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración, este Tribunal Constitucional considera necesario precisar qué sucede con la situación laboral del trabajador que padece de incapacidad o invalidez permanente parcial, es decir, si debe continuar o no en el mismo puesto de trabajo.

108.A juicio del Tribunal Constitucional, el empleador que tenga un trabajador que padezca de incapacidad o invalidez permanente parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, tiene la obligación de cambiarlo de puesto de trabajo a uno donde no se encuentre expuesto al agente causante de la enfermedad, pero sin la rebaja de la remuneración. Dicha obligación tiene como fundamento el deber especial de protección de los derechos fundamentales que se encuentra constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Es más, este deber especial de protección goza de una tutela reforzada en el caso de los trabajadores, ya que según el artículo 23.º de la Constitución ninguna relación laboral puede

limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.
Asimismo, debe precisarse que a los trabajadores que padezcan de invalidez permanente parcial, cuando se les incremente el grado de incapacidad en permanente total o gran incapacidad, les son aplicables los supuestos de incompatibilidad señalados en los apartados a) y b) del fundamento 106 supra.

109.Finalmente, resulta conveniente precisar que un asegurado que percibe pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 no puede pretender percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790.
En tal sentido, este Tribunal establece como regla nueva que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

5.5. § El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

110.La exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y las labores desempeñadas deriva de la propia definición de enfermedad profesional realizada por la legislación. Así, enel artículo 3.º del Decreto Supremo 003-98-SA se define la enfermedad profesional como:
(...) todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.

111.En términos similares, este Tribunal en la STC 1008-2004-AA/TC ha precisado que por enfermedad profesional "se entiende aquella contraída por la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral, y que causa incapacidad para realizar las tareas habituales del trabajo."

112.Por lo tanto, podemos definir las enfermedades profesionales como aquellos estados patológicos permanentes o temporales que sobrevienen a consecuencia directa del desempeño de una determinada actividad, profesión u oficio o del ambiente en que labora el trabajador habitualmente, y que pueden ocasionar una incapacidad temporal, permanente o la muerte.

113.Consecuentemente para determinar si una enfermedad es producto de la actividad laboral se requiere identificar una relación causa-efecto entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, puesto que toda enfermedad profesional genera una lesión a la salud del trabajador o acaba con su vida.

114.Teniendo en cuenta esta relación de causa-efecto, este Tribunal ha considerado que la silicosis en el caso de los trabajadores mineros es una enfermedad profesional, debido a que están expuestos al polvo de sílice; además, porque en los centros de producción minera inhalan polvos inorgánicos, orgánicos, irritantes, humos, gases y sustancias toxicas, que afectan indefectiblemente sus pulmones causándoles enfermedades respiratorias y/o pulmonares de origen profesional, como la silicosis, la antracosis y la asbestosis.

115.Por lo tanto, la regla es que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.

116.En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que es causada por la exposición repetida al ruido, puede ser una enfermedad de origen común o de origen profesional. Por ello, el Tribunal Constitucional ratifica el criterio expuesto en el fundamento 81 supra, y señala como regla que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional esnecesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones qué desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.
En tal sentido, debe señalarse que los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.

5.6. § La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

117.Sobre este punto, este Tribunal ha de reiterar su jurisprudencia, en el sentido de que los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 para los regímenes a cargo de la ONP no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, porque: a) no están comprendidos en el régimen de pensiones del Decreto Ley 19990 los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley 18846; y, b) la principal fuente de financiamiento del régimen del

Decreto Ley 19990 son las aportaciones deltrabajador y del empleador; mientras que la principal fuente del Decreto Ley 18846 fueron las aportaciones del empleador que se efectúan mediante el SATEP.

118.Por lo tanto, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en el fundamento 87 supra, y señala como regla que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

5.7. § El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

119.Respecto a la excepción de arbitraje o de convenio arbitral, debe señalarse que ésta resulta inexigible en los procesos que tengan por finalidad la tutela del derecho fundamental a la salud y a la pensión como componentes de la seguridad social, dado su carácter de derecho indisponible para las partes.
En este sentido, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en los fundamentos 83 y 84 supra, y señala como regla que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

120.Por otro lado, este Tribunal considera que a los asegurados y beneficiarios del SCTR no se les puede imponer obligatoriamente el arbitraje, ya que, en principio, el sometimiento a esta jurisdicción alternativa tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2.°, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9.° del Decreto Supremo 003-98-SA en la parte que obliga a los asegurados y beneficiarios del SCTR a someterse obligatoriamente al arbitraje resulta contrario a la Constitución, ya que en este caso el convenio arbitral nace ex lege y no a consecuencia de la autonomía de voluntad de los asegurados y beneficiarios. Es más, al imponérsele obligatoriamente el arbitraje a los asegurados y beneficiarios del SCTR se les está vulnerando su derecho-regla de acceso a la justicia y al juez natural.

Asimismo, debe señalarse que el arbitraje ha nacido para discutir derechos patrimoniales y no derechos fundamentales, y por ello debe descartarse la excepción de arbitraje. Por otra parte, también debe tenerse presente que, iniciado un proceso de amparo por tutela urgente y efectiva, declarar fundada la excepción de arbitraje conllevaría alargar la solución de un conflicto, lo que podría significar que, cuando este concluya, sea demasiado tarde para el recurrente, pues la neumoconiosis es una enfermedad sin cura hasta el momento (enfermedad degenerativa, irreversible y mortal). Por otra parte, el elevadísimo costo que significa para el demandante la jurisdicción arbitral hace casi imposible la defensa de su derecho fundamental frente a las poderosas compañías mineras y aseguradoras; el amparo es gratuito y sólo así se haría efectiva la tutela procesal efectiva y el principio de socialización del derecho, previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

5.8. § Responsabilidad del Estado en el SCTR

121.En el diseño del SCTR el empleador que desarrolla actividades de riesgo es el responsable de las consecuencias que produzcan los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, y debido a ello se encuentra obligado a contratar la cobertura de salud y de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo. La cobertura de salud puede ser contratada con EsSalud o con una EPS. Por su parte, la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo puede ser contratada con la ONP o una empresa de seguro debidamente acreditada. En dicho contexto, y teniendo en cuenta el artículo 11.° de la Constitución, la garantía estatal de libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones debe cumplirse de manera efectiva. Tal situación implica un funcionamiento eficiente de las entidades encargadas de otorgar las prestaciones, a fin de garantizar un acceso real. Claro está teniendo como marco los requisitos previstos legalmente. De nada vale que el Estado diseñe un mecanismo para la protección de riesgos profesionales y delegue en privados el acceso a un derecho fundamental, pensión o protección a la salud, si la estructura legislativa no permite el goce efectivo del derecho.

122.En orden a lo indicado, se han previsto diversas acciones por parte del Estado para hacer efectiva la protección de los riesgos profesionales. Es importante advertir que estas actividades no solo se ponen de manifiesto al acaecer el riesgo sino que comprenden acciones preventivas. En efecto, el artículo 87.° del Decreto Supremo 009-97-SA establece que las entidades empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo deben inscribirse en el registro que administra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en quien recae el deber de supervisar la obligación de contratar el SCTR y la aplicación de sanciones administrativas.

123.Asimismo, ante el incumplimiento de la inscripción en el registro u otras obligaciones de cargo de la entidad empleadora, como la contratación del seguro para la totalidad de los trabajadores o de un seguro con cobertura insuficiente, el Estado asume un rol activo y no solamente de supervisión frente a la ineficacia de la protección de riesgos, estableciendo que la ONP y EsSalud deben otorgar las prestaciones que les correspondan, materializándose la responsabilidad del empleador en el derecho de repetición que tienen las entidades, a fin

de recuperar el costo de las prestaciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios por los daños y perjuicios irrogados.[40]

124. Si bien este Tribunal Constitucional considera que es importante el papel que asume el Estado en la protección del derecho fundamental al intervenir ante la posible desprotección del trabajador, debe mencionar que la cobertura supletoria que recae en la ONP, como ente estatal encargado de la calificación de las pensiones de invalidez por riesgos profesionales[41], solo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, y opera siempre que la entidad se encuentre inscrita. Tal situación no se condice con la protección amplia que se plantea legislativamente, pues justamente es deber del Estado hacer eficaz el derecho fundamental, finalidad que no se cumple exigiendo la inscripción del empleador en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo para que opere la cobertura supletoria dado que para ello se ha previsto un mecanismo de control que está a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT).

125. En la misma línea, debe observarse que de manera supletoria solo se brindará el acceso a la pensión de invalidez total permanente y la pensión de sobrevivencia, lo que si bien obedece al diseño legislativo y puede ser reclamado en vía de acción directa al empleador, significa que los trabajadores no podrán acceder a la cobertura por invalidez temporal e invalidez parcial permanente por una situación imputable, en estricto, a la entidad empleadora.

126. Lo expuesto obliga a este Tribunal a poner en consideración del Congreso los vacíos normativos que presenta el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA, puesto que no cubre la invalidez temporal e invalidez parcial permanente; por ello debería ampliarse los supuestos en los que opere la cobertura supletoria de la ONP.

127. No obstante ello, y teniendo presente que el inciso 8 del artículo 139.º de la Constitución impone a los jueces el mandato constitucional de "(...) no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley", este Tribunal mediante la presente sentencia ha de integrar el vacío normativo del artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA. Ello debido a que la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar los derechos a la salud, a la vida y al bienestar de las personas que padezcan una enfermedad profesional.

En este sentido, la regla es que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

6. § El papel del Estado en la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la actividad minera

128. Siendo la industria minera una actividad de alto riesgo para la vida y la salud, este Tribunal estima necesario destacar las funciones preventivas que legislativamente se les han asignado a los diversos órganos del Estado para prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, lo que constituye un imperativo por mandato del artículo 59.º de la Constitución: "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas".

6.1. § El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)

129. El MTPE es el organismo rector de la administración del trabajo, de la promoción del empleo y de la previsión social. Tiene entre sus funciones las de definir, formular, evaluar y supervisar la política nacional sobre desarrollo sociolaboral del Estado en materia laboral, remuneraciones y productividad, higiene y seguridad ocupacional, empleo y formación profesional, y bienestar y seguridad social. En efecto, el MTPE tiene la responsabilidad de dictar normas de prevención y protección contra riesgos profesionales que aseguren la salud y vida de los trabajadores y tiendan al mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo.

130. En estos ámbitos establece la normatividad pertinente y ejecuta la política de alcance nacional y general, lo que incluye al sector minero. En efecto, la Subdirección de Inspección en Seguridad y Salud en el Trabajo debe realizar investigaciones y estudios sobre condiciones y medio ambiente de trabajo, en todas las actividades económicas, con el objeto de perfeccionar o modificar las normas de higiene y seguridad ocupacional y de otros riesgos que afecten la salud física, mental y social del trabajador. Asimismo, la Subdirección referida es la encargada de aprobar el reglamento interno de higiene y seguridad industrial, así como su modificación.

131. Por ello, el MTPE, además de sus funciones normativas, tiene el deber de prevención de las condiciones, medio ambiente, seguridad y salud del trabajo. También ostenta la función fiscalizadora de la legislación laboral mediante la inspección de trabajo. De esta manera, el MTPE, al fiscalizar el cumplimiento de las normas referidas a la higiene, seguridad y salud en el trabajo, previene que no se ocasionen accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o que su incidencia disminuya.

132. De ahí que, en el artículo 3.1 de la Ley 28806, se haya establecido que la finalidad de la inspección del trabajo en la prevención de riesgos laborales sea de vigilancia y de exigencia del cumplimiento de las normas jurídico-técnicas en materia de prevención de riesgos laborales y condiciones de trabajo. En razón de ello, si un inspector de trabajo considera que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, puede ordenar la inmediata paralización o la prohibición de los trabajos o tareas.

133.Teniendo en cuenta la función fiscalizadora del MTPE, resulta pertinente resaltar que en materia de seguridad social y salud de trabajo constituye una infracción del empleador la omisión de inscripción del trabajador en algún régimen de prestaciones de salud y de pensiones. Asimismo, debe resaltarse que en los artículos 27.° y 28.° del Decreto Supremo 019-2006-TR se establecen las acciones que constituyen infracciones graves y muy graves de seguridad y salud en el trabajo. Entre las infracciones relacionadas con la prevención y represión de riesgos, destacan las siguientes:

a) La falta de orden y limpieza del centro de trabajo que implique riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores.
b) No dar cuenta a la autoridad competente de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades ocupacionales cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales, o no llevar a cabo la investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicio que las medidas preventivas son insuficientes.
c) No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de las actividades de los trabajadores, o no realizar aquellas actividades de prevención que sean necesarias según los resultados de las evaluaciones.
d) No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores o no comunicar a los trabajadores afectados el resultado de las mismas.
e) No cumplir las obligaciones relativas al seguro complementario de trabajo de riesgo a favor de sus trabajadores.
f) No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia, y de los trabajadores con discapacidad.
g) No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores trabajadores.
h) Designar a trabajadores en puestos cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales conocidas o sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ellas se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.
i) Superar los límites de exposición a los agentes contaminantes que originen riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores.
j) No implementar un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo o no tener un reglamento de seguridad y salud en el trabajo.

134.Mediante la Resolución Ministerial 090-97-TR, publicada el 1 de noviembre de 1997, se creó el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo, a cargo de la Subdirección de Registros Generales y Pericias o dependencia que haga sus veces en el MTPE. Por lo tanto, los inspectores de trabajo tienen la obligación de verificar que los empleadores que desarrollen actividades consideradas riesgosas se encuentren inscritos como entidad de alto riesgo ante la AAT del lugar en donde desarrollen sus labores.

135.Finalmente, debe resaltarse que, conforme al artículo 168.° del Código Penal, el obligar a otro, mediante violencia o amenaza, a trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene, constituye un delito contra la libertad de trabajo que será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 2 años.

6.2. § El Ministerio de Energía y Minas (MEM), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN) y la legislación sectorial minera

136.Entre las primeras normas sobre seguridad y salud en el trabajo se encuentran las mineras. Así, tenemos el Decreto Supremo del 26 de agosto de 1910, que estableció los métodos de protección, de observancia obligatoria, en las explotaciones carboníferas. Asimismo, mediante el Decreto Supremo del 8 de febrero de 1924, se estableció que las empresas o personas dedicadas a la actividad minera deberán dar aviso a las delegaciones mineras, de inmediato, de todo accidente que ocasione la inhabilitación de un operario o empleado por más de un día de labor, lo cual guarda relación con la dinámica de la actividad minera y lo riesgoso de la misma.

137.Por lo tanto, la seguridad y la salud en el trabajo minero se encuentran reguladas por una legislación sectorial específica y especializada, que se debe a la propia naturaleza de la actividad minera. En tal sentido, hemos de señalar las principales normas que guardan relación con la seguridad y la salud en el trabajo minero, y los organismos competentes que se encargan de fiscalizar su cumplimiento.

138.Así, la Ley General de Minería (LGM), en su capítulo sobre bienestar y seguridad (artículos 209.° a 213.°), ha establecido las disposiciones sobre higiene y seguridad en el trabajo. En su artículo 209.° se establece que las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera tienen la obligación de proporcionar las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo establecidas en la ley y las disposiciones reglamentarias. Por su parte, su artículo 210.° establece que los trabajadores están obligados a observar rigurosamente las medidas preventivas y las disposiciones para la seguridad que acuerden las autoridades competentes, así como las que establezcan los empleadores.
Asimismo, en su artículo 211.° se señala que todos los empleadores están obligados a establecer programas de bienestar, seguridad e higiene, de acuerdo con las actividades que realicen. Anualmente, los empleadores deberán presentar a la Dirección General de Minería del MEM el programa anual de seguridad e higiene minera para el año siguiente.

139.Por su parte, mediante el Decreto Supremo 046-2001-EM se publicó el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, que establece un tratamiento integral de los

aspectos de seguridad, salud y bienestar minero, antes dispersos en los reglamentos derogados. Este reglamento tiene como objetivos la prevención en seguridad y salud, la promoción del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene minera aplicando las disposiciones vigentes y los conocimientos técnicos profesionales de la prevención, y la fiscalización integral de seguridad en las operaciones mineras.

En su artículo 24.º se establecen como obligaciones generales del titular de la actividad minera asumir de manera absoluta los costos relacionados con la seguridad y la higiene minera; formular el programa anual de seguridad e higiene minera; implementar la capacitación; llevar las estadísticas de los accidentes de trabajo.

Según el artículo 35.º del Reglamento, los trabajadores víctimas de accidentes profesionales tendrán derecho a las siguientes prestaciones: primeros auxilios, que serán proporcionados por el titular; atención médica y quirúrgica general o especializada; asistencia hospitalaria y de farmacia; rehabilitación, recibiendo, cuando sea necesario, los aparatos de prótesis o de corrección, o su renovación por desgaste natural, no procediendo sustituir aquéllos por dinero; y reeducación ocupacional.

Finalmente, debe resaltarse que los artículos 165.º y 166.º del Reglamento establecen que todos los trabajadores dependientes del titular de la actividad minera se someterán, por cuenta del mismo, a los exámenes médicos ocupacionales, de control anual y de retiro, siendo éste ultimo requisito indispensable que debe cumplirse para documentar el estado de salud en que queda el trabajador al cesar el vínculo laboral.

140.Teniendo presente lo dispuesto en los artículos 165.º y 166.º del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, este Tribunal considera establecer como regla que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

Ello debido a que el artículo 24.3 del Decreto Supremo 003-98-SA ha establecido que dentro de los riesgos asegurados las únicas exclusiones de cobertura que pueden pactarse son: "a) invalidez configurada antes del inicio de vigencia del seguro". De manera que no se puede asegurar a un trabajador que se encuentra inválido, pues dependiendo de su grado de incapacidad éste tiene derecho a una pensión de invalidez y/o a su reubicación en otro puesto de trabajo. Por lo tanto, este Tribunal considera que la ONP y las compañías aseguradoras al momento de contratar el SCTR deberán exigirle al empleador las evaluaciones médicas que les impone la ley, o tomarlas por cuenta propia. Están en la obligación, no sólo por mandato de la ley, sino por simple sentido empresarial, ya que el lucro y las utilidades no son posibles con una alta siniestralidad, cuando se trata de las aseguradoras; y un celo en el uso racional del gasto público, cuando se trata de la ONP.

141.Asimismo, debe señalarse que el examen de retiro previsto en los artículos 165.º y 166.º del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera debe ser tomado por las Comisiones Medicas Evaluadoras de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. De este modo, con el examen de retiro se demuestra el estado de salud en que queda el trabajador al cesar el vínculo laboral, para efectos de acogerse o no a la cobertura de invalidez del SCTR.

142.Por otro lado, la Ley 27474, denominada Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras (LFAM), estableció que el MEM, a través de sus órganos de línea, es el organismo competente del Poder Ejecutivo para fiscalizar las actividades mineras. Sobre el ámbito de su aplicación, la LFAM señala que comprende las normas de seguridad e higiene mineras, las normas de protección y conservación del ambiente y otras obligaciones técnicas, administrativas, contables y/o financieras.

143.En tal sentido, debe señalarse que en un principio, el MEM a través de la Dirección General de Minería ejercía las funciones de proponer normas de bienestar, seguridad e higiene minera, y las de aprobar y fiscalizar los programas de vivienda, salud, bienestar y seguridad minera. Asimismo, mediante la Dirección de Fiscalización Minera se encargaba de opinar y dictaminar sobre los programas de vivienda, salud, bienestar y seguridad minera, así como las funciones fiscalizadoras establecidas por la LFAM y su Reglamento.

144.Sin embargo, mediante Ley 28964, publicada el 24 de enero de 2007, se crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), transfiriéndose las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras de la mediana y gran minería en los temas de seguridad e higiene minera y de conservación y protección del ambiente que tenía el MEM. Asimismo,la Ley 28964 derogó la LFAM, estableciendo en su Primera Disposición Complementaria Transitoria que en tanto OSINERGMIN apruebe los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas en la LFAM y en su Reglamento.

Por su parte, mediante Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN 324-2007-OS-CD, publicada el 10 de junio de 2007, se aprueba el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras (RSAEM) de Osinergmin.

En tal sentido, en la actualidad una de las misiones del OSINERGMIN es regular, supervisar y fiscalizar según el RSAEM, en el ámbito nacional, el cumplimiento de

las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del sector minería en materia de seguridad e higiene en el trabajo minero.

145.Pues bien, teniéndose presente que OSINERGMIN tiene las competencias de supervisión y fiscalización de la actividad minera en materia de seguridad e higiene, este Tribunal, en virtud del artículo 119.º del CPConst., estima necesario solicitarle que remita el programa anual de seguridad e higiene minera de todas las compañías mineras que tenga en su poder. Ello con la finalidad de poder resolver en un contexto general los procesos referidos a la aplicación del Decreto Ley 18846 y la Ley 26790.

146.Por lo tanto, al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

a) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a tramite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.

b) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presenten en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

c) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

147.En cuanto a las reglas procesales precisadas en el fundamento precedente, debe señalarse que éstas han sido establecidas dentro de los límites del ejercicio de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional determinados en la RTC 0020-2005-PI/TC, pues el artículo 9.º del Código Procesal Constitucional señala que es procedente la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables. Por lo tanto, en los procesos referidos a la aplicación del Decreto Ley 18846 y de la Ley 27690, este Tribunal considera indispensable y necesario solicitar a los demandantes que presenten como pericia el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, para que acrediten la enfermedad profesional que alegan padecer.

148.Finalmente, este Tribunal declara, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del C.P.Const., que los criterios jurídicos contenidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146 supra, son vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR, por lo que deben ser aplicados de manera inmediata. En tal sentido, la ONP y las compañías de seguros tienen la obligación de aplicarlos en sus propios términos a los procedimientos de otorgamiento de pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, bajo apercibimiento de imponérseles las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del C.P.Const.

Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los criterios jurídicos referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otra lado, a los abogados se les podrá imponer una multa, cuando patrocinen procesos cuyas pretensiones sean contrarias a los criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120 supra, por ejemplo, cuando presenten certificados médicos privados para probar la enfermedad profesional, o cuando patrocinen a un mismo demandante en dos procesos para acceder a dos pensiones de invalidez del SCTR por un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc.

7. § Análisis del caso concreto

149.El demandante argumenta que tiene derecho a percibir una pensión vitalicia por padecer de neumoconiosis en segundo estadio de evolución. Para acreditar la titularidad de su derecho, a su demanda ha adjuntado un examen médico ocupacional del Ministerio de Salud, en el que se señala que adolece de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución.

150.Por su parte, la emplazada alega que el demandante no tiene derecho a percibir una renta vitalicia por enfermedad profesional conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que la Comisión Evaluadora de Enfermedades Profesionales y Accidentes de Trabajo ha dictaminado que el demandante no padece de enfermedad profesional alguna.

151. En tal sentido, es necesario precisar que del primer considerando de la Resolución 0000001909-2004-ONP/DC/DL 18846 se advierte que al demandante se le denegó el otorgamiento de renta vitalicia, debido a que la Comisión Evaluadora de Enfermedades Profesionales y Accidentes de Trabajo, mediante Dictamen de Evaluación Médica SATEP-041-2004 determinó que no padecía de enfermedad profesional alguna.

152. Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que el presente proceso no resulta ser la vía idónea para dilucidar la materia controvertida, ya que existe contradicción entre los pronunciamientos de la Comisión Evaluadora de Enfermedades Profesionales y Accidentes de Trabajo y el examen médico ocupacional presentado por el demandante.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

2. Declarar que los criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146, supra, son vinculantes para los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso- administrativas, y para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR.

3. Exhortar al Ministerio de Salud y a EsSalud a que incrementen las Comisiones Médicas dentro del marco del artículo 26.º del Decreto Ley 19990 e implementen los procedimientos administrativos con el objeto de que se pueda cumplir con los lineamientos de la presente sentencia; y del mismo modo se emitan, en el más breve plazo, los dictámenes o certificados médicos que sean solicitados para acreditar el estado de salud de los demandantes.

4. Exhortar a la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud a que en virtud de sus atribuciones de regulación y supervisión fortalezca el sistema de salud contributiva a través de la constitución de las Comisiones Médicas en las Empresas Prestadoras de Salud, conforme lo prescribe el artículo 26.º del Decreto Ley 19990.

5. Notificar la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, a los Ministerios de Energía y Minas, de Trabajo y Promoción del Empleo, de Salud, a EsSalud, a Osinergmin, a la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, a la ONP, y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, para que notifique a las empresas aseguradoras, a efectos de que, con la mayor brevedad, adopten las medidas establecidas en la presente sentencia que permitan asegurar la protección del derecho fundamental a la pensión, a la salud y a la seguridad social, debiendo cumplir eficazmente con las competencias que les han sido asignadas con la finalidad que se garanticen los derechos de los trabajadores y los pensionistas y de este modo se evite la judicialización de pretensiones justas.

6. Solicitar a OSINERGMIN que remita a este Tribunal el programa anual de seguridad e higiene minera de todas las compañías mineras que tenga en su poder, en el plazo de 10 días de notificada la presente sentencia.

7. Recomendar al Congreso de la República que en atención al principio de progresividad de los derechos fundamentales sociales estudie la problemática relacionada con la cobertura supletoria de la ONPen el SCTR, conforme a los fundamentos 121 a 126.

8. Notificar la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, a los Colegios de Abogados del Perú para que la pongan en conocimiento de sus agremiados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] STC 02945-2003-AA/TC, Fundamento 11.
[2] STC 02002-2006-PC/TC.
[3] SSTC 02349-2005-PA/TC y 01776-2004-AA/TC.
[4] STC 0011-2002-AA/TC, Fundamento 14.
[5] STC 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC y 0009-2005-AI/TC (acumulados), Fundamento 54.
[6] Ibídem, Fundamento 55.
[7] STC 02349-2005-PA/TC, Fundamento 6.
[8] STC 05854-2005-PA/TC, Fundamento 23.
[9] Vid. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Párrafo 71.
[10] Vid. STC 0047-2004-AI, Fundamento 61.
[11] STC 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, Fundamentos 25 y 26.
[12] STC 02349-2005-PA/TC, Fundamento 7.
[13] Ratificado por el Perú en 1961.
[14] Artículo 47. El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene.
La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.
Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma qué las leyes determinen.
Artículo 56. El Estado fomentará las instituciones de previsión y de solidaridad social, los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares.
[15] Publicado el 30 de abril de 1973.
[16] Publicado el 27 de febrero de 1974.
[17] Publicado el 28 de marzo de 1979.
[18] Publicada el 17 de mayo de 1997.
[19] STC 0048-2004-AI/TC, Fundamento 12.

[20] STC 03208-2004-AA/TC, Fundamento 6.
[21] SSTC 2945-2003-AA/TC, 2016-2003-AA/TC, 1956-2004-AA/TC y 3208-2004-AA/TC.
[22] STC 3208-2004-AA/TC, Fundamento 7.
[23] Aprobado por Decreto Ley 22129, publicado el 29 de marzo de 1978.
[24] SSTC 0773-2002-AA/TC y 0774-2002-AA/TC.
[25] SSTC 1340-2002-AA/TC, 1404-2002-AA/TC, 3205-2004-AA/TC y 0066-2005-AA/TC.
[26] SSTC 0577-2004-AA/TC, 01693-2004-AA/TC, 01388-2005-PA/TC, 01602-2005-PA/TC y 04502-2005-PA/TC, entre otras.
[27] STC 00268-2000-AA/TC, Fundamento 6. Ver además SSTC 01459-2002-AA/TC, 02540-2002-AA/TC y 00646-2003-AA/TC.
[28] STC 00268-2000-AA/TC, Fundamento 7.
[29] SSTC 0516-2002-AA/TC, 2215-2002-AA/TC y 0082-2003-AA/TC.
[30] STC 03205-2004-AA/TC, Fundamento 4.
[31] STC 01008-2004-AA/TC.
[32] SSTC 01345-2005-PA/TC, 01749-2005-PA/TC y 01778-2005-PA/TC.
[33] SSTC 02798-2005-PA/TC, 04725-2005-PA/TC, 06254-2005-PA/TC, 05249-2006-PA/TC, 05846-2006-PA/TC, 07694-2006-PA/TC, 09117-2006-PA/TC y 10691-2006-PA/TC, entre otras.
[34] STC 01693-2004-AA/TC, fundamento 7.b.
[35] STC 0548-2004-AA/TC, fundamento 3.
[36] SSTC 03639-2004-AA/TC, 00549-2005-PA/TC, 01390-2005-PA/TC, 02692-2005-PA/TC, 03697-2005-PA/TC, 04513-2005-PA/TC y 08390-2005-PA/TC, entre otras.
[37] SSTC 04041-2006-PA/TC, 08044-2006-PA/TC y 07260-2006-PA/TC.
[38] Artículo 41.º del Decreto Supremo 002-72-TR, reglamento del Decreto Ley 18846.
[39] STC 01693-2004-AA/TC, Fundamento 7.b.
[40] Artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA.
[41] Ibidem.

Exp. N° 7281-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Santiago Terrones Cuba. Sobre el procedimiento de desafiliación de una AFP].*

Fecha de Resolución: 31 de abril de 2007
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 4 de mayo de 2007

Resumen: El 4 de mayo de 2007, el Tribunal Constitucional publicó la STC 7281-2006-AA, que estableció precedente vinculante respecto a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación. En ese sentido, afirmó que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65 de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. Asimismo, ordenó que las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante el Colegiado, sean remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.

De otro lado, fijó como precedente vinculante las pautas respecto al procedimiento de desafiliación. Así, dispuso que el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley N.° 28991 determine. Agregó que, mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP.

Temas Claves: Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) - derecho a la pensión - derecho de acceso a la pensión - desafiliación por falta de información - procedimiento de desafiliación pensionaria.

EXP. N.° 07281-2006-PA/TC
LIMA
SANTIAGO TERRONES
CUBAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de abril de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Terrones Cubas contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 126, su fecha 24 de agosto de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 14 de enero de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Profuturo, en resguardo de su derecho de libre acceso a la seguridad social, con el objeto de que se disponga su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), se le devuelva los aportes legales que efectuó, con sus intereses legales, se ordene que se haga entrega de su bono de reconocimiento a la ONP, la cual deberá proceder al pago de su pensión de jubilación, y se disponga a su favor el pago de costos y costas del proceso.

Manifiesta haber aportado más de cuarenta años al SNP, a la fecha en que celebró el contrato de afiliación, y que se afilió por la distorsionada información que le dieron los promotores de la AFP.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 23 de setiembre de 2004, la emplazada contesta la demanda aduciendo que no existe violación de derecho constitucional alguno y menos en lo que concierne a supuestos derechos de libre contratación y, en cuanto a los fundamentos de la pretensión, que se requiere de una etapa probatoria. Asimismo, refiere que se ha limitado a dar cumplimiento a normas legales expresas, con sustento constitucional, por lo que, en el fondo, la demanda pretende cuestionar dichas normas. También refiere que tanto el Tribunal Constitucional (TC) como las cortes superiores y juzgados de primera instancia ya se han pronunciado de manera reiterada y uniforme respecto a la improcedencia de la demanda de

amparo para declarar la nulidad de afiliación; y que estos pronunciamientos guardan concordancia con la opinión del Defensor del Pueblo y miembros del Congreso.
Refiere que el demandante decidió incorporarse al Sistema Privado de Pensiones (SPP) libre y voluntariamente, conforme reconoce en su demanda; prueba de ello es que con fecha 24 de febrero de 1994 se afilió a AFP Horizonte, haciendo uso de su libertad de afiliación, y con fecha noviembre de 1998 se trasladó a la demandada.

3. Resolución de primer grado

Con fecha 30 de noviembre de 2004, el Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima declara fundada la demanda por considerar que el recurrente ha cumplido con formalizar el pedido de su retorno al SNP y que se restringe ilegítimamente su libertad de contratación.
Asimismo, precisa que no se requiere de agotamiento de ninguna estación probatoria, como refiere la demandada, pues resulta suficiente la constatación de lo hechos debatidos, así como el análisis e interpretación de las normas aludidas. En dicha línea argumentativa, declara inaplicables al demandante las normas legales que restringen su libertad de libre afiliación y ordena que la AFP Profuturo lo desafilie de su institución.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 24 de agosto de 2005, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por considerar que los artículos 10° y 11° de la Constitución lo que garantizan es el derecho a la seguridad social y el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones de sus ciudadanos, mas no el derecho de resolver libremente los contratos celebrados con las entidades que forman parte del SPP.

Explica también que de no ser así, la propia Constitución entraría en contradicción, desde que su artículo 62° garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo de contrato, y cautela que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes o disposiciones de otra clase.

III. DATOS GENERALES

A) Supuesto daño constitucional

El presente proceso constitucional de amparo fue iniciado por don Santiago Terrones Cubas contra la AFP Profuturo. El acto lesivo se habría producido con la negativa de que pueda retornar al SNP, al estar en una AFP.

B) Reclamación constitucional

El demandante alega afectación de sus derechos constitucionales a la seguridad social (artículo 10°) y al libre acceso al SNP (artículo 11°). Sobre esta base, solicita lo siguiente:

- Retornar al SNP, regulado por el Decreto Ley N.° 19990
- Que se le devuelva los aportes, intereses legales y bono de reconocimiento.
- Que se le abone los costos y costas.

C) Cuestiones constitucionales relevantes

A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado se abocará a responder las siguientes preguntas:

- ¿De qué manera se compatibiliza la sentencia 1776-2004-AA/TC y la Ley N.° 28991?
- ¿Es aceptable constitucionalmente y aplicable por los operadores jurídicos la causal de la falta o insuficiencia de información para el inicio del trámite de retorno al SNP?
- ¿Cuál es el trámite que las entidades involucradas en la desafiliación parcial deben seguir para el caso de la alegación de una falta o insuficiencia de información?
- ¿Cómo se solucionará el caso concreto?

D) Norma aplicable al caso concreto

Pese a que la demanda fue plantada cuando estaba aún vigente la Ley N.° 23506, es pertinente resolverla de acuerdo al Código Procesal Constitucional (Ley N.° 28237), en virtud de la aplicación inmediata que éste preceptúa en su Segunda Disposición Transitoria. La presente causa, entonces, se dilucidará bajo las prescripciones de este Código, más aún si su utilización no representa afectación alguna de los derechos del demandante y demandadas.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Precisión del petitorio de la demanda

1. El demandante pretende que el Tribunal Constitucional disponga su retorno al SNP alegando que se ha vulnerado su derecho fundamental al libre acceso a la pensión, pues los promotores de la AFP, para que se afilie, le habrían brindado información distorsionada. Asimismo, solicita que se ordene la devolución de sus aportes e intereses legales y el bono de reconocimiento a la ONP, la cual deberá proceder al pago de su pensión de jubilación del recurrente; así como el pago de costos y costas del proceso.

§2. Los supuestos de desafiliación de la sentencia 1776-2004-AA/TC y la Ley N.° 28991

2. En la sentencia 1776-2004-AA/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 9 de febrero de 2007, este Colegiado estableció jurisprudencia sobre la posibilidad del retorno de los pensionistas del SPP al SNP.

3. Sobre la base del artículo 11° de la Norma Fundamental, que consagra el derecho al libre acceso a la pensión, este Colegiado estableció que es constitucionalmente razonable el retorno parcial al SNP, permitiéndose la desafiliación sólo en tres supuestos, los cuales ya se encontraban previstos en la legislación infraconstitucional sobre la materia (fundamentos 35 y siguientes); a saber:

a) Si la persona cumplía los requisitos establecidos para acceder a una pensión en el SNP antes de trasladarse a una AFP;
b) Si se están protegiendo labores que impliquen un riesgo para la vida o la salud; y,

c) Si no existió información o si ésta fue insuficiente para que se realizara la afiliación.

4. En cualquiera de estos supuestos este Colegiado precisó que se debía declarar fundada la demanda correspondiente. Sin embargo, aclaró que el efecto de la sentencia no implicaba la desafiliación automática, sino que ordenaba el inicio del trámite de desafiliación ante la AFP que corresponda y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS). Consecuentemente, el pedido de desafiliación inmediata debía ser desestimado por improcedente. Como puede apreciarse, lo decidido por el TC significaba ordenar a las entidades encargadas del trámite de desafiliación la habilitación de tal procedimiento.

5. A tal efecto, el Congreso de la República ha expedido la Ley N.º 28991, publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de marzo de 2007, la cual, de conformidad con el artículo 118º, inciso 8) de la Constitución, será reglamentada. La ley contempla las dos primeras causales establecidas por la sentencia 1776-2004-AA/TC: el cumplimiento de requisitos está previsto en el artículo 2º, y la realización de labores de riesgo, en la Primera Disposición Transitoria y Final. La Ley mencionada no hace referencia, sin embargo, a la falta o insuficiencia de información.

6. Adicionalmente agrega una causal, la misma que está prevista en el artículo 1º:
"Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad".

7. Ahora bien, tanto la ley como la sentencia mencionada coinciden en que lo que ambas posibilitan; es decir que prevén, como consecuencia, habilitar el inicio del trámite de desafiliación. Quiere ello decir que, sea por lo resuelto por el Tribunal Constitucional, como por la aplicación de los supuestos previstos en la mencionada ley, los efectos son los mismos; esto es, el demandante que considere que su caso se encuentra comprendido en dichos supuestos, podrá iniciar el referido procedimiento a efectos de que, si le corresponde, alcance la desafiliación que persigue.

§3. La falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación

8. Respecto a la causal desarrollada por este Colegiado, referida a la falta o insuficiencia de información, es necesario enfatizar que ésta tiene sustento constitucional directo por diversas razones, las mismas que se detallan a continuación.

9. En primer lugar, el reconocimiento normativo de esta causal de desafiliación se encuentra expresamente previsto en la propia Constitución, a través de su artículo 65º, el cual señala que
"[e]l Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (...)".

10. Esta causal contemplada expresamente en este dispositivo constitucional permite que las personas puedan adoptar una decisión informada; lo cual, en el caso del derecho a la pensión, tiene especial relevancia, dada su vinculación con otros derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, la vida, la salud, entre otros.

11. Por ello es que, en la medida que la decisión de optar por un sistema de pensiones público o privado incide en otros derechos fundamentales, el Estado está en la obligación de garantizar, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución, que la información que la persona debe tener previamente para decidir por uno de los sistemas de pensiones antes mencionados, sea, como ha señalado ya este Tribunal (STC 3315-2004-AA/TC, fundamento 9), veraz, suficiente, completa y, además, de fácil acceso.

12. En segundo lugar, la causal de falta o insuficiencia de información se deriva de los artículos 10º y 11º de la Constitución, los cuales señalan, respectivamente, que
[e]l Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida, y que [e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

13. Ello es así porque, como el Tribunal Constitucional ha precisado (STC 0050-2004-AI/TC y otros, fundamento 107), el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por tres elementos, a saber: (1) el derecho de acceso a una pensión, (2) el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y (3) el derecho a una pensión mínima vital.

14. Evidentemente, la causal de desafiliación por falta o deficiencia de información está estrechamente vinculada con el derecho de acceder a la pensión por cuanto, si bien el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión radica en el libre acceso o retiro de ella, solo será posible realizar este derecho sobre la base de una decisión razonablemente informada.

15. Justamente, en el fundamento 39 de la mencionada sentencia 1776-2004-AA/TC, se ha mencionado que
(...) Este Tribunal no puede menos que admitir la validez constitucional del retorno establecido. Y no de otra forma en efecto podía ser, pues, al final de cuentas, detrás de esa regla establecida por el legislador se esconde una perversa solución. Efectivamente, la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no sólo comporta un vicio de la voluntad que afectaría con la sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión (...)

16. En tercer lugar, la causal de desafiliación a la que se viene haciendo referencia, debido a que su fundamento constitucional directo reposa en los artículos 10°, 11° y 65° de la Constitución, no puede quedar mediatizada en su cumplimiento por la omisión por parte del legislador. De ser así, el mandato constitucional que se deriva de las disposiciones constitucionales antes precisadas quedaría librado a la voluntad del Congreso de la República, lo cual no se condice con el principio de supremacía jurídica de la Constitución, reconocido en el artículo 51° de Constitución, ni tampoco con la eficacia directa de los derechos fundamentales.

17. En ese sentido, es evidente que si existe un mandato constitucional expreso y directo concerniente a la falta o ausencia de información como causal de desafiliación, y el legislador ha omitido regular la concreción de dicha disposición constitucional, corresponde al Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete y guardián de la Constitución y los derechos fundamentales, asumir un rol activo de protección del derecho fundamental al libre acceso a la pensión.

18. Y no podría ser de otro modo por cuanto el artículo 139°, inciso 8 de la Constitución reconoce, precisamente, como uno de los principios de la función jurisdiccional, el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Por ello, frente a la omisión legislativa de la causal de desafiliación por falta de información o deficiencia de la misma, no se puede dejar de administrar justicia constitucional, pues en último término es la Constitución la que otorga validez y legitimidad constitucional a la leyes, y no a la inversa.

19. Estos tres argumentos de sustento constitucional directo, por tanto, son los que fundamentan la causal de desafiliación por falta o deficiencia de información. No obstante y a mayor abundamiento, no se puede dejar de señalar que las causales de desafiliación que este Tribunal reconoció en la sentencia constitucional 1776-2004-AA/TC han estado y están reconocidos en la normatividad infraconstitucional.

20. En el caso de la falta o insuficiencia de información, ésta se previó en el Decreto Ley N.° 25897 (bajo la expresión de 'creencia equivocada') e inclusive aún se mantiene vigente la nulidad de afiliación prevista en el artículo 51°, inciso f) de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, para el caso en que se brinde información equivocada, habilitándose también tal posibilidad al órgano administrativo competente encargado de iniciar el trámite de desafiliación.

21. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la propia Ley N.° 28991 establece una sanción por deficiencia de información. En efecto, la Sexta Disposición Transitoria y Final de dicha Ley expresa lo siguiente:
"La SBS deberá establecer las sanciones que correspondan a las AFP que hayan inducido a error, por mala información, a los trabajadores en la afiliación al SPP. Los criterios para determinar el error por mala información serán establecidos en el reglamento de la presente Ley".

22. Por tanto, una falla en la información que tanto la AFP como el Estado dispensan al afiliado puede ser motivo de una desafiliación. En consecuencia, tal como se ha venido explicando, y tomando en consideración el principio constitucional de cooperación y colaboración que debe guiar la actuación de los poderes públicos y órganos constitucionales (STC 0004-2004-CC/TC), este Colegiado estima necesario que la causal mencionada como forma de desafiliación también sea admitida, con el objeto de que no se vulnere el contenido esencial del derecho fundamental al libre acceso a la pensión.

23. En este entendido, cuando el Tribunal Constitucional precisa el contenido que tiene un derecho fundamental, por su calidad de supremo intérprete de la Constitución –tal como lo señala el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.° 28301–, los jueces, las autoridades administrativas y las AFPs están obligadas a aplicar los criterios establecidos en la sentencia 1776-2004-AA/TC y en la Ley N.° 28991 de manera directa, inmediata y obligatoria.

24. Por tales razones, entonces, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa competente a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación establecido por la Ley N.° 28991 y que será desarrollado en su reglamento, sin desconocer los requisitos establecidos en la ley y en el artículo 65° de la Constitución, referido a la falta o insuficiencia de la información, de acuerdo a lo señalado en la jurisprudencia de este Colegiado.

25. Lo contrario importaría que no se proteja adecuadamente los derechos fundamentales de las personas, máxime si ya se ha pronunciado al respecto tanto el Congreso de la República como el Tribunal Constitucional. Aún más, esperar más tiempo significaría, por un lado, negar, en el plano material, la salvaguardia real y oportuna de los derechos fundamentales de la persona; y, por otro, constituiría una vulneración del artículo 44° de la Constitución, que establece como uno de los deberes esenciales del Estado el pleno respeto y la vigencia de los derechos fundamentales.

26. Como están claramente establecidos los supuestos y la forma en que se llevará a cabo el inicio del trámite de desafiliación, si los jueces, las autoridades administrativas y las AFPs desconocen las reglas emitidas, estará expedita la aplicación de las medidas coercitivas previstas en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

27. Con tal propósito, el Tribunal Constitucional considera menester establecer, en el presente proceso constitucional de amparo, precedente vinculante referido a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación en el siguiente sentido:

a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que

adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65° de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.

§4. Relación constitucional entre el presente precedente vinculante y la Ley N.° 28991

28. Visto ello y antes de resolver el caso concreto, el Tribunal Constitucional considera necesario precisar que los precedentes vinculantes que dicta constituyen también fuente del Derecho, frente a un supuesto como el presente en el cual legislador no ha previsto en la Ley N.° 28991 una causal de desafiliación –como la falta o deficiencia de información– establecida por este Colegiado en la sentencia 1776-2004-AA/TC, de modo que la relación que se plantea entre la Ley aludida y el precedente vinculante que establece ahora este Colegiado en la presente sentencia es una relación de integración jurídica antes que de jerarquía o de exclusión de una con respecto al otro, y viceversa.

29. Ello porque, como ya se dijo, la causal de desafiliación por falta o deficiencia de información –no prevista en la Ley pero sí en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– tiene un sustento constitucional directo en el artículo 65° de la Constitución, el cual señala que el Estado garantiza el derecho de las personas a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

30. Siendo así, el hecho de que el legislador haya omitido prever esta causal de desafiliación –prescrita en el artículo 65° de nuestra Norma Fundamental–, no quiere decir en modo alguno que los poderes del Estado, órganos constitucionales y entidades administrativas o privadas, puedan sustraerse del cumplimiento del presente precedente vinculante, en la medida que constituye una concretización de la disposición constitucional antes mencionada.

31. Por ello, ante el vacío o deficiencia de una disposición legal, los jueces constitucionales no pueden dejar de administrar justicia, tal como ya se ha señalado, por ser un mandato constitucional establecido en el artículo 139°, inciso 8 de la Constitución, que prevé como uno de los principios de la función jurisdiccional constitucional y ordinaria el de

"(...) no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario".

§5. Sobre el procedimiento a seguir para el supuesto de desafiliación por falta o insuficiencia de información

32. En virtud del artículo 51° de la Constitución, el Tribunal Constitucional debe dejar establecido, respecto a la sentencia 1776-2004-AA/TC, la forma como ésta deberá ser acatada tanto por la SBS como por las propias AFPs.

33. Al respecto, si bien no existe aún un procedimiento de desafiliación para el supuesto de falta o deficiencia de información, este Colegiado estima pertinente precisar que el procedimiento a seguir es el que reconozca el reglamento de la Ley N.° 28991, el mismo que habrá de ajustarse, tal como lo contempla el 4° de dicha Ley citada, a los siguientes criterios:

"El procedimiento de desafiliación no deberá contemplar ninguna restricción a la libertad del trabajador para desafiliarse.

El procedimiento deberá considerar toda la información para que el afiliado tome libremente su decisión. La información relevante considera, por lo menos, el monto de pensión estimado en el SNP y en el SPP, el monto adeudado por el diferencial de aportes y las constancias de haber cumplido con los requisitos de años de aporte para tener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y la ONP, entre otros. Dicho procedimiento será establecido por el Reglamento de la presente Ley, a propuesta de la SBS".

34. Pero hasta ello suceda y en la medida que la eficacia directa de los derechos fundamentales no puede quedar mediatizada hasta la expedición del Reglamento, es constitucionalmente necesario que se aplique supletoriamente el procedimiento establecido en el artículo 52° de la Resolución N.° 080-98-EF-SAFP, en lo que sea pertinente.

35. Aparte de considerarse las precisiones realizadas por este Tribunal en la sentencia 1776-2004-AA/TC, así como en su resolución aclaratoria, en virtud del deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales (artículo 118°, inciso 9 de la Constitución) que dicten los jueces constitucionales, para el inicio del trámite de desafiliación no será necesario presentar solicitud alguna por parte del afiliado, pues en dicha resolución ya viene contenida dicha petición.

36. Asimismo, la ONP está obligada a reincorporar al trabajador al SNP luego de que la SBS declare fundado el pedido de desafiliación. No es admisible constitucionalmente, sobre todo a partir de lo prescrito en los artículos 10° y 11° de la Constitución, que una persona que logra su desafiliación del SPP no pueda gozar luego de su pensión, si le correspondiera.

37. Atendiendo a ello, este Colegiado considera necesario establecer también como precedente vinculante las siguientes pautas respecto al :

a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley N.º 28991 determine; mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52º de la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP, y teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia.

§6. Análisis del caso concreto

38. En el caso de autos, tal como se advierte de la demanda (fojas 21 del Expediente), se ha brindado una deficiente información al recurrente por parte de los promotores de las AFPs –'distorsionada información'–. Por tal razón, debe ser estimada la demanda planteada en el extremo que invoca como causal de desafiliación la falta o insuficiencia de información, prevista como habilitante para el retorno parcial al SNP. Sin embargo, como se ha sostenido a lo largo de la presente sentencia, lo que se permitirá es solamente el inicio del trámite de desafiliación por parte de la AFP demandada y de la SBS, pero no la desafiliación inmediata.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda constitucional de amparo por vulneración al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias; en consecuencia, ordena a la SBS y a la AFP el inicio, a partir de la notificación de la presente sentencia, del trámite de desafiliación conforme a los argumentos desarrollados supra.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de dejar sin efecto de manera inmediata la afiliación realizada y lo demás solicitado por el recurrente.
3. Ordenar la remisión de los actuados a la autoridad administrativa competente para la realización del trámite de desafiliación.
4. Ordenar a la SBS, a las AFPs, a la ONP y a todos los jueces de la República cumplir en sus propios términos los precedentes vinculantes establecidos en los fundamentos 27 y 37 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
MESÍA RAMÍREZ

Exp. Nº 1333-2006-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Jacobo Romero Quispe. Sobre la no ratificación de jueves y el reingreso a la carrera judicial].*

Fecha de Resolución: 8 de enero de 2006
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de febrero de 2007

Resumen: En la presente sentencia se estableció como regla sustancial que el Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154º.2, con el numeral 2º.2, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

Así, pues, el Tribunal sostuvo que podría afirmarse que la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154º de la Constitución dispone, literalmente, que "Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público", mientras que los destituidos por medidas disciplinarias sí pueden reingresar. Al respecto, precisó que la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 2º.2), de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial.

Además, manifestó que la no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que ésta no constituye una sanción, sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años.

Respecto de los alcances del inciso 2) del artículo 154º de la Constitución, el Tribunal Constitucional, al asumir que la no ratificación no representa una sanción, consideró que no puede interpretarse que un magistrado no ratificado se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación. En efecto, sostuvo que si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en uso de su potestad constitucional ejerce el Consejo Nacional de la Magistratura, mal puede concebirse que los no ratificados no puedan volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria.

Bajo esta perspectiva, el órgano colegiado arguyó que como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, queda claro que una lectura razonable del artículo 154º inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del magistrado no ratificado a postular nuevamente a la Magistratura. Finalmente, el Tribunal entendió que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos

por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato.

Temas Claves: Autonomía del Consejo Nacional de la Magistratura - derecho a la igualdad - derecho a la motivación de resoluciones - derecho al debido proceso - ratificación de magistrados.

EXP. N.° 1333-2006-PA/TC
LIMA
JACOBO ROMERO QUISPE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de enero de 2006, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jacobo Romero Quispe contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 168, su fecha 22 de febrero de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de abril de 2004, el recurrente, invocando la violación y amenaza de violación, entre otros, de sus derechos constitucionales a la dignidad, a no ser discriminado, al honor y la buena reputación, al trabajo y a la igualdad ante la ley, interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), a fin de que se declaren inaplicables el Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en la parte que lo declara postulante no apto para el Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos materia de la Convocatoria N.° 002-2003, debido a su condición de magistrado no ratificado; así como la Resolución N.° 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, que declaró infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión. Consecuentemente, solicita se le declare apto para el concurso público para cubrir vacantes de Fiscales Adjuntos Supremos, Vocales y Fiscales Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, Fiscales Adjuntos Superiores, Fiscales Provinciales, Jueces de Paz Letrado y Fiscales Adjuntos Provinciales, materia de la Convocatoria N.° 001-2004-CNM, así como para las futuras convocatorias que realice el emplazado. Manifiesta que el demandado convocó a concurso público para cubrir las plazas de Vocales y Fiscales Supremos (Convocatoria N.° 002-2003-CNM), y que, habiendo cumplido todos los requisitos, postuló a la plaza de Vocal Supremo; que sin embargo, el demandado lo consideró no apto debido a que la Resolución N.° 500-2002-CNM no lo ratificó en el cargo de Juez Mixto del Cono Norte de Lima. Expresa que, interpuesto el recurso de reconsideración, éste fue desestimado mediante la Resolución N.° 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, y que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los jueces y fiscales no ratificados sí tienen derecho a postular nuevamente a la magistratura y, por ende, de acceder a la carrera judicial; que por tanto, no existe impedimento alguno para ser considerado apto como postulante a la Convocatoria N.° 002-2003-CNM, a la Convocatoria N.° 001-2004-CNM, así como a futuras convocatorias.

El Consejo Nacional de la Magistratura contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y manifiesta que la decisión de declarar al recurrente no apto se sustenta en el inciso 2) del artículo 154.° de la Constitución y en el artículo 30.° de su Ley Orgánica; que, respecto a la Convocatoria N.° 002-2003-CNM, el concurso ya concluyó y, por ende, existe una irreparabilidad del supuesto acto lesivo. Consecuentemente, alega que no ha vulnerado derecho constitucional alguno, sino que, por el contrario, ha actuado conforme a la Constitución y la ley. Aduce, además, que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser consideradas vinculantes, pues fueron emitidas por Sala, y no por el Pleno.

El Procurador Público competente contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Alega que de la demanda fluye que no concurren los presupuestos previstos por los artículos 2.° y 3.° de la Ley N.° 23506; que el acuerdo cuestionado no lesiona derechos fundamentales, pues se sustenta en el inciso 2) del artículo 154.° de la Constitución y en el artículo 30.° de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura; que las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que lo obligue a su cumplimiento, y que, en todo caso, existe sustracción de la materia, toda vez que la Convocatoria N.° 002-2003-CNM ya cumplió su finalidad.

El Vigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de octubre de 2004, declaró improcedente la demanda, por estimar que, si bien es cierto el Tribunal Constitucional ha considerado que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente, sea al Poder Judicial o al Ministerio Público, también ha exhortado a una reforma constitucional que defina mejor los contornos de la institución, lo que implica que el inciso 2) del artículo 154.° de la Constitución conserva su eficacia, por lo que tal prohibición debe mantenerse mientras no sea reformada. Con respecto a

las Convocatorias materia de autos, considera que los concursos ya concluyeron, de modo que la violación se ha tornado irreparable; y, con respecto a las convocatorias futuras, estima que no se ha acreditado que la amenaza sea cierta y de inminente ralización.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. Conforme aparece de autos (fojas 13), mediante la demanda de amparo incoada el recurrente persigue, por un lado, que se declaren inaplicables el acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura derivado de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM –Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos–, que lo declara postulante no apto en virtud de que anteriormente no fue ratificado por dicho Colegiado sin motivación alguna –a través de la Resolución N.º 500-2002-CNM, del 20 de noviembre de 2002–, así como la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, que declara infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión, todo lo cual considera que constituye una clara violación de los derechos que invoca; por otro lado, como consecuencia de lo anterior, e invocando la amenaza de violación de sus derechos constitucionales, pretende se le declare apto para efectos de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como para las futuras convocatorias que realice el emplazado.

Consideraciones Preliminares

2. Según se aprecia de los documentos que corren a fojas 2, 3 y 9 de autos, así como de la contestación de la demanda (fojas 66, in fine) el recurrente se presentó como postulante a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos, habiendo sido declarado no apto por ostentar la condición de no ratificado; ante dicha situación, con fecha 19 de enero de 2004 interpuso el recurso de reconsideración de fojas 4 a 7 de autos, el cual fue desestimado por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004 (fojas 9), en aplicación del inciso 2) del artículo 154º de la Constitución, toda vez que en el año 2002 no fue ratificado en el cargo de Juez Mixto del Distrito Judicial del Cono Norte sin motivación alguna, conforme a la Resolución N.º 500-2002-CNM, del 20 de noviembre de 2002.

3. En tal sentido, y en vista de que, según fluye de la parte considerativa de la Resolución N.º 034-2004-CNM, el Consejo Nacional de la Magistratura declaró al actor no apto en su postulación en virtud de lo establecido por el artículo 154.2º de la Constitución –argumento que, por lo demás, ha sido continuamente expuesto por el emplazado, y además ha servido de sustento a las instancias precedentes para desestimar la demanda– conviene reiterar, mutatis mutandi, lo expuesto en el Fundamento N.º 5 de la STC N.º 1941-2002-AA/TC, esto es, que en materia de derechos fundamentales, el operador jurídico no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelando a dicho criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes.

Los pronunciamientos de este Tribunal respecto de los alcances del artículo 154.2 de la Constitución Política del Perú

4. La controversia de autos, respecto de los alcances del artículo 154.º, inciso 2), de la Ley Fundamental, no es una materia nueva para este Colegiado. En efecto, en las STC N.ºs 1941-2002-AA/TC, 1525-2003-AA/TC, 2731-2003-AA/TC, y más recientemente, a través de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

5. Así, este Tribunal ha sostenido que podría afirmarse que la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución dispone, literalmente, que "Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público", mientras que los destituidos por medidas disciplinarias si pueden reingresar. Al respecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2º, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial.

6. La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, como se ha expuesto, ésta no constituye una sanción, sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años.

7. Tal es la interpretación que se debe dar a aquella disposición constitucional ("Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público"), pues, de otra forma, se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria; produciendo así un trato desigual injustificado. Por ello, sin perjuicio de exhortar al órgano de la reforma constitucional a que sea éste el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la

institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación, este Colegiado considera que tales magistrados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.

8. Lo expuesto en los Fundamentos 5 a 7 constituye la posición de este Colegiado respecto de los alcances del inciso 2) del artículo 154.° de la Constitución. Quiere todo ello decir, en resumidas cuentas, que si se asume que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, un magistrado no ratificado se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación. En efecto, si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en ejercicio de su potestad constitucional ejerce la institución emplazada, mal puede concebirse que los no ratificados no puedan volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.° inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.

9. En tal momento, conviene señalar que en la STC N.° 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional ya se ha referido en forma, por demás extensa, a las características y parámetros a seguir, a las funciones constitucionales y a las garantías de la tutela procesal efectiva en el proceso de ratificación, así como a las consecuencias de la no ratificación. En ese sentido, no es el objetivo de este Colegiado reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, y en vista de los alegatos del Consejo Nacional de la Magistratura, efectuar las precisiones que a continuación se explican, y que resultan pertinentes a efectos de resolver la controversia de autos.

10. En principio, y dado que a fojas 66 de autos el Consejo Nacional de la Magistratura alega que las sentencias expedidas por este Colegiado no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que la obligue a su cumplimiento (sic), cabe formular algunas precisiones previas.

11. Por un lado, en la STC N.° 3741-2004-AA/TC este Colegiado ha establecido las diferencias entre la llamada jurisprudencia constitucional, presente desde la anterior legislación sobre procesos constitucionales, y el precedente vinculante, de reciente incorporación en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y la Primera Disposición General de la Ley N.° 28301, Orgánica de este Tribunal, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

12. Y, por otro lado, cabe reiterar que en el Fundamento N.° 8 de la STC N.° 3361-2004-AA/TC, que estableció un precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, dejó claramente sentada su posición en el sentido de que "(...) los criterios establecidos por este Tribunal constituyen la interpretación vinculante en todos los casos de no ratificaciones efectuadas por el CNM con anterioridad a la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano. En dichos casos, los jueces están vinculados y deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la fecha de publicación, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación que este Colegiado había efectuado respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud del artículo 154.°, inciso 2), de la Constitución". Asimismo, este Colegiado declaró expresamente, en la parte resolutiva, que el susodicho Fundamento N.° 8 tiene fuerza vinculante.

13. Hechas la precisiones, cabe puntualizar, complementariamente a lo establecido por este Tribunal, tanto en la STC N.° 3361-2004-AA/TC, como en anteriores pronunciamientos, que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial como consecuencia de la no ratificación (interpretación literal) implicaría, además, una especie de inhabilitación al magistrado no ratificado, para siquiera postular, y mucho menos acceder, a la carrera judicial.

14. No debe perderse de vista que el proceso de ratificación de magistrados resulta ser un proceso sui géneris, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio inciso 2) del artículo 154.° de la Constitución, como el artículo 30.° de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, dicho proceso es independiente de las medidas disciplinarias. Es, pues, un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al cabo del período de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo, criterios que serán sustentados con los documentos presentados por el propio evaluado, y los recabados a petición del Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, los fundamentos o razones que condujeron a la no ratificación deberán ser tomados en cuenta para efectos de una nueva postulación, lo cual no

puede implicar una restricción, de plano, de acceso a la magistratura. Evidentemente, entiende este Tribunal, que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato.

Análisis del Caso Concreto

15. Conforme a lo expuesto en el Fundamento N.º 1, supra, dos son las cuestiones que entraña la demanda de autos: por un lado, la denunciada violación de los derechos del actor, constituida por la declaración de no apto para la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, así como la Resolución N.º 034-2004-CNM; y, por otro, la amenaza de violación de sus derechos constitucionales, para efectos de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM y las futuras convocatorias que realice el emplazado Consejo Nacional de la Magistratura.

16. Si bien es cierto, que, respecto de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N.º 034-2004-CNM, la vulneración invocada se habría tornado irreparable, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, y atendiendo al agravio producido, corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda de autos.

17. Consecuentemente y atendiendo al agravio producido, el Tribunal Constitucional no sólo puede, sino que debe emitir pronunciamiento respecto de la controversia planteada.

La invocada violación de los derechos constitucionales: La Convocatoria N.º 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N.º 034-2004-CNM

18. Como ya se ha adelantado, respecto de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N.º 034-2004-CNM, la vulneración invocada se ha tornado irreparable, en la medida en que a la fecha de vista ante este Tribunal, el concurso público correspondiente culminó con el acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 9 de marzo de 2004, lo cual, como ha quedado dicho, no impide emitir un pronunciamiento de fondo.

19. No obstante ello –la irreparabilidad manifiesta– y con arreglo a lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 4 a 14, supra, el Tribunal Constitucional estima que la decisión de declarar al recurrente como no apto para efectos de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM –Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos– debido a su condición de no ratificado, resulta contraria al inciso 2) del artículo 2.º de la Constitución –derecho a no ser discriminado–, toda vez que, asumida la tesis de que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, el postulante se encuentre impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación, cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º, inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.

20. En tal sentido, y al margen de que en el presente extremo de la demanda exista una situación de irreparabilidad, es necesario, en atención al agravio producido, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, declarar fundada la demanda, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación de los derechos constitucionales lo cual, evidentemente, resulta imposible, sino con el propósito de evitar, a futuro, que el hecho de no haber sido ratificado no se esgrima como causal, impedimento u obstáculo para postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público y, por ende, para sortear las etapas de eventuales procesos de selección y nombramiento de magistrados.

La invocada amenaza de violación de los derechos constitucionales : Las futuras convocatorias del Consejo Nacional de la Magistratura

21. De igual manera sucede con la Convocatoria N.º 001-2004-CNM y el correspondiente concurso público –que al momento de interponerse la demanda de autos aún no se había iniciado– toda vez que, a la fecha de vista ante este Colegiado, el proceso de selección y nombramiento de magistrados materia de dicha convocatoria ya ha culminado, con lo cual la amenaza invocada ha devenido en irreparable. Sin embargo, y conforme a lo anterior (Fundamentos N.ºs 19 y 20), queda claro que existía una posibilidad real y concreta de que el recurrente sea declarado no apto por ostentar la condición de no ratificado y, por ende, una amenaza cierta e inminente de violación de su derecho constitucional a no ser discriminado.

22. Por lo demás, el recurrente también manifiesta que, respecto de las futuras convocatorias que efectúe el Consejo Nacional de la Magistratura, existe una amenaza de violación de sus derechos constitucionales.

23. En tal sentido y, teniendo en cuenta que, como se ha visto anteriormente, el recurrente ya ha sido descalificado – declarado no apto para el Concurso Público materia de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM– debido a su condición de no ratificado inmotivadamente, el Tribunal Constitucional estima, en concordancia con lo expuesto a lo largo de la presente sentencia, que resulta evidente la existencia de una amenaza de violación del derecho constitucional a no ser discriminado, previsto en el inciso 2) del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú, toda vez que, asumida la tesis de que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, el postulante se encuentre impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva

postulación, cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.°, inciso 2), no pude impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.

El precedente vinculante extraíble en el presente caso

24. Con el objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente en el artículo VII del Título Preliminar, al establecer que "Las sentencias del Tribunal que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)". De este modo, y conforme a lo expuesto en la STC N.° 3741-2004-AA/TC, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto. En ese sentido, el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente.

25. Bajo tales precisiones, este Tribunal estima que, sobre la base de lo expuesto a lo largo de la presente sentencia, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

a. Regla Procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, cuando se estime una demanda por violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición de la propia Constitución por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, no obstante ser manifiestamente incongruente con ella misma o con la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los magistrados no ratificados que deseen postular nuevamente a la magistratura.

b. Regla sustancial: El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2°, con el numeral 2.2°, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo en el extremo referido a la Convocatoria N.° 002-2003-CNM, la Resolución N.° 034-2004-CNM y la Convocatoria N.° 001-2004-CNM, de acuerdo con lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1.° del Código Procesal Constitucional, y conforme a lo expuesto en los Fundamentos N.os 18 a 21, supra.

2. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo en el extremo referido a la invocada amenaza de afectación de los derechos constitucionales materia de la demanda, respecto de las futuras convocatorias a concurso público que efectúe el Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a lo expuesto en el Fundamento N.° 23, supra; en consecuencia,

3. Declarar, conforme a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que la presente sentencia y, en particular, los Fundamentos N.os 4 a 14, como las reglas contenidas en el Fundamento N.° 25, supra, constituyen precedente vinculante.

4. Ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, y a todos los jueces de la República, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal, en el sentido de que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público y, por tanto, de reingresar a la carrera judicial.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

EXP. N.° 1333-2006-PA/TC
LIMA
JACOBO ROMERO QUISPE
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

El proceso de amparo promovido por don Jacobo Romero Quispe contra el Consejo Nacional de la Magistratura, con el objeto de que se declare inaplicable el Acuerdo del Pleno que lo declara postulante no apto para el concurso destinado a cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos, es oportunidad propicia para precisar,

conforme lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional de la que este fundamento de voto es parte integrante, los procedimientos que deben ser aplicados en la selección de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público; pero, en mi concepto, también para analizar, resumidamente, los precedentes históricos, constitucionales, legales y fácticos que conciernen a la administración de justicia.

Con frecuencia se estudia desde la óptica puramente teórica las funciones que son asignadas a los poderes y órganos constitucionales y legales en cada una de las Constituciones, habitualmente numerosas, con las cuales ha discurrido y discurre la vida de las naciones que integran la América Latina. Cuando no se confronta la teoría constitucional con la realidad, histórica y actual, de dichas naciones, se llega, sin duda, a conclusiones equivocadas. Las Constituciones han servido, salvo pocas excepciones, para distorsionar la verdad que los pueblos han debido afrontar.

I. LAS CONSTITUCIONES

El 17 de diciembre de 1823, la Junta Gubernativa del Perú, integrada por José de La Mar, Felipe Antonio Alvarado y el Conde de Vista-Florida dispuso se ejecute, guarde y cumpla, en todas sus partes, las Bases de la Constitución Peruana, aprobada por el Congreso Constituyente, instalado el 20 de setiembre de 1821. En ese Congreso tuvieron destacada participación Juan Antonio de Anduela, su presidente, y los representantes Javier de Luna Pizarro, José Faustino Sánchez Carrión, Gregorio Luna, Toribio Rodríguez de Mendoza, José Gregorio Paredes, Hipólito Unanue y muchos más.

En el artículo 10 de dichas Bases se declaró que

El principio más necesario para el establecimiento y conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes, que deben deslindarse, haciéndolas independientes unas de otras.

En el artículo 17 de las mismas Bases se estipuló que

El poder judiciario es independiente. Los jueces son inamovibles y de por vida. En las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho será reconocido y declarado por jurados, y la ley se aplicará por los jueces.

El sistema de los jurados, institución propia del derecho penal anglosajón, no se aplicó en el Perú, a pesar de que varias de nuestras Constituciones lo establecieron.

En el Perú, la presencia militar en las mutaciones constitucionales resulta evidente: de las doce Constituciones, nueve fueron promulgadas por militares. El mariscal Torre Tagle promulgó la Constitución de 1823; el mariscal Santa Cruz, la de 1826; el mariscal La Mar, la de 1828; el mariscal Orbegoso, la de 1834; el mariscal Gamarra, la de 1839; el mariscal Castilla, las de 1856 y 1860; el general Prado, la de 1867; y el General Sánchez Cerro, la de 1933. Las Constituciones de 1920 y 1993 lo fueron por los regímenes autoritarios de Leguía y Fujimori; y la de 1979 por Haya de la Torre, presidente de la Asamblea Constituyente, que coexistió con el gobierno militar del general Francisco Morales Bermúdez.

Si se aplicara, por analogía, los conceptos de la Física, conforme a los cuales hay una fuerza centrípeta, que atrae, y una fuerza centrífuga, que expande, podría sostenerse que, en diversa medida, los gobiernos autoritarios, que concentran el poder, ejercen fuerzas centrípetas; y los gobiernos democráticos, que distribuyen el poder, ejercen fuerzas centrífugas.

II. EL PODER JUDICIAL

Desde principios de la República, la Corte Suprema fue establecida en la capital de la República, pero transitoriamente funcionó en Trujillo. Además, fueron creadas las Cortes Superiores de Trujillo, Arequipa y Puno.

1. En la Constitución de 1823

La vocación democrática del Perú fue ratificada por la Constitución de 1823, declarando que

Artículo 27°.- El Gobierno del Perú es popular representativo.

Artículo 28° Consiste su ejercicio en la administración de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judiciario, en que quedan divididas las principales funciones del Poder Nacional.

Artículo 29°.- Ninguno de los tres Poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos.

Empero, la realidad vivida por nuestra República acredita lo contrario.

En efecto, los golpes de Estado, francos o encubiertos, y los fraudes electorales determinaron que el sueño de nuestros próceres no se concretara, sino en muy pocas ocasiones. La usurpación de la Presidencia de la República incluyó la disolución del Congreso o su sumisión; y el Poder Judicial fue víctima constante de los otros Poderes.

La Constitución de 1823 se ocupó del Poder Judiciario (Capítulo VIII). Declaró que reside exclusivamente en este Poder y en los Tribunales de Justicia y Juzgados subalternos en el orden que designen las leyes; que los jueces son inamovibles y de por vida, si su conducta no da motivo para lo contrario conforme a ley; y que habrá una Corte Suprema de Justicia que residirá en la capital de la República, compuesta de un Presidente, ocho Vocales y dos Fiscales, divididos en las Salas convenientes. La Constitución no determina qué ciudad es la capital de la República, ni indica cuántos Vocales componen cada Sala, pero hay que inferir –dado el número de Vocales– que serían sólo dos Salas integradas por tres Vocales. El otro Vocal y el Presidente intervendrían en los casos de vacancia, enfermedad, impedimento u otra causal.

Asimismo, la Constitución de 1823 estableció los requisitos para ser Vocal o Fiscal de la Corte Suprema; a saber: ser mayor de cuarenta años, ciudadano en ejercicio, haber sido "individuo" de alguna de las Cortes

Superiores y, entre tanto se constituyeran, abogados en ejercicio cuando menos durante diez años y con reputación notoria.

Dentro de las 24 horas de producida la detención de una persona debía hacérsele conocer la causa de su detención y toda omisión hacía a su autor responsable de atentado de la libertad personal.

Paralelamente fue constituido el Tribunal de Seguridad Pública, encargado de investigar y sancionar los delitos de sedición, traición e infidencia.

Mariano Felipe Paz Soldán ("Historia del Perú Independiente", tomo segundo, pag. 38) escribe que

Para garantizar la buena administración de justicia y hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, dictó (Bolívar) el famoso decreto de responsabilidad, que subsistió por muchos años (31 de Mayo de 1824). Según este decreto los Jueces y Magistrados no sólo eran responsables por sus faltas como jueces sino también como hombres, si eran irreligiosos, incontinentes, ebrios o inmorales; pudiendo ser acusados por acción popular. El artículo 7° penaba con el pago de costas y perjuicios, y suspensión del empleo y sueldo por un año al Magistrado o Juez que por falta de instrucción o descuido faltara contra ley expresa o contraviniera los trámites legales del proceso. La reincidencia se castigaba con la privación del empleo e inhabilidad de obtener ningún cargo judicial. Tan severa ley debía producir graves consecuencias, sirviendo de arma poderosa, en determinados casos, manejada por hombres de pasiones violentas o instrumentos del poder.

Nada es más funesto que el deseo de ostentar severidad en el cumplimiento de la ley cuando no sirve de guía la prudencia; particularmente cuando aquella no tiene todos los caracteres de verdadera ley. La Corte Suprema de Justicia, instalada cuatro meses antes (Febrero 8 de 1824) deseaba dar un ejemplo que fuera el trueno de un rayo que estremeciera a la América entera, aunque sufrieran el rigor de la ley, hombres honrados, buenos ciudadanos, jueces de las mejores aptitudes, porque erraron en orden del proceso... La ocasión se presentó luego. Un comerciante inglés olvidó consignar en el manifiesto de la carga del buque tres fardos de brines que fueron trasbordados con el apuro y desorden consiguientes al estado de bloqueo, y deseando enmendar su falta, antes de desembarcar la carga, la manifestó al Administrador de la Aduana del Callao; éste no se creyó autorizado, y consultó al Gobierno; el Ministerio remitió el expediente al Juez de Primera Instancia, quien sin más pruebas que las dichas, y sin darle audiencia declaró haber caído en comiso los tres fardos de brines. Fueron los autos por apelación a la Corte Superior; el Fiscal manifestó en vano lo injusto de la sentencia, por cuanto era evidente la buena fe del comerciante y la nulidad de lo actuado, la Corte Superior sólo tuvo presente el decreto Dictatorial sobre contrabando, y en vista y revista, sin oír al comerciante confirmó la sentencia de Primera Instancia. Interpuesto el recurso de nulidad, la Corte Suprema declaró, en 31 de Mayo, nulo todo el proceso, por no haberse oído al interesado; y fundándose en el artículo 7° del decreto Dictatorial sobre responsabilidad, suspendió a los Vocales que conocieron de la causa, y como intervinieron todos los Vocales quedaron suspendidos sin sueldo y disuelto de este modo todo el Tribunal, recibiendo así esos Magistrados la pena de la severidad extrema con que procedieron contra un comerciante que omitió una formalidad de reglamento. Si los procedimientos del de Primera Instancia y de la Corte Superior alarmaron al comercio, la Corte Suprema conmovió a la comunidad entera, y a todo el Poder Judicial por la ostentación que hizo de su severidad. El Gobierno lo conoció y sin esperar el año de suspensión mandó reponer al Juez y Vocales a los tres meses, el día del aniversario de la entrada del Libertador en Lima (Setiembre 2), pero éstos habían solicitado el juicio de responsabilidad contra los Vocales de la Suprema-

Entre los Vocales suspensos estaba el inflexible y honrado Dr. D. Mariano Alejo Alvarez el cual al recibir el aviso para que volviera a ocupar su puesto, se negó manifestando enérgicamente al Gobierno que era preciso antes someter a juicio a los Vocales de la Suprema y reformar el decreto Dictatorial de responsabilidad, pues no habiendo mortal alguno tan infalible que a veces no errara, "Era tener siempre sobre la cabeza la espada colgada de un pelo" y no faltaría ocasión para que se repitieran iguales vejaciones; renunció pues como ultrajante la reposición, que parecía un indulto, por el día en que se decretó... A este mismo Magistrado que meses antes fue nombrado Auditor de Guerra atendiendo a su distinguido mérito, probidad, luces y patriotismo se le destituyó so pretexto de su reposición a la Vocalía; pero en realidad porque no era humilde instrumento del Gobierno; reclamó con igual energía del despojo que se le infería, aunque conocía que toda gestión en el particular era inútil en la actualidad; más protestaba para cuando llegara el día del juicio del Perú.

Con motivo del asesinato del coronel Bernardo Monteagudo, que fue Ministro de Guerra y Marina del gobierno del Protector San Martín y también cercano colaborador de Bolívar, ocurrido en extrañas circunstancias el viernes 28 de enero de 1823, a inmediaciones del Convento de San Juan de Dios, en pleno centro de Lima, el gobierno dictatorial interfirió la autonomía de la Corte Suprema. Respecto del proceso judicial instaurado, extensa y documentadamente descrito por Mariano Felipe Paz Soldán ("Testimonios Peruanos sobre el Libertador", Caracas, Imprenta Nacional, 1964, pag. 77), es ilustrativo el oficio que el 26 de marzo de 1825 dirigió el presidente de la Corte Suprema, doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, al vocal de dicha Corte, doctor Fernando López Aldana, y a los vocales de la Corte Superior de Lima, doctores José Larrea y Loredo y Francisco Valdivieso, manifestándoles que

S. E. el Libertador me ordena forme un tribunal especial para que se conozca la causa del asesinato cometido en la persona del señor Coronel D. Bernardo Monteagudo. U. S. debe ser primer Vocal de este Tribunal. No se admitirá excusa ni excepción de cualquier naturaleza que sea contra esta determinación. El Estado se halla comprometido y es preciso examinar el origen de un suceso, que puede ser

de mayor trascendencia. Los talentos de U. S., su práctica en los negocios, su justificación, llenarán de confianza al Jefe Supremo. Todo lo que hasta aquí se ha actuado en el proceso, se tendrá en clase de pura instrucción. La causa ha de organizarse de nuevo, sin que el Tribunal quede sujeto a términos ni ritualidades civiles, sino únicamente a las que son de derecho natural, y que, omitidos, causen nulidad notoria. Ampliará, limitará, abrirá las confesiones según le parezca oportuno, recibirá testigos antes o después de la prueba, y sólo tendrá por objeto hallar la verdad. Esto no quiere decir que a los reos se les niegue su defensa, por el contrario, cuando pidan y soliciten conducente a ellos, será concedido. S. E. no tiene prevención contra ninguna persona; desea del mismo modo que el crimen se castigue, como que el inocente se restituya a su libertad y fortuna. Quedan habilitados los días de la Semana Santa, exceptuando el Domingo de Ramos, Jueves y Viernes Santo y Domingo de Pascua. No hay hora ni tiempo señalado. El Tribunal podrá formarse por la mañana, tarde o noche, según se contemple necesario. Allí también se harán los careos, sentados los señores según estilo; en cuyo caso, los señores Fiscales podrán hacer al señor Presidente todas las advertencias que convengan. Para el efecto se proporcionará una de las Salas de la Corte Superior, lo que prevendré al señor Presidente de ella.

Cuantas dudas puedan resultar, o auxilios se necesiten, me lo participará U. S. inmediatamente, siendo el ánimo de S. E. que nada se omita, ni dilate. Tengo el honor de ofrecer a U. S. mis respetos. Dios guarde a U. S. – Manuel Vidaurre.

El referido Presidente de la Corte Suprema designó, además, fiscales a los doctores Mariano Alejo Álvarez y José María Galdeano.

El Libertador Bolívar no respetó, pues, la autonomía del Poder Judicial. El Presidente de este Poder se esmeró en cumplir la orden que recibió e interpretar el "ánimo" de Bolívar. No existía, en esa época, ningún principio relacionado con el "juez natural" ni con el "debido proceso". El Tribunal que se avocó a ese proceso estuvo integrado por un Vocal Supremo y por dos Vocales Superiores, designados por Bolívar.

Paz Soldán, en su aludido artículo, comenta que

Teníamos Tribunales y Juzgados ordinarios para conocer las causas criminales; los reos no gozaban de fuero privilegiado; sin embargo, se les juzgaba por comisiones especiales, contrariando las leyes vigentes; pero entonces existía la Dictadura y ante su voz callan las Leyes...

Concluye Paz Soldán que

Ni Bolívar pudo jamás ser aleve asesino, ni su Ministro prestarse de ciego instrumento de un crimen, del cual no le redundaba beneficio, ni perverso placer de la venganza, porque no tuvo motivo para ello.

En nuestra naciente República mantenían vigencia las disposiciones legales (además de muchos usos y costumbres) que rigieron en la Colonia. El artículo 121° de la Constitución de 1823 dispuso literalmente que

Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio.

Esa norma fue reiterada en el artículo 131° de la Constitución de 1828.

2. En la Constitución de 1826

La Constitución de 1826, de efímera vigencia, pues fue promulgada el 9 de diciembre de 1826 y abolida el 28 de enero de 1827, o sea a los cincuenta días, configuró la estructura del Estado sobre cuatro Poderes: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Electoral fue el universo de electores. El Poder Legislativo tricameral: Tribunos, Senadores y Censores. El Poder Ejecutivo tenía un Presidente elegido por colegios electorales y, a su propuesta, un Vicepresidente designado por el Congreso. El Poder Judicial estaba integrado por la Corte Suprema, las Cortes de Distrito Judicial y los partidos judiciales.

En relación con el Poder Ejecutivo, en la Constitución de 1826, el propio Paz Soldán (("Historia del Perú Independiente", tomo segundo, página 80) comenta que

El Cuerpo Legislativo parecía formado según principios republicanos; pero el Ejecutivo era un verdadero monarca, con facultades más amplias que un Rey Constitucional; en efecto el ejercicio del Poder Ejecutivo residía en el Presidente y Vice-Presidente de la República y cuatro Secretarios de Estado.

El Presidente era Vitalicio irresponsable; proponía a las Cámaras al Vice-Presidente, pero lo podía separar a su arbitrio; nombraba todos los empleados del Ejército, Marina y de Hacienda. Sus demás atribuciones eran las comunes a todo Ejecutivo. El Vice-Presidente era el Jefe o Presidente del Ministerio, y firmaba, a nombre del Presidente de la República, todos los negocios de la administración con el Secretario del Ramo.

Los Secretarios de Estado y el Vice-Presidente eran responsables y amovibles; y ninguna orden se obedecía sin estar autorizada por el Vice-Presidente y el Secretario del ramo.

La Carta de 1826 redujo la competencia de los Tribunales y Juzgados (artículo 97°) a la aplicación de las leyes existentes. Nada dispuso sobre la eventual contradicción entre la Constitución y las leyes.

Los magistrados y jueces duraban en sus funciones "tanto cuanto duren sus buenos oficios (artículo 98°). En otras palabras: eran vitalicios, siempre que fueran honestos.

No podría suspenderse a los magistrados y jueces de sus empleos, sino en los casos determinados por las leyes. La suspensión de los magistrados supremos y superiores era atribución de la Cámara de Senadores; y la de los jueces, prerrogativa de las Cortes Superiores, con previo conocimiento del Gobierno; vale decir que, sin tal trámite,

no surtía efecto la suspensión. Había el recurso de acción popular contra toda falta grave de los magistrados y jueces, el cual podía ejercerse en el plazo prescriptorio de un año ante el Cuerpo Electoral.

Se impartiría la justicia a nombre de la Nación.
La Corte Suprema estaría compuesta de un Presidente, seis Vocales y un Fiscal, dividida en las Salas convenientes. Sólo podían, en consecuencia, habilitarse dos Salas de tres Vocales cada una. Ambas Salas compartían al Fiscal. En relación con la Carta anterior, se redujo de dos a uno el número de Fiscales.

Para ser "individuo" del Supremo Tribunal se requeriría tener 35 años (o más), ser ciudadano en ejercicio, y haber sido miembro de "algunas de las Cortes de distrito judicial". Resolvía el Supremo Tribunal sobre la separación de los Magistrados de las Cortes de distrito judicial y Prefectos departamentales.

La Corte Suprema, o Tribunal Supremo, conocerían en última instancia los asuntos contenciosos que llegaran a su conocimiento.
En provincias, los "partidos judiciales" se establecerían proporcionalmente iguales.
La misma Constitución de 1826 disponía que los Jueces de paz, en cada pueblo, tenían la finalidad de buscar la conciliación entre las partes, para evitar los juicios. Los Jueces de Paz se renovaban cada dos años.

También permitía la Carta de 1826 que cualquier persona arrestara a un delincuente infraganti.

Miguel Antonio de la Lama ("Ley Orgánica del Poder Judicial", Librería e Imprenta Gil, Lima, 1912, pag. 21) refiere que
En el supremo decreto sobre responsabilidad de los funcionarios, de 1º de Agosto de 1826, se declara: que la responsabilidad civil de los jueces tiene lugar por infracción de ley expresa o por inversión del orden público y sustancial de los juicios (arts. 7 a 9). En el artículo 7 de la ley reglamentaria del Tribunal de los Siete Jueces, de 5 de setiembre de 1831, se dice: que esta responsabilidad nace de los abusos del poder, que no induzcan criminalidad. Con motivo de una consulta sobre responsabilidad de los magistrados, se resolvió en 6 de Junio de 1837: que si la responsabilidad provenía de delito, la causa era de hecho; pero que en lo civil, era de puro derecho, pues en la infracción de ley expresa y terminante está el vicio del proceso o la nulidad de manifiesto; y en ese caso no puede haber errores ni opiniones, sino infracción de ley terminante y expresa.

3. En la Constitución de 1828

La Constitución de 1828, considerada la mejor lograda de nuestras primeras Cartas, organizó la República con los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Judicial, regulado en el Título Sexto, fue definido como independiente, y su ejercicio, encargado a Tribunales y Jueces. Los Jueces eran perpetuos, o sea vitalicios, y no podían ser destituidos sino por juicio y sentencia legal.

Sin embargo, por resolución de 17 de julio de 1829, el gobierno del general La Fuente destituyó al presidente de la Corte Superior de Arequipa, Manuel Ascencio Cuadros. Cuadros fue repuesto por el Congreso y elegido en 1831 presidente de esa Corte Superior.

La misma Constitución determinó que la Corte Suprema funcionaría en la capital de la República, las Cortes Superiores en las capitales de departamento y los jueces de primera instancia en las capitales de provincia. La Corte Suprema estaba compuesta de siete Vocales y un Fiscal, pero correspondía al Congreso la facultad de aumentar su número según conviniera.

El artículo 112º de la Constitución de 1828 dispuso que
Para hacerse efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema o de alguno de sus miembros, nombrará el ingreso en el primer mes de las sesiones ordinarias de cada bienio, un Tribunal de siete Jueces y un Fiscal sacados por suerte de un número doble, que elegirá a pluralidad absoluta de letrados que no sean del Congreso.

El Tribunal de los Siete Jueces fue regulado legalmente en 1831.
Por ley de 26 de marzo de 1831 se diseñó un procedimiento breve para que los jueces tramitaran y resolvieran los procesos por delitos de hurto, robo y homicidio calificado. Por decreto de 20 de junio de 1855 y ley de 19 de abril de 1856 se ampliaron los efectos de aquella ley a los procesos de traición a la patria y contra el orden público.

Basadre ("Historia de la República del Perú, Editorial Universitaria, 6ª. Edición, Lima, tomo I, pag.54) reseñó que
La Constitución de 1828 declaró la propiedad de los empleos judiciales y determinó el medio de proveer las plazas sobre la base de la representación departamental. Las juntas departamentales debían formar ternas en el caso de las Cortes Superiores y listas dobles de tres elegibles para la terna que correspondía hacer al Senado cundo se trataba de los vocales de la Corte Suprema. El nombramiento correspondía al Presidente de la Republica, a propuesta de este cuerpo legislativo.

El Congreso y el Poder Ejecutivo procedieron ese mismo año como si tales dispositivos fueran para el futuro y otorgaron la jubilación y otros derechos a varios miembros del Poder Judicial. Sin embargo, la ley aprobada el 14 y promulgada el 20 de junio de 1º828, mandó se procediera a elegir s los Vocales conforme a la Constitución; la Corte Suprema reclamó y a su protesta se sumaron otros elementos pidiendo que las elecciones se hicieran tan sólo para los puestos vacantes. Las juntas departamentales prepararon, sin embargo, las ternas.
A partir de 1829 (año en que se fijó, además el número de vocales de las Cortes Superiores por ley de 15 de setiembre) surgió en el Senado la tendencia a desestimar las reclamaciones por el interés que hasta seis miembros de dicho cuerpo tenían en ejercer las más altas funciones judiciales. En 1831 llegó a ser aprobada en ambas Cámaras una ley, auspiciada por estos pretendientes, para que el Ejecutivo procediera "a dar exacto y puntual

cumplimiento a todas las leyes dictadas para la marcha constitucional del país." (Promulgada el 2 de agosto de 1831). Dicha ley, redactada en términos tan generales,, sólo tuvo su efecto en la renovación del Poder Judicial. De acuerdo con ella, e invocando, además, la ley de 14 de junio de 1828, antes mencionada, el Presidente interino Andrés Reyes dio un decreto que declaró establecida la Corte Suprema sobre la base departamental que fijaba la Constitución y ordenó que el Ejecutivo nombrara sus vocales de la lista de elegibles presentada por el Senado (20 de agosto). En otro decreto de la misma fecha declaró establecidas constitucionalmente las Cortes Superiores de los departamentos de Lima, Cuzco, Arequipa y La Libertad con análogo procedimiento electivo. El 13 de setiembre, en vista de una consulta de la Corte Superior de Lima, el Congreso aprobó una ley que fijó en cuatro los jueces de 1ª instancia de la capital y determinó que la junta departamental formase nuevas listas de elegibles.

Los vocales de la Corte Suprema nombrada por decreto de 20 de agosto de 1831 fueron: por Lima, Manuel Lorenzo de Vidaurre; por La Libertad, Justo Figuerola; por Arequipa, Nicolás de Aranívar; por Ayacucho, Mariano Alejo Alvarez; por Puno, Felipe Corbalán; por el Cuzco, Diego Calvo; y por Junín, Evaristo Gómez Sánchez. Quedaron entonces vacantes los cargos de los vocales Felipe Santiago Estenós, José María Galdiano, Fernando López Aldana y Manuel Vicente Villarán, quienes se reunieron en sesión plenaria el 23 de agosto, al día siguiente de la transcripción de dicho decreto y dejaron constancia de su protesta contra lo que llamaron "atropello que se infería a la majestad del Poder Judicial."

4. En la Constitución de 1834

La Constitución de 1834 fue explícita en normar, dentro del Título Sexto, al Poder Judicial. Declaró, en efecto, como la Carta precedente, que el Poder Judicial es independiente, que la duración de los Jueces es en razón de su buen comportamiento y que no podían ser destituidos sino por juicio y sentencia legal.

La Corte Suprema debía componerse de un Vocal de cada uno de los departamentos que dan Senadores y Consejeros de Estado, y de un Fiscal. Los Vocales elegían, entre ellos, a su Presidente. Los requisitos para ser Vocal o Fiscal Supremo fueron semejantes a los requeridos en las Cartas anteriores. La Corte Suprema debía presentar cada año un informe al Congreso para la mejora de la administración. Conocía, también, de las causas criminales que se formaran al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado y Consejeros de Estado. Los miembros de las Cortes Superiores requerían semejantes calidades a las señaladas en las Cartas de 1823, 1826 y 1828. En cuanto a los jueces de primera instancia, tampoco hubo cambios notables.

Se incluyeron normas sobre la publicidad de los juicios, la prohibición de que otras autoridades se avoquen a causas que están en conocimiento del Poder Judicial y respecto de la responsabilidad de los jueces conforme a ley.

Entre las disposiciones importantes, puede citarse la ley de 20 de junio de 1834, que reguló la tramitación de los procesos en la Corte Suprema, en los casos en que el Congreso declaraba que había formación de causa contra los altos funcionarios del Estado; y la ley de 1° de julio de 1834, que dispuso que el fuero común era competente para juzgar a los autores de los delitos de asalto a los castillos, plazas y cuarteles.

El mismo Basadre (ob. cit. tomo II, pag. 89) decía que La ley de 20 de junio de 1834 dispuso que todo peruano tenía derecho a acusar ante la Cámara de Diputados para hacer efectiva la responsabilidad del Presidente, de los ministros, de los miembros de ambas Cámaras, los consejeros de Estado y los vocales de la Corte Suprema. La acusación debía ser aprobada y firmada, por lo menos, por cuatro diputados. Quedaron fijados plazos brevísimos para la defensa y para la presentación del dictamen. Los acusados podían asistir al debate. La resolución tenía que expedirse en una sola sesión pública permanente. Análogas precauciones fueron adoptadas para cautelar la celeridad de la tramitación de este asunto en el Senado y en la Corte Suprema si había lugar a formación de causa.

5. En la Constitución de 1839

La Constitución de 1839 dedicó los Títulos VI, VII, VIII, IX, X y XI al Poder Legislativo, a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores, a las funciones comunes a ambas Cámaras, a las atribuciones del Congreso y a la formación y promulgación de las leyes, respectivamente; el Título XII al Poder Ejecutivo, el Título XIII al Consejo de Estado y el Título XIV al Poder Judicial. Esta Constitución dio preeminencia, pues, al Poder Legislativo.

En lo que respecta al Poder Judicial, las normas constitucionales fueron repetitivas de las anteriores sobre el ejercicio de ese Poder por los Tribunales y Jueces; sobre la destitución sólo por juicio y sentencia legal; y sobre el funcionamiento de la Corte Suprema en la capital de la República, de las Cortes Superiores, a juicio del Congreso, en las capitales de departamento, y de los Juzgados de Primera Instancia en los distritos judiciales según la división territorial que establezca la ley.

Se fijaba en siete el número de Vocales Supremos, además de un Fiscal, nombrados de la terna doble que presentara el Consejo de Estado al Poder Ejecutivo. Se excluía, por lo tanto, la intervención del Congreso.

Las atribuciones de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores, de los Juzgados de Primera Instancia y de los Jueces de Paz son, esencialmente, semejantes a las fijadas en la Cartas anteriores.

Basadre (ob. cit. tomo II, pag. 285), haciendo un resumen de las Cartas Políticas, recordaba que

La Constitución de 1823 creó la Corte Suprema de Justicia, Cortes Superiores y jueces de derecho para la primera instancia. En los juicios criminales dispuso que hubieran jurados que resolviesen sobre los hechos; a los jueces de derecho correspondía aplicar la pena correspondiente. No estableció pauta alguna para los nombramientos

judiciales. Señaló la inamovilidad de los magistrados mientras observasen buena conducta. Declaró que subsistirían las leyes españolas mientras se dictaban los códigos propios y siempre que no se opusieran a los principios proclamados por la Independencia. Prohibió la abreviación de trámites. Suprimió la confiscación de bienes y toda pena cruel e infamante. Producirían acción popular contra los jueces el soborno, la prevaricación, el cohecho, la festinación o suspensión de las formas judiciales, el procedimiento ilegal contra la libertad individual y la seguridad del domicilio.

La Constitución de 1826 declaró que los tribunales y juzgados no ejercían otras funciones que la de aplicar leyes existentes. Durarían los magistrados y jueces tanto cuanto durasen sus buenos servicios. No podían ser suspendidos de sus empleos sino en los casos determinados por las leyes; sus faltas graves daban lugar a acción popular. En cuanto a los Vocales de la Corte Suprema (que debían ser seis), el Senado propondría una lista de candidatos de la cual el Ejecutivo formaba una terna simple y la Cámara de Censores elegiría a uno de los propuestos. Los magistrados de primera y segunda instancia debían ser nombrados por el Senado a propuesta del respectivo cuerpo electoral. Habría jueces de paz en cada pueblo. Quedaba abolido el recurso de injusticia notoria, con lo cual se ratificó un dispositivo similar de 1823. En las causas criminales el juzgamiento sería público, el hecho reconocido y declarado por jurados (cuando se establecieran) y la ley aplicada por los jueces.

La Constitución de 1828 ratificó la independencia del Poder Judicial.

La Constitución de 1834 ratificó también los principios y normas ya establecidos. Conservó la designación de los Vocales de la Corte Suprema por departamentos. Serán elegidos por el Congreso de las listas enviadas por los colegios electorales. El Fiscal de la Corte Suprema, en cambio –y esto fue una innovación- sería nombrado por el Ejecutivo a propuesta, en terca simple, de la propia Corte. Igual procedimiento quedó establecido para los fiscales de las Cortes Superiores.

Por decreto de 2 de mayo de 1836 fue disuelta la Corte Suprema y se creó un tribunal provisorio supremo de justicia en el Estado Nor-Peruano. El decreto de 20 de agosto de 1839 estableció una Corte Suprema en el Estado del Sur.

Fue, pues, la de 1836 –apenas a 15 años de la independencia del Perú- la primera intervención política en el funcionamiento del Poder Judicial.

Basadre (ob cit., tomo II, pag. 196) expuso, en efecto, que
Una de las expresiones de la tendencia drástica de la Restauración estuvo en los decretos y leyes sobre el Poder Judicial. Gamarra, como Presidente Provisorio, hizo algunos nombramientos en ese ramo. Las leyes de 10 y 13 de setiembre de 1839, expedidas por el Congreso de Huancayo, lo autorizaron para nombrar, trasladar y remover al personal de la magistratura cuando lo exigiese la conveniencia pública. El decreto de 26 de setiembre del mismo año, refrendado por el ministro Benito Laso, señaló la nueva lista de vocales y fiscales de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Lima y Arequipa y de los jueces de alzadas del Consulado. Para un decreto separado quedaron aplazados los arreglos en relación con la Corte de La Libertad y los juzgados de primera instancia de la República (Decreto de 8 de noviembre de 1839).

En cuanto a la Corte Suprema, fue ratificado el decreto de 1º de marzo de 1839. Su personal quedó compuesto por Mariano Alejo Alvarez, Nicolás Aranívar, Justo Figuerola, Santiago Corbalán, José Freyre, Benito Laso, José Maruri de la Cuba y el fiscal Manuel Pérez de Tudela.
La fuerza militar alteró más tarde nuevamente el orden existente en el Poder Judicial y en el país, después que emergieran regímenes políticos en 1855, 1866 y 1930.
Empero, vigente la Constitución de 1839, el gobierno del general Gamarra intervino también el Poder Judicial en 1844. Se puso de manifiesto, así, que los avatares políticos y los intereses mediáticos estaban por encima de los preceptos constitucionales.

Basadre (ob. cit., t. III, pag. 70) indicaba que
Uno de los episodios de la vida administrativa durante el período de la Junta Gubernativa del Sur se relacionó con el Poder Judicial. Por un decreto que élla expidió el 12 de octubre de 1844 nombró vocales y jueces en el distrito de Arequipa castigando a los vivanquistas. Pero cuando el Congreso de 1845 aprobó en octubre de aquel año sus actos, hizo una excepción con los que no habían observado las respectivas ternas. De allí provino, poco después, que Andrés Martínez y Luis Gómez Sánchez, prohombres del Directorio, fuesen repuestos en sus vocalías de la Corte Superior de Arequipa por Castilla que, como Presidente de la Junta los había destituido. La Junta había designado a Tomás Dávila como castigo para la judicatura de Tarapacá; pero fue repuesto a la de Moquegua por no haberse observado en aquel nombramiento las fórmulas prevenidas por la Constitución. Dávila fue luego una de las víctimas en 1854, cuando se produjo una nueva interferencia del poder militar en la magistratura.

El Presidente del Consejo de Estado encargado del mando supremo, por decreto de 16 de diciembre de 1844, dio cumplimiento al acuerdo de dicho cuerpo que destituyó a Felipe Pardo y Aliaga de la Vocalía de la Corte Superior de Lima ocupada por él desde 1840.

Según la Constitución de 1839, el Ejecutivo podía remover a los vocales de las Cortes Superiores con el voto de los dos tercios del Consejo de Estado; y para poner en ejercicio de esa atribución, en el caso de Pardo, obtuvo el voto unánime de dicha corporación.

Pero la Carta Política lo que pretendía era castigar delitos cometidos en el ejercicio de las funciones judiciales.
La pena contra Pardo tenía origen político. El Consejo se basó en dos fundamentos. Por el primero aludió a la jactancia del poeta magistrado publicada en 1843 en el sentido de que había trabajado durante siete años (es decir, desde 1836) para llevar al poder a Vivanco; esto lo tomó el Conejo como un acto criminal. En segundo

lugar, hizo mención a la nota firmada por el mismo Pardo como canciller el 30 de octubre de 1843, adversa a la Constitución, humillante para la Corte Suprema, degradante para la patria (en concepto del Consejo). En dicha nota, ante una reclamación de la legación de Brasil, la amparó en defensa de la inmunidad de la jurisdicción civil correspondiente a los ministros extranjeros. El Consejo exageró la importancia de este incidente.

Por el decreto de 17 de abril de 1946 se concedió igualdad de derechos a los extranjeros y a los peruanos, con el propósito de excluir la intervención de agentes diplomáticos acreditados en el país.

Basadre (ob.cit.,t. III, pag. 114), en relación con esa norma, explicaba que

Notable fue el decreto de 17 de abril de 1846, expedido por Castilla y José Gregorio Paz Soldán, para determinar los casos en que el gobierno del Perú podía o no admitir reclamaciones diplomáticas.

Los extranjeros agraviados o perjudicados debían acudir a los jueces, tribunales y demás autoridades de la República a solicitar justicia en defensa de sus derechos y sólo les estaba permitido utilizar el conducto de sus agentes diplomáticos cuando constara la existencia de denegatorias o retardos.

...

Otro artículo del mismo decreto decía así: "Siendo independiente del Ejecutivo la administración de justicia y no teniendo en la República ningún poder la facultad de abrir procesos fenecidos, sustanciarlos y resolver, los fallos que se pronunciaren por los tribunales y juzgados de la nación en asuntos sobre reclamaciones interpuestas por súbditos de otros Estados, quedarán firmes y valederos: el gobierno los respetará y los hará cumplir como cosa juzgada no pudiendo obrar en ningún caso contra lo que por ellos se resolviere, sin infringir la Constitución de la República".

6. Los Reglamentos de los Tribunales y los códigos

La Corte Suprema aprobó el 22 de setiembre de 1845 el Reglamento de Juzgados y Tribunales. Con referencia a ese Reglamento, Basadre (ob.cit., t.III, pag. 196) recordaba que

El Reglamento de Juzgados y Tribunales aprobado por la Corte Suprema y promulgado el 22 de setiembre de 1845, superó, a pesar de sus deficiencias, a las antiguas leyes españolas que un reglamento de 1822 no había descartado y señaló un esfuerzo precursor de la codificación. Se ocupó este reglamento de detallar la organización de los juzgados y tribunales de la República, las facultades de los mismos y otros asuntos relativos a la administración de justicia. El reglamento de 1845 duró hasta la promulgación del de 1853.

Basadre (ob. cit., t.III, pag. 317) manifestaba que

La comisión parlamentaria creada para la revisión de los Códigos el 7 de junio de 1851 fue encargada de hacer el examen y reforma del reglamento de tribunales y preparar la ley de los jueces de paz.

La ley de 7 de junio de 1851 le dio a dicha comisión el plazo de 15 días. La comisión estuvo conformada por los senadores José Luis Gómez Sánchez, y Jervacio Alvarez y los diputados Manuel Toribio Ureta, Pedro Gálvez, Teodoro La Rosa, Juan Celestino Cavero y Pedro José Flores.

El Reglamento se aprobó el 1° de agosto de 1854 y rigió desde el 19 de abril de 1855.

El 23 de noviembre de 1853, el presidente Echenique promulgó la ley que dispuso que

Luego que la expresada comisión presente sus trabajos, lo cual se verificará dentro de quince días, pasará dichos proyectos al Gobierno, para que los promulgue y disponga su observancia en toda la República, a los treinta días de su publicación.

En 1853 estaba vigente la Constitución de 1839, que no tenía disposición alguna sobre delegación de facultades legislativas, pero las necesidades de la justicia en el Perú y la complejidad y tecnicismo del tema determinó que el Congreso aprobara tal ley, "considerando que la comisión nombrada para la reforma del Reglamento de los Tribunales y de la ley de atribuciones de los jueces de paz, ha concluido sus labores en circunstancias de ponerse en receso la actual legislatura".

En uso de tales atribuciones, el presidente Echenique dictó el "Decreto de Promulgación" de 20 de mayo de 1854, conforme al cual

El Reglamento de Tribunales y el de Jueces de Paz, serán publicados y circulados el 1° del mes de Julio próximo, y regirán en la República desde el 1° de Agosto, de conformidad con lo prevenido en la citada ley de 16 de Noviembre, reservándose los artículos que componen el título 5° rel Reglamento de Tribunales, que se someterá oportunamente al Congreso, con las correspondientes observaciones.

El Ministro de Estado en el despacho de Justicia queda encargado de la ejecución de este decreto y de hacerlo publicar y circular.

La fecha aludida en el texto del decreto es la que corresponde a su aprobación en el Congreso.

El Perú vivía, entonces, como en otras etapas de su historia, una situación de crisis política, que culminó con el derrocamiento de Echenique y la asunción de Castilla a la Presidencia. Es esa la razón por la cual se expide el Decreto Dictatorial de Promulgación, según el que

El Libertador Ramón Castilla
Gran Mariscal de los Ejércitos Nacionales de la República, etc.

Considerando:

I. Que por ley del Congreso de 16 de noviembre de 1853, han debido publicarse y promulgarse los Reglamentos de Tribunales y Jueces de Paz, presentado por la comisión de las Cámaras a quien se encargó su formación;

II. Que el decreto dictado al efecto por la administración de don José Rufino Echenique, no ha tenido valor alguno, por la fecha en que se expidió, por no haberse verificado en todos los departamentos de la República, y por haberse arbitrariamente reservado el título 5°, bajo el pretexto de someterlo al Congreso, no obstante que era pasado el tiempo legal de hacer observaciones y que tampoco podían tener lugar respecto a un capítulo aislado de uno de los reglamentos.

Decreto:

Art. 1°. Dentro de un mes de la fecha se dirigirán a las autoridades políticas y judiciales de aquella parte de la República, donde aún no se observan, los Reglamentos de Tribunales y Jueces de Paz, presentados por la comisión del caso, en cumplimiento de la ley de 16 de Noviembre de 1853, y para que comiencen a regir en ellos desde el 19 de abril conforme a esta misma ley.

Art. 2°. Los nuevos reglamentos continuarán observándose sin interrupción, en los lugares donde ya se hayan obedecido, por la promulgación que efectuó don José Rufino Echenique, pero regirá el título 5° de la sección adicional, igualmente que las demás.

Art. 3°. El Gobierno dispondrá las medidas más oportunas para la mejor publicación de los reglamentos, dentro del término designado en este reglamento.

El Ministro de Estado en el despacho de Justicia queda encargado de la ejecución de este decreto y de hacerlo publicar y circular.

Dado en la Casa del Supremo Gobierno en Lima, a 14 de Febrero de 1855.

Ramón Castilla – Pedro Gálvez.

El Reglamento de los Tribunales, promulgado por dos distintos Presidentes, consta de un Título Preliminar, con nueve artículos, referidos a los magistrados y jueces y de la administración de justicia en general y, además, de 28 títulos con 461 artículos y una Sección Adicional con 103 artículos.

Débese agregar que el Código Civil y el Código de Enjuiciamientos Civiles fueron promulgados en 1852; el Código Penal y el Código de Enjuiciamientos Penales se pusieron en vigencia en 1863; el Código de Justicia Militar en 1898; y el Código de Comercio en 1901.

Pero el problema no era sólo de leyes, sino también de hombres. Es por eso que se decretó una nueva reforma de la justicia en el Perú, siendo presidente don Ramón Castilla. La reforma pretendía, recogiendo disposiciones constitucionales anteriores, pero razonables, que existiera cierta proporción entre el número de habitantes y el número de magistrados o jueces, con el propósito de que no se retardara la impartición de la justicia. Ese fue el objetivo que buscó el decreto de 31 de marzo de 1855.

Basadre (ob. cit., t. IV, pag. 125) explicaba, a este respecto, que

El decreto del 31 de marzo de 1855, refrendado por Castilla y Pedro Gálvez, fue a una radical reforma judicial como antes sólo había ocurrido en 1839. Invocó la urgencia de establecer una relación entre el número de magistrados con las necesidades del servicio público (acrecentadas por otro decreto que había abolido la súplica o tercera instancia) para señalar el número de vocales de la Corte Suprema, así como el de las Cortes Superiores de Lima, La Libertad, Ayacucho, Cuzco, Arequipa y Puno y de los juzgados en Lima y en provincias.

El mismo día fueron nombrados los vocales, fiscales, relatores y secretarios de los tribunales, así como los jueces y agentes fiscales. La Corte Suprema quedó compuesta de los vocales Manuel Pérez de Tudela, Benito Laso, Matías León, Francisco Javier Mariátegui y Jesús Mariano Cossío y del Fiscal Mariano Gandarillas. En la Corte Superior de Lima figuraron Manuel Herrera y Oricaín, Jerónimo Agüero, Juan Manuel del Mar, Felipe Pardo, Bernardo Muñoz, José M. Sánchez Barra e Ildefonso Zavala; y Gervasio Alvarez como fiscal. Pérez de Tudela y Mariátegui habían tenido actuación descollante en el juicio contra Castilla en 1851.

La reforma judicial de 1855 implicó la destitución de los vocales de la Corte Suprema Miguel del Carpio, José Manuel Tirado, José Luis Gómez Sánchez y José Gregorio Paz Soldán, considerado como afectos a Echenique.

La escalada de intervenciones o "reformas" del Poder Judicial continuaría a lo largo de nuestra historia.

7. En la Constitución de 1856

La Constitución de 1856 organizó la República en base a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Suprimió el Consejo de Estado. Destinó el Título XVII al Poder Judicial, con sólo diez artículos. Se repetía, así, preceptos relativos a que la justicia sería administrada por los Tribunales y Juzgados, debiendo funcionar la Corte Suprema en la capital de la República y las Cortes Superiores en las capitales de departamento, a juicio del Congreso, y los Juzgados de Primera Instancia y de Paz en las provincias que determine la ley.

El artículo 10° de la Constitución de 1856 declaró que eran nulas las leyes contrarias a la Constitución, pero no estableció ningún mecanismo para su cumplimiento. El Poder Judicial, por ende, no pudo –ni intentó- aplicarlo.

Los miembros del Poder Judicial serían amovibles, pero la ley fijaría la duración de sus cargos; y los Vocales de la Corte Suprema serían nombrados por el Congreso, a propuesta, en terna doble, del Poder Ejecutivo, los Vocales de las Cortes Superiores y los Jueces de Primera Instancia por el Presidente de la República, a propuesta de las Juntas Departamentales.

Se creó el cargo de Fiscal de la Nación, que se nombraría en la misma forma que los Vocales de la Corte Suprema. Los Fiscales departamentales y los Agentes Fiscales se nombrarían, respectivamente, como los Vocales de las Cortes Superiores y los Jueces de 1.ª instancia.

Basadre (ob. cit. t. IV, pag. 150) indicaba que
Al lado de la Constitución, aprobó la Convención Nacional las leyes del Consejo de Ministros, Fiscal de la Nación, juntas departamentales, municipalidades, reorganización de la guardia nacional, prohibición del reclutamiento, organización interior de la República, atribuciones de los fiscales, elecciones y tribunal para el juzgamiento de los vocales de la Corte Suprema.

Basadre (ob. cit. t. IV, pag. 296) expresaba que
La Convención Nacional de 1856 fue a la abolición de la pena de muerte y nombró una comisión revisora del Código Penal y redactora del de Enjuiciamientos en lo Penal.
La Const. De 1860 restableció la pena de muerte para el homicidio calificado. (297 y 298: evolución de la pena de muerte).

8. En la Constitución de 1860

La Constitución de 1860 dedicaba, también, cuatro Títulos al Poder Legislativo (incluyendo el de la Comisión Permanente), dos al Poder Ejecutivo y uno al Poder Judicial. La estructura es, por lo tanto, semejante a la Carta de 1856. El Título XVII, que se refiere al Poder Judicial, constaba de siete artículos, en los cuales se reiteró que la justicia será administrada por los Tribunales y Juzgados; que la Corte Suprema funcionará en la capital de la República y las Cortes Superiores y Juzgados en los departamentos y provincias que dispusiera el Congreso por ley; que los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso, a propuesta, en terna doble, del Poder Ejecutivo; que los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema (en vez de las Juntas Departamentales, como disponía la anterior Carta); y los Jueces y Agentes Fiscales a propuesta, en terna doble, de las respectivas Cortes Superiores. Las otras normas se refieren a las vacancias en la Corte Suprema, en receso del Congreso, casos en los cuales interinamente cubría la plaza la Comisión Permanente; a la publicidad de los juicios, a que ninguna autoridad podía avocarse a causas pendientes en el Poder Judicial y a los casos en que había acción popular contra los magistrados y jueces por prevaricación, cohecho, abreviación o suspensión de las formas judiciales y al procedimiento ilegal contra las garantías individuales.

9. El Tribunal Supremo de Responsabilidad Judicial de 1865

La ley de 9 de enero de 1865 creó el Tribunal Supremo de Responsabilidad Judicial, pues "para la completa organización del Poder Judicial es de absoluta necesidad la existencia de un tribunal que conozca de los juicios de responsabilidad civil y criminal que se inicien contra los Vocales de la Corte Suprema". El Tribunal Supremo de Responsabilidad Judicial estaba integrado –según esta ley- por siete Vocales y tres Adjuntos, un Fiscal y un Adjunto, elegidos por el Congreso; y su atribución era la de conocer de los juicios sobre responsabilidad civil y criminal en que incurrieran los Vocales de la Corte Suprema. La ley de 21 de marzo de 1873 amplió a nueve el número de Vocales.

10. En la Constitución de 1867

La Constitución de 1867 no hizo sino repetir las normas precedentes; pero agregó que los representantes no podían ser propuestos ni elegidos para ninguna Vocalía; y que para que hubiera sentencia en la Corte Suprema se requerían cinco votos conformes.

Relataba Basadre el conflicto o choque entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema ocurrido a consecuencia de las disposiciones referidas a la prestación del juramento y de la responsabilidad de los magistrados. El destacado historiador (ob. cit. t. VI, pag. 26) consideró que

Los decretos sobre prestación de juramento, responsabilidad judicial, Ministerio Fiscal, creación de la transitoria y profana entidad llamada Corte Central, supresión de Cortes y Juzgados, así como de otros de menor volumen en la Secretaría de Justicia y el de reducción de pensiones y goces de jubilación expedido por la de Hacienda, promovieron choques entre el gobierno y la magistratura. A la reclamación hecha por la Corte Suprema, el Secretario de Justicia José Simeón Tejeda respondió ni amedrentado ni vacilante. Llegó a decir en su oficio de 10 de enero de 1866, dirigido al Presidente de la mencionada Corte: "Establecida la Dictadura, ningún tribunal tiene otra razón de existencia que el supremo decreto de 29 de noviembre último, puesto que la misma Constitución no existe."

La exigencia impuesta a los magistrados obligándolos a prestar juramento provocó una enérgica actitud de los vocales de la Corte Suprema, doctores Javier Mariátegui y José Luis Gómez Sánchez. Por medio de su nota de 16 de marzo el primero y en la suya de 17 de marzo el segundo, se alejaron de sus cargos. El 23 de marzo dichas notas fueron declaradas inadmisibles por los términos en que estaban concebidas, y quedaron vacantes las vocalías de ambos próceres.

Las plazas fueron provistas en los señores Teodoro La Rosa y Melchor Vidaurre. Este no aceptó y perdió su vocalía en la Corte Superior de Lima, Lo reemplazó en ella el Dr. Angel Cavero. El Congreso Constituyente restituyó a Mariátegui, Gómez Sánchez y Vidaurre a sus destinos (16 de setiembre de 1867); y ordenó también que quienes los reemplazaron ocuparan las plazas nuevamente creadas.

11. La Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos

El 28 de setiembre de 1868 se dictó la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, que incluyó también a los magistrados del Poder Judicial. El artículo 1º de dicha ley declaró que los funcionarios públicos que en el ejercicio de su cargo hagan lo que la ley les prohíbe u omitan lo que ella les mande, serán responsables de tales actos u omisiones.

El artículo 3° dispuso que la responsabilidad criminal en que incurrieran los funcionarios públicos podía exigirse de oficio, a solicitud de la parte agraviada, o de cualquiera del pueblo en los casos que, conforme a la Constitución, producían acción popular. La referencia era al artículo 130° de la Constitución de 1860, según el cual
Producen acción popular contra los magistrados y jueces:

1. La prevaricación.
2. El cohecho.
3. La abreviación o suspensión de las formas judiciales.
4. El procedimiento ilegal contra las garantías individuales.

Los artículos 11° a 23° de la mencionada ley determinó el modo de proceder contra los miembros del Supremo Tribunal de Responsabilidad Judicial, vocales de la Corte Suprema y demás funcionarios públicos designados en el artículo 64° de la Constitución de 1860, conforme al que

Corresponde a la Cámara de Diputados, acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo y a los Vocales de la Corte Suprema por infracciones de la Constitución, y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que, según las leyes, deba imponerse pena corporal aflictiva.

El procedimiento de la ley de 28 de setiembre de 1868 es, sustancialmente, semejante a los que, después, establecieron el Reglamento Interno de las Cámaras Legislativas, los Reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, y el que determina el actual Reglamento del Congreso.

12. La Gaceta Judicial y los Anales Judiciales

En 1874 se publicó la Gaceta Judicial para informar sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema, tanto en lo penal como en lo civil; y en 1878 la Corte Suprema inició la publicación de los Anales Judiciales del Perú, incluyendo las biografías de los vocales de esa corte.

Basadre (ob. cit. t. IX, pag. 37) reseñaba que
Ocupada Lima en enero de 1881, el jefe superior del ejército de Chile invitó a la Corte Suprema para que continuase en el ejercicio normal de sus funciones, lo mismo que los tribunales de inferior jerarquía. El Presidente de la Corte Suprema, Juan Antonio Ribeyro, rehusó. Contrasta esta patriótica actitud en los días de la ocupación con la severa advertencia de Ribeyro a la Corte Superior, antes de que ellos llegaran, por haber suspendido sus labores ese tribunal y los juzgados de primera instancia en abril de 1880, ante la aproximación de la escuadra chilena y ante el cumplimiento del plazo para comenzar sus hostilidades contra el puerto del Callao.

Poro después de establecerse el gobierno de García Calderón en el pueblo de Magdalena, expidió un decreto ordenando el funcionamiento del Poder Judicial en la República (29 de marzo de 1881). Ribeyro se negó también a cumplir este decreto. Para ello invocó la existencia de la ley marcial expedida por las tropas de ocupación y reiteró con elocuencia y energía esta patriótica negativa (9 y 26 de abril).

Análoga actitud de altivez –remarca Basadre- tomó la Corte Superior de Lima encabezada por su presidente José Silva Santisteban y por Santiago Figueredo.

Sólo cuando las tropas invasoras desocuparon Lima el Poder Judicial reasumió plenamente sus funciones. Tuvo lugar la reinstalación de los tribunales el 29 de octubre de 1883. Los vocales que defendieron la independencia y la dignidad de la Corte Supremo fueron los señores Juan Antonio Ribeyro, Bernardo Muñoz, Melchor Vidaurre, Juan Oviedo, José Eusebio Sánchez, Manuel Morales, Teodoro La Rosa y José Martín de Cárdenas. Sólo quedaban expeditos en 1883, los señores Ribeyro, Muñoz y Oviedo. Los demás, o habían fallecido, o hallábanse ocupando cargos administrativos.

13. La tercera reorganización del Poder Judicial

La ley de 11 de enero de 1896 dispuso la reorganización de la Corte Suprema. Se fundó dicha ley en
Que es necesario consultar el acierto y la unidad de doctrina en los fallos de la Excma. Corte Suprema;
Que la experiencia ha demostrado que esos resultados se consiguen con la aplicación de la ley de 10 de Diciembre de 1870, que fue derogada por la de 8 de octubre de 1891.
La referida ley derogó, por lo tanto, la ley de 8 de octubre de 1891, sobre organización de la Corte Suprema y sustanciación del recurso extraordinario de nulidad, quedando en todo su vigor y fuerza la de 10 de diciembre de 1870; y vigente asimismo la complementaria de 28 de noviembre de 1872, sobre sustanciación del recurso de nulidad en materia criminal.

14. Los once Vocales de la Corte Suprema y sus atribuciones

Por efecto de la ley de 11 de enero de 1896, la Corte Suprema debía funcionar "con los Vocales que actualmente tiene; y no se proveerá la primera vacante que en ella ocurra, a fin de que quede completo el número de magistrados que por esta ley corresponde". Cuando la Corte Suprema ejerciera jurisdicción privativa, la sala de primera instancia se compondría del vocal menos antiguo de la Corte Suprema, que la presidiría, y de los dos menos antiguos de la Corte Superior de Lima; la Sala de segunda instancia, de los dos que siguen en antigüedad a los anteriores en uno y otro tribunal; y la de nulidad, de los que quedan expeditos en el Tribunal Supremo, completándose con los que fueren necesarios de la Corte Superior, comenzando por su Presidente y continuando con los de mayor antigüedad. Las discordias, según la mencionada, serían resueltas por el vocal menos antiguo de los que no hubiesen conocido en la causa; y a falta de Vocales de la Corte Suprema con los de la Corte Superior de Lima.

La ley de 10 de diciembre de 1870, cuya vigencia se restituyó, disponía que el recurso de nulidad contra las sentencias o autos de las cortes de justicia y demás tribunales superiores, que causen ejecutoria, se interpondrá en los casos y dentro de los términos que

señala el Código de Enjuiciamientos, y sin más trámite lo dará por interpuesto la sala que hubiese conocido del asunto, mandando elevar los autos a la Corte Suprema. La otra parte podía adherirse al recurso. La Corte Suprema resolvía, previo dictamen fiscal, estando compuesta la Sala de siete Vocales. Este número fue reducido a cinco por ley de 1897. La referida ley de 10 de diciembre de 1870 aumentó en dos el número de Vocales de dicha Corte.

La ley 5 de noviembre de 1897 aumentó a once el número de Vocales de la Corte Suprema y dispuso el funcionamiento de dos Salas con cinco Vocales cada una, para conocer los asuntos que esa norma determinó.

La ley de 20 de octubre de 1903 creó una Fiscalía más en la Corte Suprema.

15. La jubilación a los 75 años de edad y la Ley de Goces

La ley de 7 de setiembre de 1903 dispuso que
Artículo 1º.-Los magistrados del Poder Judicial que lleguen a los setenta y cinco años de edad, se jubilarán obligatoriamente con la pensión correspondiente a su tiempo de servicios, según la ley de jubilación.
Artículo 2º.- La pensión que se conceda, con arreglo al artículo anterior, se pagará íntegramente; y para ello se considerará en el presupuesto del tribunal a que pertenezca el jubilado.
La ley aludida es la de 22 de enero de 1850, conocida como "Ley de Goces".
Por decreto de 1º de abril de 1905, el gobierno del presidente José Pardo dispuso que fueran recopiladas y publicadas las más importantes sentenciadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia, en los denominados Anales Judiciales.

16. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912

La ley 1510, de diciembre de 1911, aprobó los proyectos de Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Notariado (artículo 1º) y también aprobó el proyecto de Código de Procedimientos Civiles, haciendo en éste sólo cuatro cambios (artículo 2º). Dispuso, además, que los tres instrumentos legales entraran en vigencia el 28 de julio de 1912 (artículo 3º).

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) tuvo larga vigencia: 50 años. Constaba de veintiocho títulos, divididos en capítulos, y con un total de 284 artículos. Estuvo concordada, inicialmente, con la Constitución Política de 1860; y, después, con las de 1867, 1920 y 1933.

En el artículo 1º de la LOPJ se expresó que
El poder de administrar justicia se ejerce por la Corte Suprema, las Cortes Superiores, los Jueces de primera instancia y los Jueces de Paz, establecidos por el artículo 125 de la Constitución.

En el artículo 2º de la propia LOPJ se precisó que
También ejercen jurisdicción en los casos y en la forma que determinan las leyes especiales:

En el orden civil:
1º.- Las autoridades de las aduanas;
2º.- Las autoridades eclesiásticas.
En el orden penal:
1º.- Los tribunales militares;
2º.- Los jurados de imprenta.

En el artículo 3º se hizo referencia a los árbitros, definiendo que
Ejercen, además, jurisdicción, las personas designadas por los interesados para que en calidad de árbitros resuelvan sus controversias.

El artículo 9º dispuso que
Los vocales y fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores y los jueces y agentes fiscales serán nombrados en la forma que establece la Constitución.

Los jueces de paz serán nombrados por las Cortes Superiores, a propuesta, en terna sencilla, de los jueces de primera instancia de la respectiva provincia.

La Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 53 de la LOPJ (con la modificación dispuesta por la Ley Nº 7608, de 20 de octubre de 1932) estaba compuesta de once Vocales y cuatro Fiscales, uno de los cuales se ocupaba de los asuntos administrativos.

Correspondía a la Corte Suprema conocer del recurso de nulidad respecto de las sentencias dictadas por las Salas de las Cortes Superiores y de los recursos de reposición de sentencias en materia militar, así como dirimir las competencias previstas en el Código de Procedimientos Civiles y, en segunda instancia y por recurso de nulidad, de las causas en que entienden, en primera instancia, las cortes superiores.

Igualmente correspondía conocer a la Corte Suprema, en primera y segunda instancias, de las causas que se sigan contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, Representantes a Congreso, Magistrados de la misma Corte, Arzobispo, Obispos, Agentes Diplomáticos del Perú acreditados en el extranjero, vocales y fiscales de las Cortes Superiores y miembros del Consejo de Oficiales Generales, por delitos que cometieran en ejercicio de sus funciones.

Además, la Corte Suprema tenía otras atribuciones de carácter administrativo, incluyendo la formación de ternas dobles para la provisión de plazas de vocales y fiscales de las Cortes Superiores y de sanción de tales magistrados y de jueces de primera instancia y de agentes fiscales.

La Corte Suprema funcionaba con dos Salas de cinco Vocales cada una, para asuntos civiles y penales, respectivamente.

En cuanto a nombramientos judiciales (incluso fiscales), el artículo 126º de la Constitución de 1860 indicaba que
Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nominados por el Congreso, a propuesta en terna doble, del Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores.

Los artículos 147° y 148° de la Constitución de 1920 determinaban que

Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos, propuestos por el Gobierno de acuerdo a ley.

Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores, de conformidad con la ley.

Los artículos 222°, 223° y 224° de la Constitución de 1933 dispusieron que

Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo.

Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; y a los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales a propuesta, en terna doble, de la respectiva Corte Superior.

Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los Jueces y Agentes Fiscales, serán ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y en la forma que determine la ley. La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a ley; pero si impide el reingreso en el servicio judicial.

La Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 53° de la referida LOPJ, estaba compuesta de once Vocales y tres Fiscales, y residía en la Capital de la República.

17. El Colegio de Abogados de Lima y los nombramientos judiciales en dictadura

El decano del Colegio de Abogados de Lima, Manuel Vicente Villarán, en su discurso-memoria de 1915, criticó la forma en que se hacían los nombramientos por el Presidente de la República, con referencia a la Constitución de 1860, vigente hasta 1920. La opinión de Villarán es válida, también, para los períodos en que, con normas similares en las Cartas Políticas de 1920 y 1933, rigió la LOPJ de 1912. Villarán dijo:

Nuestros Presidentes y Ministros no se satisfacen con nombrar a los propuestos, quieren compeler a las Cortes a que venga propuesto el que se halla predestinado al nombramiento. Las Cortes –lo reconocemos y lo aplaudimos- se defienden valientemente; pero la presión de Palacio no cede, reincide, es cada vez más exigente, tal vez acabará por hacerse invencible."

El historiador Jorge Basadre (ob. cit. t. XVI, pag. 66) comentaba que
A pesar de todo, hubo no pocos magistrados capaces e integérrimos. Y la Corte Suprema gozó de gran prestigio en el país por su capacidad e independencia. No faltó quien la llamara la única institución nacional que podía inspirar respeto y orgullo. Hubo quienes a sus estrados llegaron por el conducto de esos favores políticos que tanto estigmatizaban los espíritus no contaminados; pero se producía como una palingenesia en ellos bajo el influjo del cargo que ejercían. Si bien después de 1921 aumentó la subordinación ante el Poder Ejecutivo, quedaron destellos del pasado esplendor.

Basadre (ob. cit. t. XIII, pag. 57) aludía que
La Corte Suprema se reunió en sala plena y acordó dirigirse al Ministro para exponerle su opinión sobre este último decreto. Leguía y Martínez habíase basado para expedirlo en la falta de una ley de extranjería. Pero esta circunstancia, según manifestó el Presidente de la Corte Carlos Eráusquin en su oficio al Ministro fechado el 10 de junio de 1920, "no puede autorizar la suspensión de las garantías individuales consignadas en los artículos 29 y 30 de la ley fundamental de la Nación, ni afectar en lo menor la independencia del Poder Judicial". El mismo oficio invitó al Ministro a mantener respeto a sus peculiares atribuciones. Leguía y Martínez, en su oficio de 12 de junio, puso término al incidente y sostuvo que los jueces usurpaban funciones propias del Ejecutivo de acuerdo con la jurisprudencia modernísima sobre extranjeros perniciosos; y que sus intromisiones serían desatendidas y rechazadas hasta que se decidiera constitucionalmente cuál de los Poderes tenía la razón.

La Corte Suprema se basó, según puntualizara su presidente en la memoria judicial de 1920, en que la Constitución establecía que es libre el derecho de entrar, transitar y salir de la República, con las limitaciones consignadas en las leyes penales, sanitarias y de extranjería; y que "nadie" puede ser separado de ella, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la mencionada ley de extranjería

El propio historiador (ob. cit., t. XIII, pag. 58) refería que
En la Cámara de Diputados Arturo Pérez Figuerola formuló una moción de censura al Ministro
con motivo de este asunto, si bien la enmendó luego en el sentido de que éste fuera llamado. Leguía y Martínez acudió al recinto parlamentario y pronunció un sustancioso discurso en el que dio razones a favor de la defensa del orden, la moralidad y el bienestar sociales; denunció el amparo de los magistrados a rufianes y otros individuos de mal vivir; fijó las atribuciones del Poder Judicial con carácter restrictivo y limitó el "hábeas corpus" a los casos de abusos de las autoridades violatorios de los derechos o garantías de los ciudadanos honrados. Con gran riqueza de palabra, vigor polémico y sutileza dialéctica, alternó el tono sentencioso del viejo profesor con el del avezado jurista y el del apasionado político, mezcló con ciertas frases en latín palabras de sarcasmo o de desdén a sus enemigos y mostró, asimismo, a veces, tendencias de irritabilidad. Afirmó que "el Poder Judicial se entromete en lo que no le corresponde", se refirió al "ruidoso cacareo" y no tuvo reparos en declarar que si cumplía con su deberlo demás le importaba "un bledo".

A Pérez Figuerola, cuya elocuente insistencia en que el Poder Ejecutivo no tenía derechos para dar decretos con alcance o naturaleza de leyes merece recuerdo, se sumó con valor y brillo oratorio Aníbal Maúrtua quien

agregó a la interpelación el debate sobre los decretos de 2 de febrero, 5 de abril, 12 de mayo (uniendo a éste el caso de la deportación del obrero Urmachea) y 24 de mayo. A propósito del asunto concerniente al primero de los decretos antedichos, Leguía y Martínez preguntó a Emilio Sayán y Palacios, otro de sus contricantes, si sabía cuándo había sido creada la provincia que él representaba, es decir la de Chancay. Como recibiera una contestación negativa, recordó que ella, como los distritos en que se dividía, habían sido erigidos por decreto de Bolívar. En el curso de una de sus intervenciones aseveró que el famoso agitador obrero Nicolás Gutarra había sido enviado al extranjero con sueldo para estudiar la manera de mejorar la condición de sus compañeros de clase en el Perú. Después de responder a cada una de las interpelaciones de Maúrtua, lo acusó de haber entrado sigilosamente cierto día a una casa de la calle Sandia y como se produjera un escándalo ante sus palabras, afirmó que ese diputado oposicionista había perdido su curul por haber aceptado una comisión del Poder Ejecutivo. Maúrtua, había recibido el encargo de preparar una memoria para la Sociedad de Naciones asignándole una partida destinada a la compra de libros.

Dentro de un gran alboroto, se pasó a sesión secreta y el resultado final fue una moción de confianza al Ministro de Gobierno y la declaración adicional de la Cámara en el sentido de que Maúrtua conservaba su función parlamentaria.

18. El enfrentamiento de poderes

En los años 1919 y 1920 se produjo más de un enfrentamiento entre los Poderes Ejecutivo y Judicial a propósito de la renuencia del primero a cumplir las resoluciones judiciales sobre recursos de hábeas corpus.

Basadre (ob. cit., t. XIII, pag. 67) describía que
Cuando el Senado hizo al Ministro de Gobierno la recomendación de que concediese la libertad de Grau y Portella, bajo la fianza de un grupo de miembros de esa Cámara, repuso aquel que nada podía hacer ya, pues los presos se hallaban sometidos a una jurisdicción especial y porque no podían ser fiadores personas sobre las cuales no podía hacerse efectiva la garantía, amparados como estaban por la inmunidad parlamentaria.

Poco tiempo después sostuvo una polémica pública con el Presidente de la Corte Suprema en la que se defendió, con amplio uso de dialéctica, sarcasmo y aforismos latinos, del cargo que este magistrado le había hecho de haber vulnerado al Poder Judicial, al "hábeas corpus" y a la Constitución. Uno de los argumentos favoritos de Leguía y Martínez era el de que en el delito de conspiración tenían el carácter de "infraganti" una serie de hechos sucesivos o concordantes que con él podían relacionarse.

Durante los once años del gobierno de don Augusto B. Leguía no sólo el Poder Legislativo perdió su autonomía, por sucesivas "reelecciones" y manipulaciones electorales, sino que también el Poder Judicial fue paulatinamente alineándose con el régimen de la "Patria Nueva".

La Constitución de 1920 mantuvo, obviamente, el sistema tripartito de poderes. En cuanto al Poder Judicial, dispuso que habrá en la capital de la República una Corte Suprema; en las de Departamento y en las provincias Cortes Superiores y Juzgados de Primera Instancia, respectivamente, a juicio del Congreso, y en todas las poblaciones Juzgados de Paz. La ley debía determinar la organización del Poder judicial, la forma de nombramientos y las condiciones y requisitos a que éstos se sujetarán.

Correspondía al Congreso elegir a los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema, entre diez candidatos propuestos por el Gobierno conforme a ley.

Se prohibió a los miembros del Poder Judicial ser nombrados para cargos políticos, excepto los Vocales de la Corte Suprema, que podían ser nombrados Ministro de Estado. Efectivamente, ocurrió así en el régimen de Leguía.

Entre las atribuciones de la Corte Suprema estaba la de resolver las competencias que se suscitaran entre el Poder Ejecutivo y los Concejos Provinciales. Tal problema de competencias no se suscitó por cuanto los Concejos Municipales (Provinciales y distritales) eran designados por el gobierno. Las elecciones municipales, con participación de hombres y mujeres, recién se estableció mediante la Ley Nº 14669, de 24 de setiembre de 1963.

Se dejó a la ley la determinación de la carrera judicial y se dispuso la ratificación de jueces y vocales de las Cortes Superiores, por la Corte Suprema, cada cinco años.

Se declaró que la justicia militar no podía, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estuvieran en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional. (En 1920 no existía fuerza aérea, pero sí marina).

19. De mal en peor

Depuesto el Presidente Leguía, asumió el Poder el coronel Sánchez Cerro, de acuerdo al "Estatuto de la Junta de Gobierno" (Decreto Ley Nº 6874), de 2 de setiembre de 1930. De inmediato, ésta dictó el Decreto Ley Nº 6875, de 4 del mismo mes, por el cual se declara la incapacidad de los miembros de la Corte Suprema que desempeñaron función ministerial durante el régimen de don Augusto B. Leguía, conforme al texto que sigue

La Junta de Gobierno

Considerando:

Que el juzgamiento de los actos de la dictadura y la declaración de responsabilidad de quienes cooperaron al mantenimiento del régimen anti-jurídico en que ha vivido la República hace necesario establecer la más amplia garantía en la administración de justicia, encomendada, en última instancia, a la Corte Suprema;

Que no pueden prestar la garantía de imparcialidad que exige la opinión pública, los miembros del Tribunal Supremo que han desempeñado el cargo de Ministro de Estado de la dictadura, o alguna función de orden político o administrativo, cuya responsabilidad debe esclarecerse;

Ni los que ejerciendo su presidencia, permitieron que se ultrajara la majestad de la justicia, ni supieron mantener esa tradición de responsabilidad de que ha gozado siempre el más alto Tribunal;

Decreta:

1°.- Quedan incapacitados para continuar o reasumir el ejercicio de sus cargos los miembros de la Corte Suprema de Justicia que hubieran desempeñado la función ministerial durante el régimen dictatorial presidido por don Augusto B. Leguía; los Vocales o Fiscales que hayan desempeñado función política o administrativa y los que desempeñaron su presidencia desde 1922;

2°.- Las vacantes que se produzcan se nombrarán por separado en ejercicio de las atribuciones de la Junta de Gobierno, según decreto-ley de 2 de setiembre del presente año;

3°.- La Corte Suprema así integrada, utilizará por esta vez, en forma extraordinaria la facultad que declara el artículo 152 de la Constitución, procediendo a hacer la ratificación de todos los magistrados de la 1ª y 2ª instancia de la República. Esta ratificación se hará por dos tercios de votos y dentro del plazo de 15 días a partir de la fecha en que se integre.

El Decreto Ley N° 6876, de 5 de setiembre de 1930, cesó en sus cargos a los vocales de la Corte Suprema, doctores Óscar C. Barrós, José Granda, Ángel Gustavo Cornejo, Benjamín Huamán de los Heros y José Matías León; y a los fiscales Plácido Jiménez y Heráclides Pérez; y eligió a sus reemplazantes Vocales doctores José María de la Jara y Ureta, Julio C. Campos, Eulogio Ugarte, Manuel Benigno Valdivia y Enrique Vélez, y Fiscales Raúl O. Mata y Eleodoro Romero Romaña.

El Decreto Ley N° 6877, de 5 de setiembre de 1930, nombró vocal de la Corte Suprena al doctor Raúl O. Mata (designado ese mismo día Fiscal); el Decreto Ley N° 6879, de 10 de setiembre de 1930, nombró vocal de la Corte Suprema al doctor Octavio Santa Gadea.

El Decreto Ley N° 6880, de 18 de setiembre de 1930, nombró vocales de la Corte Suprema a los doctores Germán Arenas, Manuel Carrión y Augusto Villagarcía; y fiscal al doctor Carlos Zavala Loayza.

El Decreto Ley N° 6887, de 26 de setiembre de 1930, dispuso que los miembros de la Corte Suprema que formen el Tribunal de Sanción, integrarán, para los efectos de las ratificaciones judiciales a que se refiere el artículo 3° del Decreto Ley N° 6875, el expresado Tribunal, sin excluir a los magistrados que interinamente los reemplazan, asumiendo, para este solo efecto, la Presidencia de la Corte Suprema don Anselmo V. Barreto.

La Junta de Gobierno no sólo destituyó a Vocales de la Corte Suprema, sino que los reemplazó y, adicionalmente, designó al Presidente del Poder Judicial. Es verdad que la Corte Suprema había devenido en un instrumento del régimen de Leguía, pero los actos del gobierno de facto terminaron por suprimir de la justicia todo resquicio de independencia. En otras palabras, el Poder Judicial siguió siendo furgón de cola del poder político.

Posteriormente, fueron dictados el Decreto Ley N° 6914, de 29 de octubre de 1930, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema al doctor Raúl Noriega; el Decreto Ley N° 6928, de 19 de noviembre de 1930, eligiendo vocal interino de la misma Corte al doctor Andrés Echevarría; y el Decreto Ley N° 6942, de 1a misma fecha, eligiendo, también, vocal interino de la Corte Suprema al doctor Felipe S. Portocarrero.

Respecto de los Jueces de Paz Letrados de la República se dictó el Decreto Ley N° 6943, de 19 de noviembre de 1930, por el cual se los declara titulares, con los mismos derechos, preeminencias y goces que los demás miembros del Poder Judicial.

El Decreto Ley N° 7058, de 20 de marzo de 1931, suspendió la elección como vocal de la Corte Suprema del doctor Eulogio Ugarte. El doctor de la Jara y Ureta declinó el nombramiento.

La intervención del Poder Judicial continuó durante los gobiernos de Benavides (1933-36) y de Manuel Prado (1939-45), bajo la Constitución de 1933, aprobada por un Congreso remendado y mutilado, estableció cuatro Poderes: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Electoral coadyuvó a la nulidad del proceso electoral de 1936 y facilitó los fraudes electorales de 1939 y 1950.

20. El breve interregno democrático, el golpe de 1948 y el fraude de 1950

La Constitución de 1933 (artículos 220° a 231°) diseñó la estructura del Poder Judicial, sin cambios importantes. Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema eran elegidos por el Congreso entre los diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores, a su vez, eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; y, finalmente, los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales eran propuestos al Ejecutivo, en terna doble, por la respectiva Corte Superior.

En los interregnos democráticos de 1945-48, 1956-62 y 1963-68 los Poderes Legislativo y Ejecutivo respetaron la autonomía del Poder Judicial.

Empero, fue distinta la conducta del régimen autoritario de 1948 a 1956, conforme aparece de las siguientes disposiciones:

El Decreto Ley N° 10899, de 18 de noviembre de 1948, derogó la Ley N° 9654 sobre provisión de cargos en la Corte Suprema de Justicia, y dispuso que las vacantes de Vocales y Fiscales de ese Tribunal serían provistas por designación directa de la Junta Militar de Gobierno.

El Decreto Ley N° 10903, de 25 de noviembre de 1948, nombró fiscales titulares de la Corte Suprema de Justicia a los doctores Marco Antonio García Arrese y Julio Villegas y vocal titular del mismo Tribunal al Dr. Raúl Pinto, en lugar de los doctores Fernando E. Palacios, Carlos A. Calle y Pelayo Samanamud.

El Decreto Ley Nº 10953, de 18 de febrero de 1949, mandó cortar los juicios por desacato al Presidente de la República, iniciados con anterioridad al 27 de octubre de 1948.

El Decreto Ley Nº 11032, de 7 de julio de 1949, nombró vocal interino de la Corte Suprema de Justicia, al Dr. Bernardino León y León, mientras durase la comisión encomendada por el Gobierno al titular Dr. Felipe S. Portocarrero.

El Decreto Ley Nº 11054, de 6 de agosto de 1949, mandó cortar los juicios iniciados a consecuencia de hechos producidos con ocasión del movimiento revolucionario del 27 de octubre de 1948; o sea los hechos delictuosos cometidos por los participantes en el golpe de Estado de esa fecha. Sin embargo, quedaron pendientes los procesos, por rebelión, seguidos en el fuero privativo militar contra los ciudadanos que, también, participaron en el frustrado golpe del 3 de octubre del mismo año.

El Decreto Ley Nº 11350, de 10 de mayo de 1950, nombró vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor Pedro Germán Delgado, en lugar del doctor Manuel Benigno Valdivia, que se había jubilado.

Los referidos Decretos Leyes violaban flagrantemente la Constitución Política de 1933, en cuanto ésta establecía el procedimiento para elegir a los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema, que era atribución asignada al Congreso, previa propuesta, en decenas, de los candidatos por el Poder Ejecutivo.

La Sala Plena de la Corte Suprema, conformada al margen de la constitucionalidad, a su vez, designó a uno de sus miembros -el doctor Raúl A. Pinto- para que presidiera el Jurado Nacional de Elecciones, que perpetró el fraude electoral de 1950. Con candidato único a la Presidencia de la República, con apoyo de los otros miembros del Jurado Nacional de Elecciones, con la entusiasta colaboración de todos los Jurados Departamentales de Elecciones, sin personeros en las mesas de sufragios y con la anticipada elaboración de las actas electorales, la labor del doctor Raúl A. Pinto fue relativamente sencilla y totalmente repugnante.

Posteriormente, el Congreso de la República, elegido fraudulentamente, aprobó las siguientes Resoluciones Legislativas sobre nombramientos judiciales:

Resolución Legislativa Nº 11492, de fecha 13 de setiembre de 1950, eligiendo fiscal titular en lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. José Varela Orbegoso, para llenar la vacante producida por la jubilación del Dr. D. Pelayo Puga.

Resolución Legislativa Nº 11559, de fecha 15 de enero de 1951, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Carlos Sayán Alvarez, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Bernardino León y León, que la servía interinamente por ausencia del titular Dr. D. Felipe S. Portocarrero.

Resolución Legislativa Nº 11626, de fecha 16 de octubre de 1951, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. Carlos Sayán Alvárez, en la vacante producida por fallecimiento del Dr. Felipe S. Portocarrero.

Resolución Legislativa Nº 11787, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Ricardo Bustamante Cisneros, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Carlos Láinez Lozada.

Resolución Legislativa Nº 11788, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Roberto F. Garmendia Castañeda, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. José Frisancho.

Resolución Legislativa Nº 11789, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Daniel O. Checa, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Cecilio Cox.

Resolución Legislativa Nº 11790, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Leonidas Febres, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Julio Villegas.

Resolución Legislativa Nº 11807, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Leonidas Velarde Álvarez H., para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. José Joaquín Sotelo.

Resolución Legislativa Nº 11808, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Humberto Mares Urdanivia, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. Pedro Germán Delgado.

Resolución Legislativa Nº 11809, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo fiscal titular en lo administrativo de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Gilberto Chirinos Rodríguez, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. José Varela Orbegoso.

Resolución Legislativa Nº 11810, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Emilio F. Valverde, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. Raúl Noriega.

Resolución Legislativa Nº 11811, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Carlos Alfredo Maguiña, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. Lucio Fuentes Aragón.

Resolución Legislativa Nº 11886, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema al Dr. D. Raúl Alva, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Carlos Zavala Loayza.

Resolución Legislativa Nº 11887, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema al Dr. D. Leoncio E. Serpa, en la vacante producida por fallecimiento del Dr. D. Humberto Mares Urdanivia.

Resolución Legislativa N° 11888, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema al Dr. D. César Augusto Lengua, mientras el titular Dr. D. Juan Bautista de Lavalle desempeña una comisión del Gobierno.

Resolución Legislativa N° 11889, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema al Dr. D. José Ignacio Tello Vélez, mientras el titular Dr. D. Raúl A. Pinto desempeñaba una comisión del Gobierno.

Empero, resulta útil admitir que, utilizando la potestad conferida por el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales (de 1940), concordante con el artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (de 1912), se dispuso la conformación de Tribunales Correccionales Extraordinarios, integrados por un vocal titular y dos vocales suplentes, a efectos de que resolvieran los centenares de procesos, con reos en cárcel, que no podían ser vistos por los Tribunales Correccionales ordinarios. Fue formulada una consulta al Colegio de Abogados de Lima respecto a la incompatibilidad de esa función transitoria y el ejercicio de la abogacía, siendo absuelta la consulta el 25 de noviembre de 1992 ("Revista del Foro", Año XXXIX, Setiembre-Diciembre de 1952, N° 3, pag. 443).

El Gobierno del general Manuel A. Odría se prolongó hasta el 27 de julio de 1956, con la secuela de persecuciones, prisiones y deportaciones de centenares de peruanos que le eran adversarios, utilizando con ese objeto el instrumento denominado "Ley de Seguridad Interior de la República" (Decreto Ley N° 11049). El Poder Judicial, totalmente sumiso, rechazaba sistemáticamente los recursos de hábeas corpus presentados por los afectados o por sus familiares. Sólo en la etapa final de ese régimen autoritario se permitió el retorno al Perú del ex Presidente doctor José Luis Bustamante y Rivero; y subrepticiamente de algunos dirigentes opositores.

En el Gobierno del doctor Manuel Prado Ugarteche (1956-62) se observaron las formalidades establecidas por la Constitución de 1933 para la elección de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema.

21. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Decreto Ley N° 14605)

El 25 de julio de 1963, la Junta Militar de Gobierno dictó el Decreto Ley N° 14605, que puso en vigencia la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Durante el Gobierno del Ppresidente Fernando Belaunde Terry (1963-68) la elección de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema fue realizada con observancia de la misma Constitución de 1933, participando todos los sectores políticos representados en el Congreso de la República. Igualmente, se hizo el nombramiento de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los jueces de los distintos Distritos Judiciales en base a la idoneidad de los mismos. Naturalmente, pudo incurrirse en algunos errores.

En el artículo 1° de dicha LOPJ se declaró:

La función de administrar justicia compete al Poder Judicial y es ejercida por los Tribunales y Juzgados que lo componen de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

Asimismo, se enfatizó en la independencia del Poder Judicial, pues el artículo 2° expresó:

En el ejercicio de sus funciones el Poder Judicial es independiente de los otros Poderes las leyes.

También se destacó que no podía instituirse jurisdicción distinta a la del Poder Judicial; pero se hizo la salvedad del Fuero Militar, que tenía legislación propia. El artículo 4° determinó:

No puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial. El Fuero Militar se rige por su propia ley.

Fue importante reconocer la primacía de la Constitución respecto de la ley que le es incompatible. La innovación armonizaba con el inaplicado artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936; y, más adelante, con el artículo 87° de la Constitución Política del Perú, promulgada el 12 de julio de 1979. Además, señaló la inaplicación de los decretos y reglamentos contrarios a la Constitución y las leyes. Literalmente, el artículo 8° de la LOPJ dispuso:

Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto se elevaran en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema.

La sentencia de segunda instancia, se elevaran en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiese recurso de nulidad.

Los Jueces y Tribunales no aplicaran los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes.

Consecuencia de la independencia y autonomía del Poder Judicial fue la disposición acerca del valor de la cosa juzgada, cuyo valor no podía ser discutido, salvo en los casos del derecho de gracia, del indulto y de la amnistía. El artículo 12° resolvió:

Ningún Poder del Estado podrá ordenar que queden sin efecto las resoluciones judiciales que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, excepto que e trate del ejercicio del derecho de gracia que corresponde al Congreso o del indulto y la amnistía.

Fue reconocida la carrera judicial y, dentro de ella, el derecho de ascenso. El artículo 30° dispuso:

Artículo 30°.- La presente Ley reconoce el derecho de ascenso dentro de la carrera judicial. La carrera judicial comprende los siguientes grados:

1°- Relatores, Secretarios de Corte y Jueces de Paz Letrados:
2°- Jueces de Primera Instancia que comprenden los de lo Civil de Trabajo, de Tierras, de Instrucción y de Menores, así como Agentes Fiscales;
3°- Vocales y Fiscales de la Corte Superior

4°- Vocales y Fiscales de la Corte Suprema.

Correspondía al Poder Ejecutivo formular las decenas con el objeto de proveer las Vocalías y Fiscalías de la Corte Suprema en la forma prevenida por el artículo 38° de la LOPJ, según el que

Para formular las decenas correspondientes con el objeto de proveer las Vocalías y Fiscalías de la Corte Suprema, el Poder Ejecutivo elegirá entre los diecisiete Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores de la República que ocupen los primeros puestos en los cuadros de antigüedad y de méritos a que se refiere el articulo 38° y entre cinco abogados presentados por la Corte Suprema. Cada decena deberá comprender ocho magistrados y dos abogados.

Las ternas formuladas por la Corte Suprema, para cubrir cargos vacantes en las Cortes Superiores, debían ceñirse al artículo 49°, conforme al cual

Las ternas que formule la Corte Suprema para proveer los cargos vacantes de Vocales y Fiscales de Cortes Superiores serán integradas por cuatro miembros del Poder Judicial seleccionados entre los que ocupen los diez primeros puestos en los cuadros respectivos de antigüedad y de méritos. La Corte Suprema podrá seleccionar magistrados del mismo grado que corresponde a la vacante. Además, las ternas comprenderán dos abogados seleccionados entre los cuatro que presente la Corte Superior respectiva.

La Corte Suprema tenía once Vocales y tres Fiscales en lo Judicial y dos Fiscales en lo Administrativo, según dispuso el artículo 112° de esta LOPJ (14605). La Corte Suprema conocía los recursos de nulidad y de queja en materia civil, de trabajo, penal y militar. Dirimía las competencias conforme a los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales; resolvía los casos de extradición de acuerdo con las leyes y tratados; conocía del recurso de revisión de las sentencias penales y las otras materias referidas en el artículo 113° de esa ley. Como su precedente, la LOPJ señalaba los casos en que la Corte Suprema, en primera y en segunda instancias, conocía los asuntos contra los altos funcionarios del Estado y las dignidades eclesiásticas. Las demás atribuciones de la Corte Suprema estaban enumeradas en el artículo 114 de esa ley, entre ellas formular su proyecto de presupuesto anual; presentar proyectos de ley; exponer al Congreso los casos de vacíos o deficiencias de las leyes; así como otras funciones administrativas.

La innovación, a efectos de acelerar el despacho, estriba en que podía funcionar con dos Salas de cinco Vocales, presidida por el más antiguo, y por dos Salas de tres Vocales, para conocer los asuntos mencionados en el artículo 117°. En Sala Plena la Corte Suprema se reunía para resolver los recursos de revisión en materia penal, así como los recursos contra resoluciones de las Cortes Superiores en materia de legitimación; para la ceremonia de apertura del año judicial; para tomar conocimiento de las leyes y decretos que le comunique el Poder Ejecutivo (aunque para tal conocimiento era suficiente la publicación de la norma respectiva en el diario oficial El Peruano) y para realizar los demás actos previstos en la ley.

De acuerdo con esta LOPJ (14205), los miembros del Ministerio Público (Fiscales y Agentes Fiscales) formaban parte del Poder Judicial, manteniendo el status precedente.

22. El régimen militar y la usurpación de la justicia

Durante el período democrático 1963-68 se respetó la separación de Poderes. Empero, producido el golpe militar del 3 de octubre de 1968, la conducta del denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada fue distinta. No sólo intimidó a la población, con la permanente suspensión de las libertades públicas y de los derechos fundamentales, sino que mantuvo sumiso al Poder Judicial. Los nombramientos fueron hechos discriminada y parcialmente.

La relación de los Vocales y Fiscales Supremos designados en el período de doce años del Gobierno militar así lo demuestra. En efecto, fueron expedidos, con ese propósito, los siguientes Decretos Leyes:

Decreto Ley N° 17333, de 2 de enero de 1969, que nombró vocal titular de la Suprema al Dr. Manuel Segundo Núñez Valdivia.

Decreto Ley N° 17693, de 11 de junio de 1969, que nombró fiscal titular de la Suprema al Dr. Andrés Molinari Balbuena.

Decreto Ley N° 17694, de 11 de junio de 1969, que nombró fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor Manuel Octavio Torres Malpica.

Decreto Ley N° 17695, de 11 de junio de 1969, que nombró fiscal administrativo de la Suprema al Dr. Arturo Linares.

Decreto Ley N° 17750, de 23 de julio de 1969, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor José Luis Ponce Mendoza.

Decreto Ley N° 17861, de 29 de octubre de 1969, que nombró fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia de la República al doctor Remigio Pino Carpio.

El "Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada" por Decreto Ley N° 18060, de 24 de diciembre de 1969, dispuso la reorganización del Poder Judicial y cesó a los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema. El régimen usurpador consideró que era su objetivo "moralizar el país en todos los campos de la actividad nacional y restablecer plenamente el principio de autoridad, el respeto a la ley y el imperio de la justicia". Reiterando ese mismo concepto, sostuvo que "dentro de la acción renovadora de las instituciones nacionales asumida por el Gobierno Revolucionario constituye materia de fundamental importancia la reforma general de la administración de Justicia". Aludió al hecho de que "la acumulación de procesos y el excesivo número de inculpados y acusados detenidos sin que judicialmente sea definida su situación, demuestra retardo en la administración de Justicia lo que debe ser superado".

Consideró el Gobierno militar que "la reforma ha de encarar primordialmente la tarea de configurar el Poder del Estado encargado de tal administración dentro de lineamientos que, asegurando básicamente su total e indispensable independencia, garanticen asimismo la idoneidad de su personal componente dentro de un sistema que, alentando el esfuerzo y la dedicación austera, excluya la permanencia en el cargo de los magistrados que no hubieran demostrado tal idoneidad para la función; y que "igualmente constituye factor básico de esa reforma la redistribución adecuada de los Tribunales y Juzgados que satisfaga las necesidades reales del país; así como la expedición de normas que dinamicen la administración de la Justicia".

Para la reforma judicial, el Gobierno estimó que "análogamente es indispensable proceder a una severa ratificación extraordinaria de todos los magistrados de Primera y Segunda Instancia de la República", con lo cual, por una parte, trataba de congraciarse con la población, y, por otra, tener un Poder Judicial hecho a la medida de sus intereses.

El Gobierno militar, finalmente, justificó su decisión en "el clamor general de la ciudadanía, traduciendo con las medidas que adopta tanto la aspiración general de la opinión, como la de las instituciones profesionales especializadas".

Las disposiciones del Decreto Ley Nº 18060, concretamente, fueron las siguientes:
Artículo 1º.- Declarase en estado de reorganización el Poder Judicial, cesando a la fecha en sus cargos los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema.

Artículo 2º.- La Corte Suprema queda integrada por los magistrados elegidos en la fecha por Decreto-Ley, con el carácter de titulares.

Artículo 3º.- Toda elección de Vocales y Fiscal de la Corte Suprema será por un periodo de cinco años; siendo posible la reelección sucesiva.

Artículo 4º.- La Corte Suprema se compondrá de dieciséis Vocales y un Fiscal, con categoría de Ministros de Estado. Los primeros conformaran tres Salas de cinco miembros cada una y un Presidente. Las Salas se ocuparan de las materias de carácter civil la primera, de las de carácter penal la segunda y de los asuntos contencioso-administrativos, laborales y de Derecho Publico en general, la tercera.
En cada Sala actuara como Vocal ponente para cada asunto uno de sus miembros.
El Fiscal conocerá de los asuntos de orden administrativa, con las funciones que la ley vigente le asigna.

Artículo 5º.- Adicionalmente a sus atribuciones ordinarias, la Corte Suprema queda encargada de:

a) Pronunciarse en vía de ratificación extraordinaria y dentro del termino de noventa días a partir de la fecha, sobre la continuación o cese en el cargo de todos y cada uno de los Jueces y Vocales de la Republica, así como de los miembros del Ministerio Publico;
b) Proceder a la modificación de la demarcación de los Distritos Judiciales, con el propósito de que esa distribución responda a las necesidades reales de la administración de Justicia, trasladando y creando las plazas que fueren necesarias por esta vez;
c) Elaborar la Tabla de Términos de Distancia, dentro del termino de noventa días a partir de la fecha;
d) Elaborar, dentro de igual término, el Arancel de Derechos Judiciales; y,
e) Dictar las medidas de urgencia que estime convenientes llamando, además, al personal suplente que sea necesario, y vigilar su riguroso cumplimiento a efecto de garantizar la observancia de los términos legales en todos los procesos y la oportuna atención de los recursos y notificaciones; sancionando severamente a los Jueces y auxiliares de Justicia responsables hasta obtener la extirpación de las deficiencias existentes.

Artículo 6º.- En todos los casos en que la acusación fiscal escrito pidiere pena no superior a seis años de penitenciaria, relegación o prisión; el juicio oral podrá llevarse a cabo con la intervención de un solo Vocal, llamándose en estos casos al Fiscal suplente y al personal auxiliar que fuere menester. Las Cortes Superiores organizaran turnos para la realización de audiencias matutinas y vespertinas hasta que desaparezca la actual congestión de procesos. Entretanto, los Vocales de los Tribunales Correccionales podrán también resolver unipersonalmente los incidentes y excepciones que se plantearan contra la acción penal.

Artículo 7º.- Crease el Consejo Nacional de Justicia, organismo que será integrado por los siguientes delegados: Dos del Poder Ejecutivo, dos del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados de Lima y uno por cada Programa Académico de Derecho de las dos Universidades Nacionales más antiguas.

Artículo 8º.- Para ser Delegado ante el Consejo Nacional de Justicia se requerirá tener la nacionalidad peruana por nacimiento, titulo de abogado y ejercicio profesional no menor de 20 años. La función durara dos años, no siendo posible la reelección inmediata.

El Consejo elegirá su Presidente para un periodo de seis meses, no siendo posible, tampoco, la reelección inmediata. El quórum de la asamblea será de siete miembros, bastando el voto conforme de seis para hacer resolución. El Consejo elaborara su Reglamento.

Artículo 9º.- La función del Consejo Nacional de Justicia será la de elegir a los magistrados de todo el Poder Judicial de la República, con la excepción de los Jueces de Paz, y sujetándose al sistema de propuestas vigente.

Cuando lo estimara conveniente, el Consejo Nacional de Justicia podrá constituir Consejos Regionales de Justicia en los que se delegue la elección de los magistrados, de los Distritos Judiciales respectivos, fijando su reglamentación.

Artículo 10º.- "El periodo de vacaciones judiciales será del 31 de enero al 12 de marzo de cada año. Si esta ultima

fecha recayera en día inhábil, la apertura de tribunales se realizara el inmediato siguiente hábil.

Artículo 11º.- Dejase en suspenso el articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Nº 14605 en cuanto se oponga al presente Decreto-Ley y derogase el artículo 8º del Decreto-Ley Nº 17110 y todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan al mismo.

Con el Decreto Ley Nº 18061, de 24 de diciembre de 1979, el régimen militar designó vocales de la Corte Suprema a Manuel Segundo Núñez Valdivia, Luis Ponde Mendoza, Octavio Torres Malpica, Alejandro Bustamante Ugarte, Enrique Cuentas Ormachea, Juan Domingo Córdova Vargas, Francisco Velasco Gallo, Alberto Ballón Landa Arrisueño, José García Salazar, Javier Alzadora Valdez, José Santos Rivera, Emilio Llosa Rickets, Manuel García Calderón, Koekchin, Ricardo Nugent López Chávez y Plácido Galindo Pardo; y fiscal a Jesús Antonio Linares Barreda.

El "Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas" se dio maña para integrar el Consejo Nacional de Justicia con personas que le eran absolutamente adictas, plenamente identificadas con el proceso del régimen usurpador y anhelosas de colocar a sus amigos en el Poder Judicial, para manejarlo y obtener réditos.

Por supuesto, el contenido de los Decretos Leyes Nºs. 18060 y 18061 estaba en franca pugna con la Constitución; pero había[n] abogados dispuestos a pasar por encima de ella, como en otras oportunidades que registra la historia, antes y después de 1969.

Empero, los revolucionarios del Gobierno militar suprimieron las Fiscalías de la Corte Suprema. Posteriormente, arrepentidos, dictaron el Decreto Ley Nº 18200, de 7 de abril de 1970, en el cual expresan que, en vista de esa supresión, era necesario establecer la representación del Ministerio Publico en los procesos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley Nº 17417, correspondía conocer a la Corte Suprema en Primera y Segunda Instancia. Por lo tanto, dispone ese Decreto Ley:

Articulo 1º.- Al establecerse la conformación del Tribunal Correccional y la designación del Vocal Instructor, de acuerdo con lo dispuesto en el Articulo 17º del Código de Procedimientos Penales, se designaran los representantes del Ministerio Publico ad-hoc que sean necesarios para la tramitación y resolución de las causas indicadas en el Decreto-Ley Nº 17417.

Articulo 2º.- Para las causas que se indica en el articulo anterior y que actualmente se encuentren en trámite en la Corte Suprema, la Sala Penal procederá a la designación de los respectivos Fiscales ad-hoc.

El 7 de abril de 1970, el gobierno usurpador dictó el Decreto Ley Nº 18202, para establecer las materias que debían resolver las Salas de la Corte Suprema. De acuerdo con el artículo 1º de ese Decreto Ley -que modificó el artículo 4º del Decreto Ley Nº 18060- correspondía:

a) La Primera Sala Civil, conocerá de los juicios ordinarios y ejecutivos, sus incidencias, competencias y quejas de derecho, así como de los casos que la Ley Orgánica del Poder Judicial Nº 14605 dispone sean de conocimiento de la Primera Sala de la Corte Suprema.
b) La Segunda Sala Civil, conocerá de los demás juicios y procedimientos no considerados en el inciso anterior, así como de los asuntos laborales y de Derechos Publico en general, sus incidencias, competencias, quejas de derecho y de las acciones de Habeas Corpus a que se refiere el Articulo 4º del Decreto-Ley Nº 17083.
c) La Sala Penal, conocerá de los procesos penales sus incidencias, competencias, quejas de derecho así como de los procedimientos de extradición y de las acciones de Habeas Corpus a que se refiere la primera parte del Articulo 1º del citado Decreto-Ley Nº 17083.

El artículo 2º dispuso:

No hay recurso de nulidad; a)en las causas cuyo interés no pasa de S/. 30.000.00; b) en los juicios de alimentos cuando la pensión fijada no exceda de S/. 10.000.00 mensuales, salvo que lo interponga el alimentista; c) en los juicios de desahucio y aviso de despedida, cuando la merced conductiva no exceda de S/. 30.000.00 soles anuales.

Por Decreto Ley Nº 19059, de 9 de diciembre de 1971, se dispuso que la Corte Suprema y las Cortes Superiores de la República designarán anualmente entre sus miembros y entre los Jueces y Agentes Fiscales de sus respectivos Distritos, sin distinción de cargo y antigüedad, a los Magistrados que deben integrar los organismos administrativos y jurisdiccionales que por disposición legal estén constituidos con Vocales, Fiscales, Jueces y Agentes Fiscales, así como otros organismos administrativos.

Decreto Ley Nº 19957, de 21 de marzo de 1973, se autorizó a la Corte Suprema para dictar disposiciones a fin de organizar el trabajo judicial.

También, para cubrir vacantes producidas en la Corte Suprema, fueron expedidos los siguientes Decretos Leyes:

El Decreto Ley Nº 19027, de 10 de noviembre de 1971, que nombró vocal titular de la Corte Suprema al doctor Juan Octavio Arce Murúa.

El Decreto Ley Nº 19572, de 13 de octubre de 1972, que nombró vocal de la corte Suprema de la República al doctor César Barrós Conti.

El Decreto Ley Nº 19972, de 5 de abril de 1973, que nombró fiscal titular en lo administrativo de la Suprema al doctor Humberto Gálvez Durán Candiotti.

El Decreto Ley Nº 20240, de 5 de diciembre de 1973, que designó vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Francisco Rojas Espinoza.

El Decreto Ley Nº 20241, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Manuel Tamayo Vargas.

El Decreto Ley N° 20242, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor José Samanez Concha.

El Decreto Ley N° 20243, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor César Pollak Romero.

El Decreto Ley N° 20244, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Ulises Quiroga Masías.

El Decreto Ley N° 20245, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Julio Ernesto Valdivia Pezo.

El Decreto Ley N°20246, de 5 de diciembre de 1973, que designó vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Artemio Alvarez Benavides.

El Decreto Ley N° 20247, de 5 de diciembre de 1973, que designó vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Federico Gutiérrez Salazar.

El Decreto Ley N° 21072, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor José Antonio García Salazar.

El Decreto Ley N° 21073, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal titular de la Corte Suprema al doctor Francisco Velasco Gallo.

El Decreto Ley N° 21074, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal titular de la Corte Suprema de Justicia doctor Ricardo Nugent López Chávez.

El Decreto Ley N° 21075, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal de la Corte Suprema de Justicia al doctor Guillermo García Montufar.

El Decreto Ley N° 21076, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal Tttular de la Corte Suprema al doctor José I. Tello Campodónico.

El Decreto Ley N° 21077, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal de la Corte Suprema de Justicia al doctor Raúl Vargas Mata.

El Decreto Ley N° 21078, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República al doctor Guillermo Figallo Adrianzén.

Otras normas relacionadas con la administración de justicia, que demuestran la intervención del Poder Judicial por el "Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas", están insertas en los siguientes Decretos Legislativos:

El Decreto Ley N° 18162, de 4 de marzo de 1970, que modificó el Artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Judicial No. 14605.

El Decreto Ley N° 18200, de 8 de abril de 1970, que se refiere al nombramiento de los Fiscales ad hoc.

El Decreto Ley N° 18201, de 8 de abril de 1970, que dispuso que la Corte Suprema elegirá anualmente dos suplentes del Fiscal en lo Administrativo y dos por Relator.

El Decreto Ley N° 18202, de 08 de abril de 1970, que modificó el artículo 4° del Decreto Ley N° 18060, sobre Materias que tratarán las Tres Salas de la Suprema.

El Decreto Ley N° 18326, de 1 de julio de 1970, que estableció las normas para elegir a los Magistrados de todo el Poder Judicial. En sus considerandos expresa que por Decreto Ley N° 18060 fue creado el Consejo Nacional de Justicia con la función de elegir a todos los Magistrados del Poder Judicial de la República, según el sistema de propuestas vigente, pero que ese sistema exhibe, entre otros inconvenientes, el de sustentarse en ternas y decenas en las que pueden omitirse candidatos de calidad o ser incluidos quienes ni aspiren a ser jueces, vocales o representantes del Ministerio Público; y, lo que es más grave, desaprovechados para otras vacantes, los incluidos en ternas o decenas que no hubiesen sido elegidos. Con tales y otros argumentos, el gobierno usurpador –o Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas– decretó:

Artículo 1°.- Para proveer los cargos judiciales que a criterio de la Corte Suprema sean de inaplazable urgencia, se observarán con carácter transitorio las normas que se establecen en el presente Decreto Ley.

Artículo 2°.- Para el nombramiento de los Jueces de Primera Instancia y de los Agentes Fiscales de cada Provincia, las Cortes Superiores propondrán al Consejo Nacional de Justicia, por intermedio de la Corte Suprema, listas de candidatos con número no mayor de seis por cada plaza vacante, debiendo reunir los propuestos los requisitos que señala el artículo 42° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los respectivos Colegios de Abogados, en ejercicio de iguales atribuciones y observando el mismo procedimiento, propondrán al Consejo Nacional de Justicia igual número de candidatos, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha en que el Consejo solicite las listas.

Asimismo, la Federación de Colegios de Abogados podrá remitir, en igual término y a solicitud del Consejo, nómina de abogados inscritos en Colegios distintos del de la sede de la vacante, que aspiren a los cargos que se trata de proveer. Los abogados propuestos deberán reunir los requisitos de ley y ser idóneos a juicio de la Federación.

Artículo 3°.- Recibidas las propuestas, el Consejo Nacional de Justicia ordenará su publicación por tres días consecutivos en el diario oficial "El Peruano" indicando que los candidatos y cualquier persona o entidad pueda hacer llegar a la Secretaría del Consejo, en el plazo de diez días a partir de la última publicación, todas las informaciones y documentos que estimen necesarios a la elección.

Artículo 4°.- El Consejo Nacional de Justicia, previa entrevista personal, con arreglo a su Reglamento procederá a calificar a los propuestos, teniendo en cuenta el currículo vital documentado, la información razonada y demás elementos de juicio.

Artículo 5°.- Para proveer los cargos de Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores, la Corte Suprema propondrá al Consejo Nacional de Justicia, listas de candidatos en número no mayor de seis por cada una de las plazas vacantes y con los requisitos que señala el artículo 41° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los Colegios de Abogados y la Federación Nacional de Colegios de Abogados ejercerán idénticas atribuciones a las señaladas en los parágrafos 2° y 3° del artículo 2°.

La elección de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores se sujetará al procedimiento establecido en los artículos 3° y 4° del presente Decreto Ley.

Artículo 6°.- Para proveer las Vocalías y Fiscalías de la Corte Suprema que pudieran vacar dentro del régimen transitorio a que se contrae el presente Decreto Ley, la Corte Suprema, La Federación Nacional de Colegios de Abogados y el Colegio de Abogados de Lima, propondrán sendas decenas al Consejo Nacional de Justicia.

Como la Corte Suprema y las Cortes Superiores estaban copadas por allegados al régimen usurpador, salvo excepciones, y adicionalmente (aunque no era necesario) existía un manejo de varios Colegios de Abogados por amigos del oficialismo dictatorial, el Consejo Nacional de Justicia, también conformado por amigos de los revolucionarios gobernantes, no tenía dificultad para continuar infiltrando al Poder Judicial con adictos, nuevos o reciclados, del régimen que surgió del golpe del 3 de octubre de 1968.

La reforma del Poder Judicial, emprendida en el período 1968-80, fracasó tanto o más que las precedentes.

El Decreto Ley N° 18720, de 9 de enero de 1971, que modificó el Título XXI de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre vacaciones del personal.

El Decreto Ley N° 18895, de 23 de junio de 1971, que prorrogó los plazos establecidos en los Decretos Leyes Nos. 18826, 18350 y 18810 hasta el 31 de diciembre de 1971.

El Decreto Ley N° 18918, de fecha 4 de agosto de 1971, que designa el 4 de agosto como "Día del Juez".

El Decreto Ley N° 18919, de fecha 4 de agosto de 1971, para determinar las insignias que deben usar Magistrados de Cortes.

El Decreto Ley N° 18920, de fecha 4 de agosto de 1971, que creó la Condecoración de la Orden Peruana de la Justicia.

El Decreto Ley N° 18985, de fecha 13 de octubre de 1971, que otorgó facultades al Consejo Nacional de Justicia para elegir a los Magistrados del Poder Judicial.

El Decreto Ley N° 21354, de fecha 17 de diciembre, señalando las normas para magistrados del Poder Judicial.

23. El Consejo Nacional de Justicia

El Decreto Ley N° 21023, de fecha 18 de diciembre de 1974, relacionado con cubrir las vacantes que se produzcan en la Corte Suprema de Justicia, dispuso:

Dentro del término de cinco días de vigencia del presente Decreto Ley, la Corte Suprema de Justicia de la República remitirá al Gobierno revolucionario de la Fuerza Armada, por intermedio del Primer Ministro, la relación de los Magistrados de esa Corte que deseen dejar sus cargos al vencimiento del término para el que fueron elegidos.

Las vacantes que se produzcan por vencimiento del período al que se refiere la parte considerativa del presente Decreto Ley serán provistas por el Consejo Nacional de Justicia, eligiendo entre los Magistrados que no están comprendidos en el párrafo precedente, los candidatos que hubieran sido propuestos en anteriores oportunidades por la Corte Suprema, por la Federación Nacional de Colegios de Abogados y por el Colegio de Abogados de Lima, así como entre quienes se presenten directamente y reúnan los requisitos de ley.

Para los magistrados en ejercicio se sustituye la entrevista personal por la evaluación que el Consejo haga de su labor. Para los demás candidatos, por esta vez, no será necesaria la entrevista personal, bastando la apreciación de su currículo vital.

El Decreto Ley N° 21023 resultó ser una fórmula para disimular la elección digitada de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Personajes cercanos al "Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas" se prestaron para integrar el Consejo Nacional de Justicia. La consecuencia fue que, salvo honrosas excepciones, ingresaran a la Magistratura letrados vinculados al régimen usurpador. Los nombramientos, ciertamente, fueron hechos al margen del sistema constitucional de gobierno que entonces, como en tantas otras etapas de nuestra vida republicana, fue simplemente literatura jurídica y no realidad existencial.

24. El Plan del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada

El Decreto Ley N° 21049, de 31 de diciembre de 1974, cortó la secuela de juicios por acciones seguidas ante Jueces y Tribunales Privativos de Guerra.
Fue objetivo del Decreto Ley N° 21307, de 12 de noviembre de 1975, ejecutar la "reforma judicial", reclamada por varios sectores del país, especialmente los Colegios de Abogados. Se afirmó, por ello, en la parte considerativa de tal Decreto Ley:
Que el Estatuto y el Plan de Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, define el carácter radical de los cambios que se postulan en el ámbito judicial y la tónica revolucionaria que debe informar la legislación de esta materia;

Que la tarea nuclear de la reforma consiste en trabajar sobre la realidad social del país, motivarse en los postulados renovadores de la Revolución, y, en función de ambos, replantear el problema de la administración de justicia en el Perú, para hacerla eficaz y oportuna en base a su independencia orgánica y funcional; y,

Que la magnitud y complejidad de la tarea que se propone, supera las posibilidades de una comisión de tipo tradicional, demanda el esfuerzo solidario de un equipo calificado, que por razón de su función esté en contacto permanente con la problemática judicial, por lo que esta tarea debe ser continuada por miembros de la propia administración de justicia, con la cooperación de todos los sectores de la comunidad, sin perjuicio de que ésta, en los casos que lo considere conveniente, haga llegar directamente sus sugerencia al Primer Ministro.

En consecuencia, se dispuso que

Artículo 1.- Créase la Comisión de Reforma Judicial, encargada de continuar el proceso de reforma de la administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 16 y 40 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Justicia (18831).

Artículo 2.- La Comisión de Reforma Judicial estará integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien la presidirá, y por tres Vocales de las misma Corte, un Vocal de Corte Superior y un Magistrado de Primera Instancia.

Artículo 3.- Los integrantes de la Comisión, a excepción del Presidente, serán designados por el Poder ejecutivo entre los magistrados Supremos, Superiores y de Primera Instancia de la República.

Artículo 4.- El cargo de Magistrado Comisionado, a excepción del Presidente, es a dedicación exclusiva y será ejercicio pro períodos anuales, entre el 17 de Marzo y el mismo día del año siguiente, pudiendo ser reelegido.

Artículo 5.- Son objetivos básicos de la reforma Judicial:
a. Lograr que la administración de justicia, orgánica y funcionalmente independiente, sea garantía eficaz y oportuna del ejercicio de loa derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los hombres e instituciones que integran la sociedad peruana como comunidad solidaria;
b. El reordenamiento de la legislación sustantiva y procesal, dentro de una orientación que responda a la realidad socio-jurídica peruana;
c. Instituirla participación del pueblo en la administración de justicia y fortalecer su conciencia jurídica a través del ejercicio de la función jurisdiccional;
d. Integra la función judicial, sin perjuicio de la especialidad de los fueros privativos que sea necesario conservar;
e. Simplificar y flexibilizar la organización judicial, capacitándola para su autoadaptación a las exigencias de los cambios sociales; y
f. Encausar la actuación de los funcionarios judiciales dentro de los lineamientos éticos de la conducta funcional pública, las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional y la realidad social del país.

Artículo 6.- Para alcanzar los objetivos precedentes, la Comisión Judicial:
a. Efectuará la evaluación y diagnóstico de la realidad socio-judicial del país;
b. Formulará los planes de reforma y los propondrá al Supremo Gobierno, o, en su caso, a la Sala Plena de la Corte Suprema; y
c. Elaborará el proyecto de Ley sobre organización y funciones de la administración de Justicia.

Artículo 7.- Compete adicionalmente a la Comisión de Reforma Judicial:
a. Crear la estructura de apoyo requerida por sus necesidades funcionales;
b. Formular su presupuesto de operación;
c. Proponer a la Sala Plena de la Corte Suprema las medidas de urgencia que demande el buen funcionamiento de la administración de justicia y al Supremo Gobierno las reformas legislativas requeridas para el mismo fin; y,
d. Elaborar su Reglamento.

Artículo 8.- En tanto se determine la estructura orgánica del Poder Judicial, regirán las disposiciones siguientes:
a. Las salas jurisdiccionales de la Corte Suprema se compondrán de cuatro Vocales, siendo necesario tres votos conformes para que haya resolución, salvo los casos en los que por disposición de la Ley se requiera la unanimidad;
b. Los asuntos administrativos que sean de competencia de la Sala Plena de la Corte Suprema, serán informados por el Vocal que ésta designe; y
c. La dedicación exclusiva de los Vocales de la Corte Suprema integrantes de la Comisión de Reforma Judicial, no excluye su participación en las sesiones de Sala Plena y demás actos corporativos de la Corte.

Artículo 9.- Los Magistrados de la Corte Superior y de Primera Instancia que integren la Comisión serán reemplazados por el Juez Decano y por el Secretario de Corte más antiguo del mismo Distrito Judicial, respectivamente.

Artículo 10.- Todos los organismos y reparticiones del Sector Público Nacional prestarán la colaboración que lee solicite la Comisión para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, la Comisión podrá solicitar la colaboración de las federaciones, colegios, universidades, así como de toda persona natural o jurídica del sector no público, sin prejuicio de que unas y otras hagan llegar sugerencias directamente al Primer Ministro.

Artículo 11.- Conviértese la Fiscalía en lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en Vocalía de la misma Corte, expidiéndose al actual Fiscal en lo Administrativo el Título de Vocal de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 12.- El Vocal de la Corte Suprema de Justicia que no integre Sala, será llamado, preferentemente, en los casos de impedimento, discordia, falta o licencia de los Vocales de Cualquiera de las Salas.

Artículo 13.- Asígnase a la Ofician Nacional de Asuntos Jurídicos las funciones que han correspondido al Fiscal en lo Administrativo de la Corte Suprema en los asuntos administrativos del Sector Público Nacional, exceptuándose los de la propia administración de justicia.

Artículo 14.- Los miembros que sean designados por primera vez para integrar la Comisión de Reforma Judicial, por excepción, desempeñarán el cargo hasta el 17 de Marzo de 1977.

Artículo 15.- Derógase o déjase en suspenso, en sus caso, las disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley.

Naturalmente, la referida Comisión no fue sino un instrumento del "Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas", a fin de manipular al Poder Judicial. Los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, y 9 y los incisos a) y c) del artículo 8 fueron derogados por el artículo 11 del Decreto Ley Nº 22422, de 17 de noviembre de 1979, por lo cualvirtualmente abortó el intento de hacer la "reforma judicial".

El "Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada" expidió, también, el Decreto Ley Nº 21354, de 17 de diciembre de 1975, por el cual se señalaban las "normas" de edad límite para el ejercicio de la magistratura. El propósito evidente fue deshacerse de los Vocales y Fiscales que no habían adecuado su conducta al régimen usurpador. Una vez que se alcanzó ese objetivo, aquel Decreto Ley fue derogado por el Decreto Ley Nº 22015, de 11 de diciembre de 1977. Así se manejó el Poder Judicial por el gobierno usurpador, que requería de jueces sumisos y obsecuentes. La historia debe registrar estos hechos, por cuya razón es necesario insertar, en este fundamento de voto, ambos Decretos Leyes.

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que entre los objetivos del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada está el de transformar la estructura del Estado haciéndola más dinámica y eficiente;

Que, dentro de dicha acción de transformación constituye materia de fundamental importancia la reorganización y renovación del Poder Judicial,

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1.- Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República cesarán al cumplir sesenta y dos años de edad y los de las Cortes Superiores y de Primera Instancia al cumplir sesenta años de edad. Estos límites rigen únicamente para los Magistrados del Poder Judicial.

Artículo 2.- Las vacantes que se produzcan en la Corte suprema de Justicia se cubrirán, provisionalmente, con los Magistrados de Segunda Instancia más antiguos de la República.

En las vacantes que conforme al artículo anterior se produzcan en las Cortes Superiores y en Primera Instancia, la corte Suprema designará provisionalmente para cubrirlas a los funcionarios inferiores de cualquier Distrito Judicial, y/o abogados en ejercicio, siempre que reúnan los requisitos que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dentro del término de treinta días útiles de iniciado el Año Judicial de 1976, la Corte Suprema realizará la evaluación de los Magistrados a que se refiere el acápite anterior para los efectos de su postulación como titulares.

(El Decreto Ley N° 21479, de 5 de mayo de 1976, prorrogó, hasta el 30 de junio de 1976, el plazo para la evaluación de magistrados provisionales a que se refiere el último párrafo del artículo 2).

Cuando ya estaban separados del Poder Judicial los Magistrados incómodos, se expidió el Decreto Ley Nº 22015, de 11 de diciembre de 1977, por el cual se invocaba "razones de orden presupuestal que obligan a evitar el incremento de las listas pasivas", y en consecuencia el "Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada" dispuso:

En uso de las facultades de que está investido; y
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
Ha dado el Decreto Ley siguiente:
Artículo Unico.- Derógase el Decreto Ley 21354.

La situación político-social del Perú obligó al "Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas", que había sufrido varios cambios en su estructura inicial, a convocar a una Asamblea Constituyente para que elaborara una nueva Carta Política.

25. La Constitución de 1979: Poder Judicial y Ministerio Público

La Constitución de 1979, promulgada el 12 de julio de 1979, fue el resultado del consenso de distintas fuerzas políticas en la Asamblea Constituyente, y dispuso en su Decimosegunda Disposición General y Transitoria que

Los vocales y fiscales de la Corte Suprema que fueron cesados en el ejercicio del cargo por Decreto Ley 18060; los que fueron separados, sin antejuicio constitucional, después de 1969; y los magistrados que lo fueron en la ratificación extraordinaria de 1970, no prevista en la Constitución, o a consecuencia del Decreto Ley 21354, están expeditos para reingresar al servicio judicial, sin previo concurso ni evaluación, siempre que tengan menos de setenta años, así como para que se les compute de abono, sin goce de haber, el tiempo transcurrido desde que fueron separados hasta que se inicie el gobierno constitucional o hasta que cumplan setenta años.

De esta manera, la Nación desagravió a los magistrados que fueron víctimas del régimen autoritario que asumió el poder como consecuencia del golpe de Estado del 3 de octubre de 1968. Empero, agravió la gramática española, pues debió ser la Duodécima Disposición General y Transitoria. Además, la propia Constitución, en su Decimotercera Disposición General y Transitoria, ordenó:

El Senado de la República, dentro de los sesenta días siguientes a su instalación, con el voto de más de la mitad de sus miembros, procede a ratificar a los Vocales

de la Corte Suprema. Por su parte, la Corte Suprema, en Sala Plena, dentro de los ciento veinte días siguientes a su ratificación, procede, en igual forma, a ratificar a los demás Magistrados de la República de todos los fueros. En ambos casos, se da audiencia a los interesados. Ningún Magistrado judicial es separado de su cargo sin ser previamente citado y oído. La resolución debe expresar los fundamentos en que resustenta.

Hasta que se instale el Gobierno Constitucional, las vacantes que se produzcan en la Corte Suprema se proveen interinamente en la forma prevista por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Senado de la República, instalado el 27 de julio de 1980, dio cabal cumplimiento a la ratificación de los Vocales de la Corte Suprema, dentro del plazo respectivo. La votación fue hecha mediante balotas, o sea con voto secreto. Asimismo, la Sala Plena de la Corte Suprema procedió a la ratificación de los Vocales de las Cortes Superiores y de los jueces de todos los distritos judiciales. Los abusos perpetrados por la dictadura fueron reparados.

La Constitución Política del Perú de 1979, en el artículo 232°, declaró:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.

Los artículos 233°, 234°, 235°, 236° y 237° de esa Carta declararon las garantías y derechos de la función jurisdiccional; la prohibición de la pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior; estableció la primacía de la Constitución respecto de las leyes y de éstas sobre otras normas de inferior jerarquía; y determinó que eran órganos de la función jurisdiccional la Corte Suprema de Justicia, con sede en la capital de la República, las Cortes Superiores, con sede en la capital del Distrito Judicial que señala la ley; y los juzgados civiles, penales y especiales y los juzgados de paz.

Los artículos 238°, 239°, 240°, 24l°, 242°, 243° y 244° trataron del presupuesto del Poder Judicial, que no debía ser menor del dos por ciento del presupuesto de los gastos corrientes para el Gobierno Central, con derecho para que el Presidente de la Corte Suprema participe en el debate presupuestal en el Congreso; de las acciones contencioso-administrativas; de los fallos en casación de la Corte Suprema; de las garantías de los Magistrados para el ejercicio de sus funciones hasta los setenta años; de la incompatibilidad de funciones, excepto la docencia universitaria; de la prohibición de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga y de los requisitos para ser magistrado.

En cuanto al Ministerio Público (que antes fue parte del Poder Judicial), la Constitución de 1979 le otorgó autonomía y organización jerarquizada, pues así lo declaraba el artículo 250° de esa Carta. De manera que concluyó el período republicano y constitucional (excepto la Constitución de 1856) en el cual ese Ministerio formaba parte del Poder Judicial.

En cuanto a nombramientos, el artículo 245° de la Constitución de 1979 declaraba:

El Presidente de la República nombra a los Magistrados, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura.

El Senado ratifica los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema.

Durante los períodos 1980-85 y 1985-90 se cumplió, rigurosamente, ese precepto constitucional. La ratificación por el Senado se hizo, siempre, previa entrevista al propuesto; y con dictamen de la comisión correspondiente. De la misma manera, se procedió en el caso de los Magistrados del Ministerio Público, pues el artículo 251° de la propia Carta, en sus dos últimos párrafos, declaró:

Los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías.

Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos. Una ley orgánica fija las demás disposiciones relacionadas con la estructura y el funcionamiento del Ministerio Público.

26. Las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y del Poder Judicial

La Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 52), de 16 de marzo de 1981, con algunas modificaciones, mantiene vigencia hasta la actualidad (2006). Fue dictada por el Poder Ejecutivo en uso de la delegación de facultades legislativas contenida en la Ley N° 23230, de la que fui autor, cuando ejercí el cargo de Senador de la República. La LOMP tiene 107 artículos, incluyendo las disposiciones transitorias, derogatorias y modificatorias.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Ley N° 14605) fue sustituida por la contenida en el Decreto Legislativo N° 767, que entró en vigencia el 1° de enero de 1992, parcialmente modificado por el Decreto Ley N° 25869, de 26 de noviembre de 1992.

27. El golpe del 5 de abril de 1992 y el asalto al Poder Judicial

Dentro de un sistema de gobierno emanado de la usurpación, se explica que se dictara el Decreto Ley N° 25869. Pero es ya un exceso –o ironía- que el régimen que violó la Constitución de 1979 invocara el inciso 11) del artículo 211 de esa Constitución para dictar el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, de 28 de mayo de 1993, para efectos del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "que consta de Siete Secciones, 304 artículos, una Disposición Complementaria y 33 Disposiciones Finales y Transitorias."

El artículo 1° de la LOPJ define que la impartición de justicia emana del pueblo. Es verdad que el diseño de

la Constitución habilita la elección popular de algunos jueces –los de paz- pero todos actúan en atención al origen constitucional de la potestad que les concede la Nación. En cuanto a la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional ha establecido con precisión sus límites, estando pendiente la ley que defina las materias concernientes a la jurisdicción militar, que es excepcional y tiene que cumplir los estándares internacionales con sujeción a los principios-valores que declara el artículo 139° de la actual Constitución. Ni la justicia arbitral, ni la militar, son discrecionales. El artículo 1° de la LOPJ dice:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.

No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.

En relación con la autonomía e independencia del Poder Judicial, el artículo 2° explicita la norma constitucional e indica:

Autonomía e independencia del Poder Judicial.
El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.
En vez de haber sido el primer artículo de la ley, el artículo 3° señala:

Objeto de la Ley.
La presente Ley determina la estructura del Poder Judicial y define los derechos y deberes de los Magistrados, los justiciables y los auxiliares jurisdiccionales, para asegurar el cumplimiento y pleno respeto de las garantías constitucionales de la administración de justicia.

Dentro del criterio que tuvo la anterior LOPJ (14605), en relación con el carácter vinculante de las decisiones judiciales y los principios que guían la impartición de la justicia, el artículo 4° dice:

Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.
Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia.
La Constitución es la norma suprema de la cual dimanan las demás disposiciones legales y administrativas. La jerarquía de las normas está, de manera genérica, precisada en el artículo 51° de la actual Constitución. El control de la constitucionalidad de las leyes, concentrado y difuso, lo tiene el Tribunal Constitucional; pero el control difuso alcanza a todos los niveles de los órganos que conforman el Poder Judicial. Incluso el Tribunal Constitucional ha establecido, como intérprete máximo de la Constitución, que determinados órganos administrativos pueden ejercer el control difuso. El artículo 14° es, en este aspecto, bastante claro, pues refiere:

Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.
De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.(*)

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

Las sentencias que dicta la Corte Suprema, con valor de cosa juzgada, establecen criterios jurisprudenciales que son de obligatorio cumplimiento. Los Jueces permanentemente deben conocer las sentencias relevantes que dicta el máximo órgano del Poder Judicial, a efectos de que la justicia sea predecible y, como consecuencia, se eviten litigios que no arribarán al éxito. El artículo 22° de la LOPJ declara:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.
Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia

del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Para cumplir adecuadamente con su misión de impartir justicia, el Poder Judicial está constitucionalmente habilitado para actuar con autonomía institucional y ejercer todas las potestades que le señalan la Carta Política y su LO. Como los órganos constitucionales no son autárquicos, están sujetos a la periódica evaluación de sus actos administrativos por la Contraloría General de la República, sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 99° y 100° de la Constitución.
Así lo establece el artículo 25°, conforme al cual

Funciones, gobierno y órganos encargados de administrar justicia.

El Poder Judicial desarrolla las funciones jurisdiccionales que la Constitución y las leyes le otorgan. Para ello se gobierna institucionalmente con la autonomía, facultades y limitaciones que la presente ley establece.

En esta ley se señalan los órganos encargados de administrar justicia en nombre del pueblo y los que norman, rigen, controlan y ejecutan su propia actividad institucional y administrativa.

El artículo 26° de la LOPJ enumera los órganos que, tradicionalmente, integran el poder judicial, señalando:

Órganos Jurisdiccionales.

Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:
1.- La Corte Suprema de Justicia de la República;
2.- Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;
3.- Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;
4.- Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,
5.- Los Juzgados de Paz.

El artículo 29° de la LOPJ determina que son 18 los Vocales Supremos. El número de tales Magistrados ha ido incrementándose de 7 (Decreto de 2 de mayo de 1836) a 9 (Ley de 21 de marzo de 1873) y a 11 (Ley de 5 de noviembre de 1897), por requerirlo así la carga procesal. Está en el debate público –en el año 2006- el planteamiento de reducir a 11 los Vocales Supremos, pero con previa modificación de las normas procesales, civiles y penales, que determinen que a la Corte Suprema sólo lleguen los casos jurídicamente más relevantes y que establezcan jurisprudencia de la cual no se aparten los jueces de las instancias inferiores. La descarga procesal requeriría –transitoriamente- la presencia en la Corte Suprema de un mayor número de Vocales que el que tiene actualmente. El texto del artículo 29° preceptúa:

Composición.

La Corte Suprema está integrada por 18 Vocales Supremos, distribuidos de la siguiente forma:
1. El Presidente de la Corte Suprema;
2. El Vocal Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura;
3. Un Vocal integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
4. Los demás Vocales integrantes de las Salas Jurisdiccionales.

El artículo 29 fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26898, de 15 de diciembre de 1997, pero la Ley N° 27362, de 31 de octubre de 2000, dejó sin efecto la modificación y dispuso que volviera a regir el original.

Actualmente (año 2006) la Corte Suprema realiza su labor mediante Salas. El artículo 30° de la LOPJ, fue modificado por la Ley N° 26695, de 3 de diciembre de 1996; y, posteriormente, por la Ley N° 28865, de 7 de enero de 2006, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. El texto vigente del artículo 30° es el siguiente:

Salas Especializadas.

El trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias de cinco Vocales cada una, presidida por los que designe el Presidente de la Corte Suprema en materia Civil, Penal y de Derecho Constitucional y Social.

La Ley N° 28665, de 7 de enero de 2006, adicionó un párrafo al artículo 30 de la LOPJ, según el cual

El trabajo jurisdiccional en materia Penal Militar Policial, es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cuya conformación y Presidencia, se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en resguardo de su autonomía constitucional, acordó no incorporar a los Vocales designados de acuerdo con la referida ley y en desacuerdo con la Constitución.

El Tribunal Constitucional, por sentencia de 21 de abril de 2006 (Exp. 0004-2006-PI-TC, declaro inconstitucional el párrafo

Cuya conformación y Presidencia se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Militar Policial.

La Corte Suprema conoce como órgano de fallo los procesos (a) iniciados en las Cortes Superiores; (b) los de materia constitucional; (c) los originados en la propia Corte Suprema; y (d) los demás que señala la ley. Así lo dispone el artículo 31 del TUO de la LOPJ.

Los procesos de materia constitucional son los previstos en el artículo 200°-5 de la Constitución Política de

1993, vale decir los de acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen. El proceso de acción popular está desarrollado en los artículos 84 a 97 del Código de Procesal Constitucional. Asimismo, la Corte Suprema conoce los procesos de amparo, si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, en cuyo caso la demanda debe interponerse ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, según lo dispuesto por el artículo 51 del Código Procesal Constitucional. Los originados en la propia Corte Suprema son los que, previo antejuicio, dispone el artículo 100 de la Constitución.

El Código Procesal Civil establece los casos en que procede el recurso de casación, que corresponde conocer a la Corte Suprema, conforme al artículo 32 del TUO de la LOPJ.

Además, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley Nº 27155, de 11 de julio de 1999, la Corte Suprema

Conoce igualmente en vía de casación, las sentencias expedidas por las Salas de Familia en cualquier materia de su competencia e independientemente de la Ley que norme el proceso respectivo. En cualquier caso, el recurso debe reunir los requisitos de forma y fondo establecidos por el Código Procesal Civil.

La Corte Suprema está integrada por Salas que conocen diversas materias.

El artículo 33 determina que las Salas Civiles conocen:
1.- De los recursos de apelación y de casación de su competencia;
2.- De las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad, conforme al Código Procesal Civil;
3.- De los procesos de responsabilidad civil contra los Vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores y contra miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y otros funcionarios, conforme a la Constitución y las leyes, en primera instancia;
4.- En primera instancia de las acciones contencioso-administrativas, en los casos que la ley así lo establece:
5.- De los demás procesos que señala la ley.

Asimismo, el artículo 34, con la modificación introducida por la Ley Nº 28665, de 7 de enero de 2006, señala que las Salas Penales conocen:

1.- El recurso de apelación en procesos sentenciados por las Cortes Superiores en materia penal, que sean de su competencia;
2.- De los recursos de casación conforme a ley;
3.- De las contiendas y transferencias de competencia, conforme a ley;
4.- De la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan contra los funcionarios comprendidos en al artículo 99º de la Constitución, Vocales Supremos de la Sala Suprema Penal Militar Policial, Fiscales Supremos Penales Militares Policiales, Fiscales y Vocales Superiores Penales Militares Policiales y contra los demás funcionarios que señale la ley, conforme a las disposiciones legales pertinentes.
5.- De las extradiciones activas y pasivas;
6.- De los demás procesos previstos en la ley.

Finalmente, el artículo 35 del TUO de la LOPJ establecía que la Sala de Derecho Constitucional y Social conoce:
1.- En última instancia de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo;
2.- Del recurso de apelación de las resoluciones dictadas por las Salas Civiles Supremas y Superiores, en las acciones contencioso-administrativas que ellas conocen en primera instancia;
3.- De las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad que le son propios;
4.- De los recursos de casación en materia de Derecho Laboral y Agrario cuando la ley expresamente lo señala;
5.- En última instancia de los procesos promovidos por acción popular conforme al Art. 295 de la Constitución, y por responsabilidad civil en los casos señalados en el inciso 3) del artículo 33 de esta Ley;
6.- Del recurso de casación en las acciones de expropiación, conforme a ley;
7.- En Segunda Instancia de los procesos de responsabilidad civil resueltos por la Sala Civil Suprema; y,
8.- De los demás asuntos que establece la ley.

El inciso 1 de este artículo fue modificado, primero, por el artículo 200º-2 de la Constitución de 1993 y por el artículo 41 de la Ley Nº 26435 y, posteriormente, por el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, conforme a cuyas disposiciones, si la sentencia de segundo grado de la Corte Superior declara infundada o improcedente la demanda, procede el recurso de agravio constitucional.

De la misma manera, el inciso 5 está modificado por el artículo 200º-5 de la Constitución

En lo que atañe a la competencia y sede de las Cortes Superiores el TUO de la LOPJ destina los artículos 36 a 44.

Los Presidentes de Salas de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores tienen las obligaciones señaladas por el artículo 45, conforme al que

Los Presidentes de las Salas de la Corte Suprema y Cortes Superiores tienen las siguientes atribuciones y obligaciones:

1.- Designar la vista de las causas, según riguroso orden de ingreso, y atendiendo a la naturaleza y al grado de las mismas, bajo responsabilidad;
2.- Distribuir equitativamente los procesos, designando al ponente por sorteo. La designación se mantiene en reserva hasta después de la firma de la respectiva resolución;
3.- Controlar, bajo responsabilidad, que las causas y discordias se resuelvan dentro de los términos señalados por la Ley;
4.- Suscribir las comunicaciones, los exhortos, los poderes y demás documentos:
5.- Remitir al vencimiento de cada mes al Consejo

Ejecutivo respectivo el informe de la labor jurisdiccional realizada por cada uno de los Vocales;
6.- Emitir los informes solicitados a la Sala;
7.- Supervisar la publicación de la Tabla y la Crónica Judicial;
8.- Controlar la asistencia y puntualidad de los miembros de la Sala y de su personal auxiliar y administrativo, dando cuenta al Consejo Ejecutivo respectivo; y,
9.- Controlar que las audiencias e informes orales se inicien a la hora señalada, bajo responsabilidad.

El Poder Judicial tiene Juzgados Especializados y Mixtos. Obviamente, el número de Juzgados está relacionado con el volumen de la carga procesal. Los Juzgados Especializados están enumerados en el artículo 46. Los Juzgado Mixtos funcionan en las Provincias en que, por el volumen de los procesos, un solo Juez puede despachar materias jurisdiccionales de diversa naturaleza.

La Corte Suprema, atendiendo a las necesidades del servicio judicial y a la carga procesal, puede crear otros Juzgados de distinta especialidad a los antes señalados, definiendo su competencia.

Se completa la organización judicial con los Juzgados de Paz Letrados y los Juzgados de Paz no letrados.

II. LA AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL VIOLADA Y ESCARNECIDA

La autonomía del Poder Judicial ha sido mellada continuamente. Con el pretexto de hacer la "reforma del Poder Judicial" se han dictado, cuando menos, las siguientes disposiciones legales:

- El Decreto de 2 de mayo de 1836
- El Decreto de 31 de marzo de 1855
- La Ley de 11 de enero de 1896
- El Decreto Ley Nº 6871, de 27 de junio de 1930
- El Decreto Ley Nº 10899, de 16 de noviembre de 1948
- El Decreto Ley Nº 21307, de 12 de noviembre de 1975

Además, producido el golpe de Estado, cuyos autores principales tienen registrados sus nombres en el Decreto Ley Nº 25418, el "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", además de ocupar militarmente los locales del Congreso y del Tribunal Constitucional, de la Fiscalía de la Nación, de la Contraloría General de la República, asaltó el Palacio de Justicia y otros locales judiciales.
El gobierno usurpador dispuso, por Decreto Ley Nº 25419, de 8 de abril de 1992, la suspensión del Despacho Judicial por diez días útiles en el ámbito nacional, excepto el de los Juzgados Penales y Fiscales Provinciales en lo penal de turno.

Ese mismo Decreto Ley ordenó:

a) En la Capital de la República, las Fuerzas Armadas serán las encargadas de la custodia externa del Palacio de Justicia y de los Edificios donde funcionen los Juzgados Civiles y el Ministerio Público, correspondiéndole a la Policía Nacional del Perú, la responsabilidad de la custodia interna de las instalaciones antes citadas a fin de evitar la pérdida de expedientes, armas, cuerpos del delito, joyas y demás bienes que se encuentren en custodia en las distintas dependencias.
b) En el Distrito Judicial del Callao, será la Marina de Guerra del Perú la que asuma la custodia externa del Palacio de Justicia. La Policía Nacional del Perú se encargará de la custodia interna de dichas instalaciones, asumiendo la misma responsabilidad que se precisa en la última parte del inciso precedente.
c) En los Distritos Judiciales de la República, la custodia interna y externa de las sedes de los Organismos Jurisdiccionales y del Ministerio Público estará a cargo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú respectivamente, quienes asumirán las mismas responsabilidades que se detallan en los incisos a) y b) de este artículo.

Por Decreto Ley Nº 25423, de 9 de abril de 1992, se cesó a los trece siguientes Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República:

Juan Manuel Méndez Osborg
Isaac Gomero Valdivia
Horacio Valladares Ayarza
Róger Salas Gamboa
José Angulo Martínez
Federico Peralta Rosas
Carlos Espinoza Villanueva
Wilbert Baca D'La Zota
Walter Vásquez Bejarano
Antonio Pajares Paredes
Lorenzo Martos Becerra
Eloy Espinoza Saldaña Catasús

Convirtiendo al Poder Judicial en una dependencia del gobierno usurpador, éste dictó el Decreto Ley Nº 25441, de 23 de abril de 1992, estableciendo la conformación de la Corte Suprema de Justicia de la República, en tanto culminara el proceso de ratificación judicial extraordinario y se efectuara el nombramiento de Magistrados.

Sin explicar el motivo, por Decreto Ley Nº 25442, de 23 de abril de 1992, se dejó sin efecto el cese del Dr. Wilbert Baca D'La Zota y se amplió los alcances del Decreto Ley Nº 25423, comprendiéndose en el cese decretado a los Vocales de la Corte Suprema Héctor Beltrán Rivera y Óscar Alfaro Álvarez.

Mediante el Decreto Ley Nº 25446, de 24 de abril de 1992, fueron cesados numerosos Vocales de las Cortes Superiores, Fiscales Superiores, Jueces de los Distritos Judiciales, Fiscales Provinciales y Jueces de Menores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao

Por Decreto Ley Nº 25447, de fecha 25 de abril de 1992, el gobierno usurpador nombró a los siguientes Vocales Provisionales de la Corte Suprema de la República:

Raúl Mendoza Agurto
José Luis Jerí Durand
Pedro Iberico Mas
Alipio Montes de Oca
Fernando Ballón Landa

Elsie Landa Zapater
Luis Ortiz Bernardini
Jorge Buendía Gutiérrez
Luis Felipe Almenara Brysson
David Ruelas Terrazas
Manuel Sánchez Palacios
Blanca Nélida Colán Maguiño

El Tribunal del Servicio Civil fue cesado por Decreto Ley Nº 25450, de 25 de abril de 1992.

Convencido de que el ejercicio del poder es absoluto, el régimen usurpador por el Decreto Ley Nº 25455, de 28 de abril de 1992, estableció la conformación transitoria de la Corte Suprema de la República, así como el procedimiento para la elección de Magistrados de la Corte Superior y Juzgados Mixtos y de Paz Letrados.

El fiscal supremo en lo Penal, doctor Hugo Denegri Cornejo, fue cesado por Decreto Ley Nº 25471.

Por considerarla más útil en el Ministerio Público, el gobierno usurpador expide el Decreto Ley Nº 25472, de 3 de mayo de 1992, nombrando a doña Blanca Nélida Colán Maguiño en el cargo de fiscal supremo en lo Penal. La doctora Colán, pocos días después, fue designada fiscal de la Nación, por Decreto Ley Nº 25505, de 23 de mayo de 1993. Por hechos que la jurisdicción penal ordinaria considera delitos tipificados en el Código Penal, la citada persona está sentenciada a pena privativa de libertad.

Por Decreto Ley Nº 25474, de 4 de mayo de 1992, el régimen golpista nombró Vocal provisional de la Corte Suprema de Justicia al doctor Carlos Eduardo Hermoza Moya.

Mediante el Decreto Ley Nº 25476, de 6 de mayo de 1992, se fijó plazo para la realización de Audiencia Pública Extraordinaria destinada a tratar aspectos relacionados con la reorganización del Poder Judicial y la Administración de Justicia.

El Decreto Ley Nº 25492, de 13 de mayo de 1992, cesó a los Vocales de los Tribunales de Trabajo y Jueces de Trabajo de Lima y Callao.

Por Decreto Ley Nº 25494, de 13 de mayo de 1992, se cesó a los doctores Carlos Castañeda La Fontaine y Juan Torres García, como Presidente titular y como suplente, del Jurado Nacional de Elecciones, para cuyas funciones fueron elegidos por la Corte Suprema de Justicia. El mismo Decreto Ley dispuso que la Corte Suprema, en sesión de Sala Plena, elija a los reemplazantes. La intromisión del gobierno usurpador quedó patente, una vez más, tanto en el Poder Judicial cuanto en el Jurado Nacional de Elecciones.

El gobierno usurpador, por Decreto Ley Nº 25522, de 2 de junio de 1992, nombró al doctor Pedro Pablo Gutiérrez Ferreira fiscal supremo en lo Administrativo y Contencioso Provisional, "de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional".

El régimen usurpador fue magnánimo. Por Decreto Ley Nº 25524, de fecha 5 de junio de 1992, deja sin efecto el cese, en vía de rehabilitación, del vocal de la Corte Suprema doctor Lorenzo Martos Becerra. Asimismo, deja sin efecto el cese en el cargo, dispuesto en el Decreto Ley Nº 25446, de los siguientes Magistrados:

Alejandro Rodríguez Medrano, vocal de la Corte Superior de Lima
Marcos Ibazeta Marino, juez del Distrito Judicial de Lima
César Manrique Zegarra, juez del Distrito Judicial de Lima
Haydée Quispe Fernández, juez de menores del Distrito Judicial de Lima
Luz Capuñay de Meza, juez de menores del Distrito Judicial de Lima

Pero el régimen usurpador actúa también de manera implacable. Por Decreto Ley Nº 25529, de 6 de junio de 1992, cesó a todos los Magistrados del Tribunal Agrario.

Sin embargo, el gobierno de facto se mostró a ratos tolerante y razonable. Mitigó su furia revolucionaria y por Decreto Ley Nº 25530, también de 6 de junio de 1992, dispuso que una comisión evaluadora, en el plazo de noventa días, investigara la conducta funcional de Fiscales, Abogados auxiliares y personal administrativo del Ministerio Público. No todo es perfecto en esa norma, porque si la comisión es evaluadora, no se entiende para qué debe investigar; y si es para investigar, no resulta claro para qué se designó fiscal de la Nación a doña Blanca Nélida Colán Maguiño.

Continuó la calentura revolucionaria. Por Decreto Ley Nº 25580, de 26 de junio de 1992, se cesó a varios Magistrados del Distrito Judicial de Lima, al Juez de Menores del Callao y a numerosos Secretarios de Juzgado y Testigos Actuarios de los Juzgados Penales de Lima, sin que sea necesaria ninguna investigación ni evaluación. Advocatus malas causas non defendat.

Con patriótica generosidad y "en uso de las facultades de que está investido", el gobierno usurpador facultó, a su vez, a la Sala Plena de la Corte Suprema para convocar a concurso público para cubrir las plazas de Magistrados vacantes en las Cortes Superiores de Justicia, mediante el Decreto Ley Nº 25808, de 1 de noviembre de 1992. Es obvio: si el "Gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas" está por encima de la Constitución, también está por encima de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los romanos habrían dicho Accessiorium cedat principale.

Por Decreto Ley Nº 25529, de 6 de junio de 1992, cesaron a Magistrados del Fuero Agrario. ¡Para qué perder tiempo en investigar y evaluar! En los tiempos de revolución, el tiempo es oro, habría comentado el asesor presidencial.

Por Decreto Ley Nº 25580, de fecha 26 de junio de 1992, cesaron a Magistrados del Distrito Judicial de Lima, a Juez de Menores del Callao y a Secretarios de Juzgado o Testigos Actuarios de los Juzgados Civiles y Penales de Lima. La revolución se ha hecho para cosas mayores, no para nimiedades. No había nada que investigar. Debía actuarse, sin dudas ni murmuraciones.

Por Decreto Ley N° 25420, de 8 de abril de 1992, cesaron en el cargo a la contralora general de la República, doctora Luz Áurea Sáenz, a pesar de que su período no había concluido. Empero, si eso ha ocurrido con los Senadores y Diputados, los Magistrados de la Corte Suprema y del Ministerio Público y los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el gobierno usurpador consideró que no podía, ni debía, haber discriminaciones. Todos esos funcionarios, que tenían la misma jerarquía, son iguales ante la ley...del que tiene la fuerza.

Por Decreto Ley N° 25421, de 8 de abril de 1992, declararon en estado de reorganización el Instituto Nacional Penitenciario - INPE. No hay ningún problema: son servidores de confianza y no la tienen del "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional".

Por Decreto Ley N° 25422, de 9 de abril de 1992, cesaron a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales. En un gobierno en que las leyes son sus armas, en buena hora que funcione ese Tribunal; pero en un gobierno en que las armas son sus leyes no es aconsejable y menos necesario.

Por Decreto Ley N° 25424, de 9 de abril de 1992, cesaron a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, así como a los miembros de los Consejos Distritales de la Magistratura a Nivel Nacional. No había necesidad de tal Consejo, filosofaron los miembros del gobierno usurpador: es más fácil ordenar -como se había hecho ya- los nombramientos por Decreto Ley.

Por Decreto Ley N° 25425, de 10 de abril de 1992, cesaron en el cargo al fiscal de la Nación doctor Pedro Méndez Jurado. No era revolucionario.

Por Decreto Ley N° 25471, de 3 de mayo de 1992, cesaron a don Hugo Denegri Cornejo en el cargo de fiscal supremo en lo Penal

El cese en sus cargos de los fiscales Méndez Jurado y Denegri Cornejo tuvo por finalidad abrir paso a la doctora Blanca Nélida Colán para que asumiera el cargo de fiscal de la Nación, dada su obsecuencia con el régimen autoritario instaurado a consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

En la Sala de la Corrupción (del Servicio de Inteligencia Nacional) departieron cordialmente varios Magistrados Judiciales con el "asesor presidencial" Vladimiro Montesinos, sobre asuntos jurisdiccionales, administrativos y financieros. Muchas sentencias fueron redactadas (o proyectadas) fuera del recinto de la justicia. Hay seis tomos con las versiones impresas de los tratos, contratos y retratos de quienes degradaron la justicia.

Respecto al Poder Judicial, en la obra editada por el Fondo Editorial del Congreso de la República ("En la Sala de la Corrupción", tomo 2, pag. 999) se expresa que

Los videos y audios reunidos en este capítulo muestran una de las principales fuentes de poder de VMT: el manejo de las carreras públicas de los demás, en este caso específico se trata de las autoridades del intervenido Poder Judicial. En el volumen primero hemos visto a VMT interactuando con empresarios, en tanto agentes particulares. En esta ocasión, por el contrario, lo encontramos como contertulio de funcionarios públicos y, el lector encontrará, que el trato es muy distinto.

Como vimos, para que la corrupción exista es preciso que intervengan dos partes que establecen una relación ilegal entre ellas. En este caso, entre VMT y los altos funcionarios de la judicatura, se establece una relación peculiar muy semejante con lo que luego veremos en el caso de las Fuerzas Armadas, FFAA. Es decir, VMT promete ascensos y maneja a los supremos como demiurgo de su carrera y de su sueldo. En este sentido, los altos magistrados son sus criaturas. VMT obtiene que se sometan, que voten de acuerdo a los intereses del grupo en el poder, les compra por adelantado sus decisiones. La base de todo este sistema se halla en el régimen autoritario donde el Poder Ejecutivo maneja sin cortapisas a los otros poderes del Estado y cada uno por separado se entregaba al Ejecutivo todopoderoso. No había contrapesos ni tampoco separación de poderes.

De fojas 1003 a 1018 se transcribe la reunión de un "señor americano" con VMT, el 26 de febrero de 1998. ¿De que hablaron? De la Corte Suprema, de la Agencia Central de Noticias, de Washington, de Tel Aviv, de los arreglos sobre un proceso judicial, de una concesión minera, de los abogados patrocinantes, de la discordia producida y de la magistrado que debe dirimirla

De fojas 1019 a 1092 la reunión es prolongada entre VMT y varios magistrados supremos. Cuando VMT aparece en la "salita", los magistrados se ponen de pie para saludarlo. El Presidente de la Corte cede el asiento principal al asesor. Uno de ellos tiene un ojo "fregado". VMT ofrece la presidencia del JNE, el año 2000, a "Alipito". Se alude al "caballo de Troya".

Planean sus objetivos. La conversación es elocuente:

El señor WMT.- Pero el objetivo es no terminar la reforma
El señor Alipio Montes de Oca.- (¿)
El señor VMT.- Ya, hermano ya. Antonino está en su casa, hermano, está regando el jardín, hermano, está sacando el perro a pasear. Ya no se cuenta para nada, hermano., olvídate. Antonino ya no existe, Antonino s pasado. Entonces, pero ¿qué pasa? Antonino por circunstancias. ¿Qué cosa es la que recomienda? Terminar la reforma ahora y volver a eliminar (¿) de la Corte Suprema a fin de año.
¿Cuál es el objetivo? Terminan la reforma, terminan la Sala Provisional y entre los cojudos nombran a Almenara. ¿Entiendes?. Porque si desaparecen los provisionales, hermano, los titulares van a nombrar (¿) nosotros no tenemos mayoría allí.
El señor Alipio Montes de Oca.- No, no hay.
Entonces ¿cuál es el objetivo? Nosotros tenemos que mantener las salas provisionales completas.
El señor Alipio Montes de Oca.- Doctor, en un momento usted puede votar a favor (¿) y ganamos así.

El señor VMT.- Por eso te digo. Entonces, tenemos que mantener la provisionalidad, hermano, la reforma no puede terminar.

El señor VMT.- Nosotros tenemos que extender la reforma hasta el 2005. Para que dure hasta el 2005 y tengamos las salas provisionales supremas, como estamos ahora, para tener un Poder Judicial en armonía y con tranquilidad, necesitamos que el tiempo de capacitación para la formación de los futuros magistrados no sea, pues, de seis meses, sino (¿). Porque en seis meses si un policía, como le decía yo Alipio, a un policía que no administra justicia ¿cuánto es el tiempo de su formación ahora?. Dos años para una persona que proviene de licenciado de tropa, o una persona que venga de la calle quiere ser policía (¿) de la Guardia Civil son dos años, pasa en la Escuela dos años.

¿Un magistrado para formarlo cuánto tiempo necesitará? ¿Qué cosa es seis meses y eso ni siquiera a tiempo completo, sino simplemente los sábados y domingos?

No puede ser eso, tampoco. Entonces, ahora para cumplir nosotros con el programa de alargar eso hasta el 2005, entonces tenemos que dilatar el nombramiento y ahí si viene, señores, que es insuficiente el término de seis meses para poder capacitar adecuadamente a un magistrado, porque la experiencia les ha indicado qué cosa hay que hacer. Porque no solamente son las cuestiones teóricas, sino también la parte práctica, el hombre que ingresa tiene que hacer tres meses o seis meses de práctica en un juzgado y después pasar a la práctica.

A poco concluye la reunión. La "reforma judicial" no puede terminar sino el año 2005.

El señor VMT era un buen anfitrión. Además, persistente. No quiso dejar cabo suelto, aunque hubiera ascendido (el cabo que prestó servicios en 1959 en la 22° Comandancia de la Guardia Civil - Asalto) a la magistratura de la Corte Suprema. Convocó VMT a los "supremos" para el martes siguiente a almorzar.

El señor Alipio Montes de Oca aprovechó para que en el almuerzo se sirva:

Un adobo, un charqui de tripas, para levantarme la moral, un cuy chactado y su chicha de jora [...].

El lenguaje florido de los contertulios comprendió, en esa y en otras reuniones, temas jurisdiccionales y administrativos. VMT dio la orden de remover al gerente del Poder Judicial, cuyo sueldo era de cinco mil dólares mensuales. Los otros debían ejecutarla, "sin dudas, ni murmuraciones".

28. La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial en tiempo de dictadura

Paralelamente, el Congreso aprobó la Ley N° 26546, promulgada el 20 de noviembre de 1995, por la cual se creó una Comisión Ejecutiva del Poder judicial "integrada por los Vocales Supremos Presidentes de las Salas Constitucional, Civil y Penal de la Corte Suprema, quienes actuarán como un organismo colegiado y continuarán como miembros de la Comisión independientemente del cargo que ostenten en el siguiente año judicial. Este nombramiento es independiente del cargo que actualmente desempeñan dichos Vocales Supremos. La Comisión ejecutiva nombrará un Secretario Ejecutivo, quien asumirá la titularidad del pliego por el periodo señalado y contará con las atribuciones que la Comisión establezca en su reglamento de funciones." Se puede advertir que la intención del legislador (vale decir, la mayoría fujimorista) fue colocar en la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a personas de su entera confianza, que continuarían integrándola aun si dejaran de ser Presidentes de las Salas Constitucional, Civil y Penal de la Corte Suprema, así como dar el Secretario Ejecutivo de esa Comisión enormes atribuciones, incluso la titularidad del pliego presupuestal, lo que significaba violar flagrantemente los artículos 80° y 145° de la Constitución de 1993, de acuerdo con los cuales es el Presidente del Poder Judicial el titular del pliego.

En el afán de aparentar, ante la opinión pública, que la "reforma" del Poder Judicial marchaba viento en popa con el comandante Dellepiani, Montesinos dispuso que el diario "El Peruano" publicara el 22 de junio de 1996, un editorial, conforme al cual

La reclamada Reforma del Poder Judicial que se ha iniciado en nuestro país no es sino una respuesta adecuada a los constantes reclamos de la ciudadanía frente a la inoperancia de las instituciones jurídicas de la Nación.

Sin embargo, estos defectos no son consecuencia de las acciones individuales o particulares de los Jueces y Fiscales que tienen a su cargo el trámite de los expedientes. Las deficiencias son producto de la mala organización y gestión del sistema judicial.

Por ello, para lograr una eficiente administración de justicia son necesarias una reforma y renovación institucional profunda. Para realizarlas se creó la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Pero, a pesar de los grandes esfuerzos y logros obtenidos no era posible que la modernización del Poder Judicial continúe y concluya debido fundamentalmente a que las atribuciones que le confería la ley eran limitadas.

Para impulsar la eficiencia de la Comisión Interinstitucional, era precisa la ampliación de sus facultades. Por ello, mediante la Ley 26623 se creó el Consejo de Coordinación Judicial (CCJ), con la finalidad de que asuma plenamente las funciones de gobierno y gestión de ese poder del Estado. Este ente de avocará también a la reorganización del Ministerio Público, institución con rango constitucional encargada de la defensa de los derechos de la Sociedad y del Estado, y que tiene la facultad de vigilar, verificar y controlar los bienes jurídicos para evitar y detectar los actos perjudiciales cometidos contra el Estado de Derecho.

El CCJ coordinará los lineamientos de política general de desarrollo y organización de las instituciones vinculadas

al servicio judicial, además de definir las estrategias que se requieren para modernizar su administración y resolver con eficacia las necesidades de justicia de la sociedad, a fin de que la acción del Poder Judicial sea oportuna, transparente, especializada y eficaz. También desarrollará sus funciones sobre aspectos que requieren niveles de coordinación con el propósito de tutelar los derechos de la ciudadanía.

Este Consejo es necesario para establecer los lineamientos de política que permitan reestructurar los organismos judiciales y elaborar los planes y programas de desarrollo de las instituciones que conforman la administración de justicia. Los detractores de la medida no perciben la magnitud ni los alcances de las atribuciones del CCJ. No se percatan de que la norma promulgada mantiene la autonomía de los poderes del Estado y se limita a impulsar la modernización administrativa. Pero de seguro que muchos de ellos admiten que mientras más celeridad y claridad existan en la tramitación de los expedientes, mayor será la confianza y garantía de una recta y honesta práctica judicial. Claro está que los resultados de la reestructuración se observarán en el mediano plazo; puesto que ningún cambio profundo puede realizarse de la noche a la mañana. Para ello se requieren estudios técnicos y serios.

Todos estos esfuerzos tienen por finalidad lograr la tan ansiada seguridad jurídica, necesaria para que la ciudadanía y el pueblo peruano en general puedan vivir en un ambiente de tranquilidad y paz que fomente el desarrollo y defensa plenos de sus facultades y derechos.

En el editorial de "El Peruano" hay una cierta ironía, en cuanto se afirma que "Los detractores de la medida no perciben la magnitud ni los alcances de las atribuciones del CCJ"; pues, en efecto, el Consejo de Coordinación Judicial tenía, fundamentalmente, la atribución de poner a jueces y fiscales al servicio del régimen autoritario de Fujimori y Montesinos, especialmente con el objeto de que unos y otros –los más dóciles- integraran los organismos electorales, predispuestos al fraude; y los otros –los adocenados- resolvieran los procesos según las consignas impartidas en el SIN. Esa vergonzosa situación, invariable, subsistió hasta el año 2000; y ha dejado raíces que deben ser paulatinamente erradicadas para obsequio de la justicia y el bien de la Patria.

La Sala Plena de la Corte Suprema, en cuanto se expidió el Decreto Supremo Nº 012-98-PCMEL, de 2 de abril de 1998, reemplazó al doctor Álvaro Chocano Marina con Luis Serpa Segura, para presidir el Jurado Nacional de Elecciones, y José Carlos Bringas Villar fue designado por la Junta de Fiscales Supremos, con la opinión y el voto determinantes de Blanca Nélida Colán. El elenco del fraude se completó con Rómulo Muñoz Arce, Walter Hernández Canelo y Ramiro de Valdivia Cano.

Obviamente, es ésta la oportunidad de rendir homenaje a los magistrados que, en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, cumplieron estoicamente sus funciones jurisdiccionales, afrontando toda suerte de presiones y amenazas; y, por supuesto, a los que fueron defenestrados por la dictadura y sus operadores.

De acuerdo con los intereses del oficialismo dictatorial, por el artículo 5º de la Ley Nº 26695, de 3 de diciembre de 1996, el aludido artículo de la Ley Nº 26546 fue modificado en el sentido de que

A partir del 1 de enero de 1997, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, estará integrada por el Presidente de la Corte Suprema, quien la presidirá y por los Vocales Supremos Presidentes de las Salas Penal y Constitucional y Social permanentes de la Corte Suprema, quienes actuarán como un Órgano Colegiado y continuarán como miembros de la Comisión Ejecutiva hasta el 31 de diciembre de 1998.

La Comisión Ejecutiva nombrará un Secretario Ejecutivo, quien asumirá la titularidad del pliego por el período señalado en la Ley Nº 26623, integrando la Comisión con derecho a voz y voto, contando con las atribuciones que la Comisión establezca en su Reglamento de Funciones.

Se excluyó de la Comisión, en virtud de esta modificación legal, al Presidente de la Sala Civil de la Corte Suprema; pero se mantuvieron vigentes las inconstitucionales atribuciones del Secretario Ejecutivo, como titular del pliego presupuestal. Fue, pues, un funcionario todopoderoso que hacía declaraciones públicas en nombre del Poder Judicial, incluso estando presentes el Presidente y los Vocales de la Corte Suprema, que mantenían respetuoso silencio. Varios de estos mudos ex magistrados están procesados y sentenciados, por delitos de corrupción.

A pesar de que era una farsa –y costosa– la "Antología de la Reforma del Poder Judicial" (Lima, 2000), editada por el cautivo Poder Judicial, tiene un contenido que sería hilarante, si no fuera por la tragedia que sufre la justicia en el Perú.

En la nota de Presentación de esa publicación oficial, que lleva la firma de David Pezúa Vivanco, literalmente se expresa que

El proceso de Reforma y Modernización del Poder Judicial, iniciado y desarrollado en cumplimiento de la Ley Nº 26546, sus modificatorias y ampliatorias, al cabo de algo más de cuatro años de gestión exitosa de la Comisión Ejecutiva y de la Secretaría Ejecutiva de este Poder del Estado, viene alcanzando sus objetivos y los resultados previstos, los cuales constituyen hoy realidades tangibles e incuestionables; cuyos beneficios se pueden verificar a diario en diversos aspectos.

Se agregó en esa nota de Presentación que en el primer libro, "Reforma Judicial: Evaluación y Perspectivas de Desarrollo", se dieron a conocer las ponencias e informes presentados por los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, en julio de 1998; que una contribución a la reflexión y al debate de ideas sobre la reforma judicial fue el libro "Mensajes: Perspectivas para el Tercer Milenio"; que otro libro, "Gestión Administrativa, Soporte de la Función Jurisdiccional", publicado en julio de 1999, es el producto de las exposiciones de los funcionarios encargados de la conducción administrativa del Poder Judicial; que el

libro "Fundamentos Estructurales de la Reforma del Poder Judicial", publicado en setiembre de 1999, define los pilares de tal reforma; y que el libro "La Reforma en Cifras" expone cuantitativamente el resultado de la reforma.

Pezúa Vivanco, en lo que atañe al libro que atañe el libro que presenta, expreso:

A modo de reseña del contenido de esta Antología, se transcribe a continuación algunos fragmentos que expresan la preocupación e interés de los órganos de prensa respecto a los problemas que desde antes de la Reforma confrontaba el Poder Judicial y la manera cómo se ha ido revirtiendo y solucionando progresivamente dichos problemas.

Mediante notas editoriales, el diario "El Peruano" ha mostrado especial interés en los temas de la Reforma. "Según reciente estudio de opinión, siete de cada diez peruanos piensan que la Administración de Justicia en nuestro país es propensa a la corrupción, además de considerar que es excesivamente lenta y con poca credibilidad ante los justiciales (25.09.96). "A un año de las Reformas en el Poder Judicial, ha llegado la hora de que la Justicia en el Perú funcione con rapidez, eficacia y transparencia; las reformas actuales apuntan a ello, si se cumplen será la población la que aplauda dichas medidas para beneficio de la Justicia y como sostén del estado de derecho" (26.11.96).

Con motivo de la implantación del juzgamiento de reos en cárcel, el diario "El Comercio" de Lima comentó: "En el Perú, de acuerdo a cifras oficiales, más del 80 % de la población carcelaria, se encuentra en la condición de procesados y sin sentencia, lo que realmente constituye una situación jurídica aberrante e insostenible. Por ello, es un gran paso el anunciado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial de crear Salas de Juzgamiento al interior de los penales para agilizar estos procesos, empezando por el "Miguel Castro Castro" donde hay más de cinco mil internos en esa condición, que no han sido juzgados" (08.08.96).

La puesta en funcionamiento del Nuevo Despacho Judicial en Lima, motivó el siguiente comentario del diario "La República": "Revertir esta situación (la crisis de la Administración de Justicia en el país) y devolver al Perú la confianza en el sistema judicial, ha demandado los esfuerzos del proceso que se desarrolla actualmente en este Poder del Estado, para llegar a la instauración del Nuevo Despacho Judicial como una organización moderna, acorde con los últimos avances en el campo de la administración judicial, que tendrá los inmediatos efectos de revalorar la figura del Juez Peruano y administrar mejor la Justicia en beneficio de la población" (30.03.97)

A propósito del permanente problema que aqueja al Poder Judicial, consistente en la carencia de recursos presupuestales suficientes, el diario "Expreso" publicó los siguientes comentarios que no han perdido actualidad: "El Congreso debe apoyar la Reforma Judicial. Hay, por fin, la voluntad de cambio en todos los estamentos del Poder Judicial. Es algo que parecía imposible y que no se puede defraudar. Se está eliminando toda la carga procesal acumulada de años, sentenciando en las mismas cárceles a presos que llevan años allí, capacitando Jueces, etc. El país no puede desaprovechar esta oportunidad única. Debe dársele el apoyo indispensable, pues un proceso tan extraordinario que pueda efectivamente lograr algo que parecía un sueño -una Administración de Justicia rápida, transparente y eficaz con métodos modernos-, no puede recibir un tratamiento mezquino en el Presupuesto". (11.01.96).

Las notas editoriales del diario oficial "El Peruano" se refirieron a la opinión que los peruanos tenían en 1996 del Poder Judicial, que no es diferente de la que actualmente tienen. Por lo tanto, fue falso que, "a un año de las Reformas", la Justicia funcione con rapidez, eficacia y transparencia, ni que la población, a principios del año 2007, aplauda las medidas supuestamente eficientes adoptadas por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial durante el período fujimontesinista.

"El Comercio" se limitó a señalar el porcentaje de internos en los penales, sin sentencia, y consideró un "gran paso" que sean juzgados en los propios lugares de reclusión. Empero, la medida no ha dado ningún resultado. Es posible que, en 2007, sea mayor el porcentaje de reclusos sin sentencia.

"Expreso", alterno vocero oficial, consideró que en 1996 no se debía desaprovechar la "oportunidad única" de eliminar la carga procesal acumulada de años. El "sueño" de ese diario no se cumplió: la pesadilla continúa.

La "reforma judicial" dispuesta por la Ley N° 26546 no obedeció a ningún propósito serio, sino al afán publicitario de aparentar que el Poder Judicial podía actuar con autonomía e independencia y con los recursos humanos y materiales adecuados a la finalidad de que la justicia se imparta oportuna e imparcialmente.

Lo que debe conocer el país es cuál fue el costo de la "reforma judicial" digitada desde el Servicio Nacional de Inteligencia.

Las dictaduras usan los medios de comunicación social no para informar, sino para desinformar a la población. El Perú no ha sido excepción a esa regla. Y la "reforma judicial" fue un "caballito de batalla" para que los peruanos creyeran que el Poder Judicial había ingresado en un período de verdadera reforma con la participación de la comunidad internacional. Es dentro de esa estrategia del régimen autoritario de Fujimori que se publicó en "El Peruano", de 10 de setiembre de 1997 (páginas A 6 y A 7), la entrevista concedida por Fernando Zumbado, ex ministro de Costa Rica y representante de la Organización de las Naciones Unidas, quien estuvo en el Perú para asistir a la Octava Conferencia Internacional Anticorrupción (!).

El periodista de "El Peruano" le preguntó a Zumbado: A diferencia de otros años, ¿en estos momentos se observan avances en las acciones para combatir el flagelo de la

corrupción en América Latina?. Responde Zumbado: "En América Latina avanzamos mucho. Si bien es cierto que se requieren instituciones, también es necesario que la población respete ciertas normas de comportamiento. En este tema todavía falta un intenso trabajo; por ejemplo, aún son comunes conductas como el pago de sobornos y la evasión de impuestos.
La lucha contra la corrupción es una tarea que compete a todos. A veces es muy injusto cargar esta responsabilidad sólo a los jueces.
Este proceso de cambios toma tiempo, en el terreno de la administración pública implica la necesidad de capacitación y el pago óptimo del personal. Creo que remunerar bien a los funcionarios públicos es una buena inversión, esta es una manera de reducir las tentaciones.
En estos momentos siento la responsabilidad de los ciudadanos por el tema y ello es un avance de la democracia. No se trata de que exista más corrupción, sino que hay más denuncias y una libertad de expresión que permite que esto aflore.
Para un mejor funcionamiento de la economía, además, es importante luchar contra ese mal, que afecta las relaciones comerciales nacionales e internacionales, ya que para el inversionista extranjero es sumamente importante que existan reglas claras de juego y honestidad.
Considero que la apertura del manejo de las economías ha permitido que el estado participe menos en el área económica y que disminuyan las posibilidades de corrupción desde ese punto de vista".

Zumbado expresó, además, que el interés de la ONU es centralizar acciones para combatir el flagelo de la corrupción y así tener mucha más capacidad de impacto en estos temas y que lo fundamental es garantizar transparencia y evitar la oscuridad. Asimismo, dijo Zumbado, en cuanto a las áreas de mayor interés de la cooperación del PNUD:

Tenemos una cooperación especial, especie de sociedad para el desarrollo porque se administran fondos propios y otros que provienen de instituciones financieras o de otros gobiernos.

El Perú es el tercer país, luego de Argentina y Brasil, que recibe el mayor apoyo del PNUD, que el año pasado colaboró con programas por un monto de noventa millones de dólares.

Este es un tipo de relación diferente, no somos donantes sino cooperantes y con el gobierno peruano acordamos las áreas de trabajo.

En estos momentos se da prioridad a la realización de programas de lucha contra la pobreza, Administración de Justicia, privatizaciones y modernización del Estado, además de los que tienen como objetivo el fortalecimiento de instituciones.

En América Latina se enfatiza en los temas de gobernabilidad, Reforma Judicial, descentralización y la formación de liderazgo de la gente que está en política, no con un sentido partidista.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), apoya al país en la realización de proyectos que tienen por objetivo impulsar la Reforma del Poder Judicial, el proceso de Modernización del Estado y revertir los niveles de pobreza.

Durante el período comprendido entre 1995 y 1998, el programa de cooperación para la justicia en el país demanda una inversión de 115 millones de dólares.

El Objeto del citado programa es impulsar el proceso de Reforma Judicial, mediante préstamos del Banco Mundial (BM) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Gracias al referido apoyo son beneficiarios el Ministerio Público (29 millones de dólares) y el Poder Judicial (44 millones de dólares), a fin de mejorar la eficiencia de ambas instituciones.

Por otra parte, "Gestión", de 13 de junio de 1999 (página 6), publicó las declaraciones de David Pezúa Vivanco, secretario ejecutivo de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, que son reveladoras del propósito del gobierno autoritario de Fujimori en relación con mantener la provisionalidad de los Jueces y Fiscales.

De acuerdo con "Gestión", Pezúa manifestó que

Un Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) con nuevos miembros realizaría el año entrante el proceso de nombramiento de Jueces y Fiscales Titulares en la Administración de Justicia, con el objeto de eliminar la provisionalidad dentro de la magistratura, que alcanza al 80 % a nivel nacional, según información de esa propia institución.

El Secretario de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial reveló ayer que en julio del 2000 se iniciará el proceso de nombramiento de magistrados a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura.

Precisó que la demora obedece a que el próximo mes comienza el Programa de Formación Profesional (PROFA), vinculado con el desarrollo de las prácticas para los aspirantes a la carrera judicial y cuyas actividades serán efectuadas dentro de la institución de justicia.

En tal sentido, tal como lo señala la resolución 333 emitida por la Comisión Ejecutiva, los períodos de capacitación de los postulantes a cargo de jueces y fiscales tendrán una duración de 24 meses, divididos en períodos de formación y de práctica.

Pezúa indicó que en estos momentos han culminado los cursos de preparación en la Academia Nacional de la Magistratura en sus sedes de Lima y Chiclayo, pero también se sigue una instrucción similar en Cusco y Arequipa.

En ese sentido el Secretario Ejecutivo reveló que a fines de julio del año 2000 se contará con una promoción de 400 graduados que estará lista para someterse a la

evaluación y nombramiento como magistrados ante el CNM.

Explicó que el proceso de nombramiento de jueces y fiscales titulares debe efectuarse en forma gradual, con el propósito de reemplazar a los magistrados provisionales y suplentes que laboran actualmente en el Poder Judicial.

Malestar.
Empero, la decisión ratificada por David Pezúa colisionaría con las recientes declaraciones del presidente del CNM, Carlos Hermoza Moya, quien señaló la necesidad que su institución avanzará en la reducción de la provisionalidad de magistrados.

Incluso, el ex Ministro de Justicia remitió a diversas autoridades un pronunciamiento en el cual expresa su malestar por la decisión del Secretario Ejecutivo de diferir hasta el 2000 los concursos de nombramientos.

Cabe recordar que cuando Hermoza Moya asumió el cargo, en abril pasado, reveló que el Consejo estaba listo para realizar la convocatoria de los concursos entre mayo y junio, teniendo en cuenta que desde 1997 el Consejo no realizaba nombramientos de magistrados titulares.

David Pezúa Vivanco, cercano colaborador de Vladimiro Montesinos Torres, digitaba el nombramiento de jueces y fiscales. Su decisión primaba sobre la que pudiera tener el Consejo Nacional de la Magistratura, ente hechizo desde el 16 de marzo de 1998, fecha en la cual renuncian los consejeros Carlos Parodi Remond, Florencio Mixán Mass, Carlos Montoya Anguerry, Róger Rodríguez Iturri, Enrique Rivva López, José Neyra Ramírez y María Teresa Moya de Rojas, como protesta ante la Ley N° 26933, que les recortó sus atribuciones. Esa minusvalía subsistió hasta que tal ley fue derogada.

La provisionalidad del 80% de magistrados (el mismo porcentaje de reclusos sin sentencia) tenía el propósito no sólo de manipular las resoluciones judiciales, civiles y penales, sino de conformar los Jurados Electorales para los efectos del fraude electoral del año 2000. De allí que Pezúa Vivanco anunciara que sólo –y paulatinamente- serían nombrados los magistrados titulares a partir de julio de ese año, vale decir después del proceso electoral en que Fujimori –habilitado por la inconstitucional Ley N° 26657- postulaba para un tercer período presidencial consecutivo.
Todo estaba fríamente calculado. Las declaraciones de Hermoza Moya carecían de importancia. Empero, para evitar sus dislates eventuales fue nombrado Embajador en el exterior.

29. El control del Poder Judicial facilita el manejo electoral rerreeleccionista

En el afán de alcanzar el control absoluto del Poder Judicial y, adicionalmente, del Jurado Nacional de Elecciones, el Congreso mantuvo la provisionalidad de considerable número de Vocales Supremos, que podían ser fácilmente manipulados. Con el objeto de dar a los provisionales las mismas atribuciones –y remuneraciones- se preparó el correspondiente proyecto de ley. El proyecto se convirtió en la Ley N° 26898.
En la Comisión de Justicia del Congreso, como miembro de la misma, presenté el siguiente dictamen:

El proyecto de ley del rubro tiene el aparente objetivo de otorgar a los señores Vocales de las Cortes Superiores que ejercen, interinamente, cargos de Vocales Supremos los mismos derechos, atribuciones y privilegios de que están investidos los titulares; y de igual modo a los magistrados de las otras instancias. Empero, el real propósito de la iniciativa es que el Presidente de la República asuma el control de la Sala Plena de la Corte Suprema con la finalidad de que sea nombrado el miembro del Jurado Nacional de Elecciones que presida ese organismo electoral a partir de 1998 y, como consecuencia, intervenga en el proceso electoral que culminará el segundo domingo del año 2000.

Se busca, con anticipación, manipular el Sistema Electoral para perpetrar un nuevo fraude electoral. Es lamentable que se recurra, una vez más, al Congreso de la República para que dicte una norma legal dirigida a atentar contra la democracia y el derecho de los ciudadanos a elegir sus gobernantes.

Con la ley 26657, de 23 de agosto de 1996, se violaron los arts. 102, incs. 1 y 2, 103 y 206 de la Constitución; y se perpetró un grave atentado contra el sistema democrático y republicano que es el sustento -aunque incumplido- de la Nación. Arguyendo, como pretexto, la "interpretación auténtica" de una norma de la Constitución, que es clara y precisa, se modificó realmente esa norma sustancial sin observar el trámite que señala el artículo 206° de esa Carta, para posibilitar un tercer período consecutivo al actual gobernante.

El Ing. Fujimori juró el cargo de Presidente de la República y asumió el mando el 28 de julio de 1990, bajo el imperio de la Constitución de 1979, en cuyo artículo 204 se establecía que no podían postular a la Presidencia de la República, ni a las Vicepresidencias, entre otros (inciso 1°), el ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes.

Fujimori no podía, ni debía, ser candidato a la Presidencia de la República en 1995. Empero, para continuar en el cargo, procedió el 5 de abril de 1992 a disolver el Congreso, impedir la reunión del Jurado Nacional de Elecciones, clausurar el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Consejo Nacional de la Magistratura, destituir al Fiscal de la Nación y a casi todos los Vocales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Justicia, así como disolver los gobiernos regionales, entre otros actos arbitrarios.

Asumió, en esta forma, el Presidente Fujimori las atribuciones de los tres Poderes del Estado y de los organismos constitucionales, bajo la denominación de "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional".
La única razón del golpe de Estado, perpetrado con el concurso de los comandos de las Fuerzas Armadas

y Policía Nacional, fue pues hacer posible, mediante la sustitución de la normatividad constitucional, la reelección inmediata de Fujimori como Presidente del Perú por un período adicional de cinco años.

En efecto, el artículo 205° de la Constitución de 1979 establecía que el mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debía transcurrir un período presidencial.

El Parlamento del período 1990-1995 no había sido hostil, sino al contrario condescendiente con el Presidente Fujimori, a quien delegó facultades legislativas en todas las ocasiones en que le fueron solicitadas; y facilitó cuanto era posible el ejercicio del gobierno, a tal punto que en noviembre de 1991 expidió más de 150 decretos-legislativos, incluso rebasando la materia delegada. Pero era evidente que ese Congreso no se iba a prestar a satisfacer los apetitos de perpetración en el Poder que, indisimuladamente, tenía el ingeniero Fujimori. La ambición de continuar en la Presidencia fue, pues, la causa real del golpe del 5 de abril de 1992. Esa misma ambición es la que motivó la ley 26657 de "interpretación inconstitucional" para un tercer período presidencial; y, en este año, la destitución por el Congreso de tres magistrados del Tribunal Constitucional.

Con ese mismo afán se cercenan, desde hace cinco años, las rentas de los Municipios y se centraliza en el Ministerio de la Presidencia casi la cuarta parte del Presupuesto de la República.

El canon minero es el 20 % del impuesto a la renta que pagan los titulares de los yacimientos en explotación. Es renta de los municipios y regiones. Debía pagarse mensualmente, cuando el gobierno central, a través de la SUNAT, percibe dicho impuesto. Está insoluto desde 1992.

La dictadura no ceja en su afán de perpetuarse en el poder, a pesar del rechazo manifestado por la opinión pública del país en distintas y repetidas circunstancias, como eventos deportivos, procesiones religiosas y eventos sociales. Es por ello que, mediante las leyes 25546 y 26695 se mantiene intervenido el Poder Judicial y con la ley 26623 se ha hecho lo mismo con el Ministerio Público. Adicionalmente, se ha despojado, con la ley 26696, al Consejo Nacional de la Magistratura, de su atribución de nombrar jueces y fiscales, violándose el artículo 150° de la Constitución y el artículo 2 de su Ley Orgánica (26397).

La precariedad en que funciona el Poder Judicial es de conocimiento público. Transcurridos más de cinco años de iniciada la supuesta reforma, hay 16 Vocales Supremos titulares y 16 Vocales Supremos provisionales. De un total de 1,473 magistrados del Poder Judicial, sólo 403 son titulares; 212 provisionales y 858 suplentes. Al 30 de mayo de 1997, 1 de cada 4 magistrados es titular. La llamada Comisión Ejecutiva del Poder Judicial es liderada por un oficial de la Marina de Guerra, hecho insólito en el Perú y en el mundo. Esa Comisión, vale decir su líder, forma salas transitorias en la Corte Suprema y en las Cortes Superiores y, también, las integra y desintegra según su leal saber y entender. Los magistrados viven en permanente zozobra, pues se hace irrisión de la permanencia e independencia de los jueces.

En el Ministerio Público, otra Comisión Ejecutiva manipula el nombramiento, la permanencia y la competencia de los fiscales. Por excepción, hay fiscales titulares. El Fiscal de la Nación, por propia declaración y como consecuencia de la ley, es figura "decorativa".

Por otra parte, la actual Constitución ha creado un trípode en el Sistema Electoral. Debería existir ya en funciones el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, para todos los actos previstos en su Ley Orgánica. En vez de ello, se mantiene el Registro Electoral del Perú, cuya renovación total debía hacerse cada quince años, según el artículo 1° del decreto-ley 14207. En tal Registro, con el pretexto de evitar la acción terrorista, han sido ilegalmente inscritos militares y policías en número mayor a los 50,000. En ese Registro, además, ejercen las principales funciones miembros del Sistema de Inteligencia Nacional, que depende directamente del Presidente de la República. Incluso algunos procesados penalmente por haber sustraído documentos y fraguado actas en el proceso electoral de 1995, continúan impávidos sus actividades francamente sospechosas y delictivas.

Las consultas populares de 1992, 1993 y 1995 fueron tergiversadas. Apesar de expresas prohibiciones del decreto-ley 14250 y leyes ampliatorias, intervino personalmente el ingeniero Fujimori en la elección del Congreso Constituyente Democrático y en el referéndum para ratificar la Constitución; y junto a él, naturalmente, la cúpula militar.

El fraude en dichas consultas populares fluye de los propios resultados.

La elección del Congreso Constituyente Democrático

La elección del CCD fue una farsa. Fujimori usó de todos los instrumentos del poder para lograr una mayoría en el Congreso (44 de 80).

En el proceso electoral del 22 de noviembre de 1992 votaron 8'191,846 ciudadanos del universo de 11'245,463 inscritos en el Registro Electoral del Perú.

Los votos válidos alcanzaron a 6'237,682; los nulos a 1'160,887 y los blancos a 333,277.

Los 44 Congresistas de Cambio 90-Nueva Mayoría obtuvieron 3'075,422 votos.

Dicha votación representó sólo el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral.

El referéndum del 31 de octubre de 1993

En el referéndum del 31 de octubre de 1993 la Constitución supuestamente fue aprobada por el voto de 3'895,763 ciudadanos. Votaron en contra de la aprobación 3'548,334 ciudadanos. Fueron declarados nulos 518,557 votos y en blanco 216,088.

El total de ciudadanos inscritos en el Registro Electoral

del Perú, en la fecha del referéndum, fue de 11'518,669; y el de votantes de 8'178,742.
La Constitución fue, por lo tanto, ratificada sólo por el 47.63 % de los votantes que constituían el 34.1 % del universo electoral.
La ratificación de la Constitución de 1993, en términos jurídicos y democráticos, no fue una clara e inequívoca expresión de la voluntad popular.

Las elecciones políticas del 9 de abril de 1995
Habilitado como candidato y premunido de todos los recursos del Estado, incluyendo el espionaje telefónico a sus contendores, el ingeniero Fujimori, siempre con la recordada colaboración de la cúpula militar, que le brindó compañía y, además, la gentil distribución de su propaganda, especialmente calendarios, hizo del proceso electoral de 1995 una farsa o un carnaval.
El número de ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú, en abril de 1995, fue de 12'418,406. Sólo concurrieron a votar en las elecciones políticas del 9 de ese mes 9'065,617 ciudadanos.
La lista de Congresistas de Cambio 90-Nueva Mayoría obtuvo 2'277,423 votos; y las otras listas 2'013,934 votos.
El total de ciudadanos que votaron por los actuales miembros del Congreso de la República alcanza apenas a 4'291,357.
Por lo tanto, 8'134,454 ciudadanos no están representados en el Congreso
De los que concurrieron a votar están sin representación ninguna 4'774,260.
Hay, finalmente, 827,056 votos emitidos el 9 de abril de 1995 que están desaparecidos. Tal hecho inédito en la historia republicana permite suponer que se manipuló el proceso para evitar la segunda elección presidencial o para alcanzar mayoría en el Congreso.
Los 827,056 votos desaparecidos, de acuerdo a la cifra repartidora, deberían estar representados por 24 Congresistas. Alterando las actas electorales, esa representación fue asignada a Cambio 90-Nueva Mayoría. Ingresaron por la ventana y no por la puerta del Congreso. Se detrajo esa representación a la minoría para aumentar la del grupo oficial, que -con todas las otras manipulaciones y coacciones- sólo logró la elección de 43 Congresistas (y no 67).
Esa es la realidad que nadie puede rebatir.

El fraude como fuente del poder político
En las tres consultas populares (14 de noviembre de 1992, 31 de octubre de 1993 y 9 de abril de 1995) el fraude electoral fue factor determinante en los resultados.
Con violación flagrante de los artículos 192, 193, 200, 201, 205, 206, 207, 208, 209 y 210 de la ley 14250, el Presidente de la República, acompañado del Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y de otros altos mandos militares y policiales, usó -es menester repetir- todos los medios de transporte y de comunicación de propiedad del Estado para hacer activa campaña proselitista y coartar la voluntad de los electores.
Fujimori utilizó, pues, los recursos públicos para financiar las tres campañas electorales, a tal punto que el país está pagando aún la factura de los gastos dispendiosos realizados en 1995, conforme acaba de recordar, en la reunión empresarial celebrada en Ica, uno de sus más cercanos y, entonces, entusiastas colaboradores.
Todas las prácticas de corrupción política que se pretendió erradicar con el decreto-ley 14250, de 5 de diciembre de 1992, fueron superadas holgadamente por la mafia oficial, que recurrió incluso a la extorsión a través del aparato tributario y a la componenda del canje de publicidad por impuestos.
Los delitos previstos en los artículos 225, 226, 228, 229, 230, 233, 235 y 236 del decreto-ley 14250 y 354 a 360 del Código Penal naturalmente no han sido denunciados ni los autores sancionados.
Las normas legales y los principios éticos fueron dejados de lado. Los medios justificaban el fin. La desmedida ambición de poder y la emergencia de personas y grupos ávidos de enriquecimiento ilícito crearon en el Perú una suerte de obnubilación colectiva.
Tal como ocurrió en la década 20-30 se intentó hacer conciencia en el país que la historia y la justicia social empezaban con el Mesías, llegado esta vez desde el extremo oriente.
Sin Jurados Electorales imparciales, sin garantías para la autenticidad del sufragio, con suplantación de las actas electorales, con la manipulación de los sistemas de computación, y el uso de la fuerza y la amenaza para conseguir resultados, las consultas a los ciudadanos han sido meras farsas. Nada es legítimo. Todo es impostura.
Como consecuencia, las instituciones -constitucionales y no constitucionales- no obedecen a la voluntad del pueblo, fuente exclusiva del poder en toda democracia auténtica.
El Perú vive, pues, una democracia hechiza.

La degradación institucional
La mayoría del Congreso es consciente de que está impuesta por la voluntad omnipotente del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori. Actúa, por consiguiente, sumisamente.

Desde el Congreso Constituyente Democrático se advirtió la vocación servil de los integrantes de Cambio 90-Nueva Mayoría. Fueron cohonestados todos los actos arbitrarios de la dictadura del período abril-diciembre de 1992, expidiéndose con ese propósito las denominadas "leyes constitucionales".
Se interfirió la función jurisdiccional para cortar procesos contra autores de crímenes nefandos; y, entre otras monstruosidades jurídicas, se dictó la tristemente célebre "ley Cantuta" para la impunidad de peligrosos delincuentes que secuestraron y asesinaron a un profesor y ocho estudiantes; y que, en época más reciente, son presuntamente responsables de torturas físicas y psíquicas a una agente del SIN y el descuartecimiento de otra agente del mismo Servicio..
El actual Congreso es digno sucesor del CCD. Su mayoría actúa irracionalmente. Acata órdenes, simplemente. Tal vez habría que destacar pocas, pero obviamente honrosas, excepciones. Esa mayoría palaciega es capaz de cualquier barbaridad para satisfacer al autócrata y preparar con anticipación todo lo que sea menester

a efecto de que siga en la cúpula del poder, sine die. Vitaliciamente, de ser posible. Mantener el estado de cosas, cualquiera que sea el precio, prolongaría los privilegios de quienes forman el entorno del gobernante.
Durante estos dos años y medio el Congreso ha concedido -sin negar una sola- todas las autorizaciones para que el Presidente Fujimori viaje al exterior, aprobando las correspondientes resoluciones legislativas. No hay leyes importantes. Algunas son repetitivas de otras anteriores, con ligeros cambios. No ha existido ni existe voluntad de fiscalización. Salvo la comisión investigadora de las pensiones otorgadas a los ex-Congresistas y la que debió investigar las presiones a los magistrados del Tribunal Constitucional, sólo se ha encargado a una comisión ordinaria que investigue el espionaje telefónico. Naturalmente no hay, ni habrá, resultados. La opinión pública es consciente de que los servicios de inteligencia están dedicados a la interferencia de las comunicaciones de los adversarios del gobierno.
Sistemáticamente, la mayoría ha rechazado las solicitudes de la minoría para investigar asuntos importantes, como los concernientes al tráfico ilícito de drogas, el enriquecimiento ilícito y otros más.
La mayoría del Congreso se ha negado, también sistemáticamente, a la interpelación a los Ministros.
El Congreso, en resumen, por la docilidad de su mayoría, se ha convertido en una dama de compañía del gobernante autócrata; y ha llegado al colmo de comparar a Fujimori con el Dios de los católicos. Alguien dijo de él que era un hombre providencial y no faltó otra voz de la mayoría que sostuviera que se debía dar al Cesar lo que es del Cesar; y a Fujimori lo que es de Fujimori.
Un Congreso que sólo representa a la minoría del país, ejerce, empero, la representación total. Ese Congreso es el que aprueba leyes y elige o ratifica funcionarios y organismos autónomos.
En este contexto de la obsecuencia nada puede extrañar de la mayoría. Acaso algún Congresista quiera salvar su nombre ante la historia, que será severa en el juzgamiento.
El panorama político-social que vive el Perú
Conforme se advirtió en el debate del Presupuesto para 1998, los panegiristas del gobierno viven un mundo aparte. Para ellos el Perú es un sector del paraíso, acaso el más feliz. Todos han mejorado, por supuesto, sus niveles de vida. Unos desde el 28 de julio de 1990; otros a partir del 5 de abril de 1992; y los restantes en cuanto advino el segundo período fujimorista, el 28 de julio de 1995.
Esa bonanza de los integrantes de la cúpula gubernativa contrasta con la deplorable calidad de vida que afrontan millones de peruanos, cuya pauperización continúa agudizándose desde que asumió el gobierno el ingeniero Fujimori.
De espaldas al país, el gobierno de Fujimori suprimió el canon aduanero en favor del Callao y hace tabla rasa del canon minero en favor de los Municipios y Regiones cuyos recursos naturales son explotados.
Privatiza este infausto gobierno empresas públicas rentables a las que hace tasar y subastar por precios en algunos casos inferiores a la quinta parte de su real valor.
Incumpliendo su obligación constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia y combatir toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, ha procreado empresas con capitales transnacionales que mantienen el monopolio de las fuentes de energía (hidrocarburos y electricidad) y de los servicios telefónicos y de transporte.
El tráfico ilícito de drogas provee de moneda extranjera al Banco Central de Reserva del Perú, que adquiere el billete verde en las calles de Lima y otras ciudades. Provee, asimismo, de recursos adicionales al Estado para mantener las fuerzas del orden.
Y, finalmente, el tráfico ilícito de drogas permite ingresos substanciales a colaboradores inmediatos del Presidente de la República, según denuncias reiteradas. Barcos de la Armada de Guerra y la aeronave usada por el Jefe del Estado en sus anteriores viajes al extranjero, han transportado importantes cargamentos de drogas hacia diversos países.
En vez de perseguir el delito y denunciar a los delincuentes, en ominosas declaraciones, la Fiscal de la Nación ha salido en defensa de los imputados. El Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas ha extendido certificado de buena conducta al asesor de Palacio. Los Ministros de Economía y Finanzas y de Relaciones Exteriores avalan a los funcionarios implicados en proceso judicial. El propio ejerciente de la Presidencia del Perú mantiene incólume su vínculo con los sospechosos.
Cualquiera sea la verdad sobre estos hechos, es inocultable que en el Perú hay un régimen autoritario, que centraliza el poder y deifica a un hombre. Las instituciones están resquebrajadas.
Honradez, tecnología y trabajo han sido suplantadas por cleptocracia, narcocracia y mitocracia.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y POLITICOS

En el Perú ha sido incesante la lucha por la veracidad de las elecciones. Hasta 1895 fueron las propias Cámaras Legislativas las que calificaban las elecciones y proclamaban a los elegidos. El sistema se prestó al fraude. En tal año se creó la Junta Electoral Nacional, con independencia y autonomía. Posteriormente, la Corte Suprema tuvo a su cargo esa labor. En la Constitución de 1933 se estableció el Poder Electoral.
El órgano supremo del Poder Electoral -el Jurado Nacional de Elecciones- empero no tuvo la autonomía requerida para actuar con independencia y aplicar la ley. En 1949, por ejemplo, fue dictado el decreto-ley 11172, denominado Estatuto Electoral, en cuyo artículo 74° literalmente se dispuso:
"Artículo 74°.- El Jurado Nacional de Elecciones está constituido por los siguientes miembros:
Un vocal de la Corte Suprema de la República, designada por ésta, que lo presidirá;
Un delegado del Poder Ejecutivo, designado por el Jefe del Estado, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
Un delegado del Congreso Nacional, que será elegido por el Parlamento; y
Tres delegados sorteados entre los ciudadanos designados

por los Jurados Departamentales de Elecciones, según las disposiciones indicadas en los artículos 76° y 78°."

Como estaba disuelto el Congreso Nacional, una disposición transitoria facultó al Poder Ejecutivo, ejercido por la Junta Militar de Gobierno, a elegirlo. De manera que el general Manuel A. Odría designó a dos de los tres miembros del Jurado Nacional de Elecciones, que dirigió el proceso de 1950. El Presidente del Jurado, designado por la Corte Suprema, fue entonces el doctor Raúl Pinto, nombrado Vocal por el propio general Odría. Obviamente, con semejante Jurado el general Manuel A. Odría fue proclamado Presidente de la República con alrededor del 95 % de los votos válidos. No hubo candidato opositor, ni personeros en las Mesas de Sufragios.

Sustancialmente, rigió la misma legislación en el proceso de 1956. Sin embargo, la participación de varios candidatos y la presencia de personeros en las Mesas de Sufragios dificultó, mas no impidió, el fraude electoral. Aún se recuerda que el Jurado Nacional de Elecciones fue integrado por Lengua, Rocha y Pinzás.

La renovación de la legislación electoral, para erradicar el fraude, se produce con el decreto-ley 14250, expedido en 1962, que fue modificado en el curso de los años posteriores. Empero, el fraude -como se ha señalado ya- ha adquirido nuevas modalidades.

El engranaje del Sistema Electoral, engendro de la actual Constitución, está ya en marcha para un nuevo fraude el año 2000.

Cuando ejercía la Presidencia del Congreso, el ingeniero don Víctor Joy Way Rojas expresó que el régimen actual se proyectaría por 30 años más; y un medio televisivo hizo público apuntes manuscritos del referido Congresista para repartir la publicidad del Estado entre los medios de comunicación que fueran proclives a la reelección presidencial el año 2000.

El proyecto materia de este dictamen apunta a ese objetivo.

Es pertinente, por ello, recordar a Alexis de Tocqueville, quien sostiene que "La intriga y la corrupción son vicios naturales de los gobiernos electivos. Pero, cuando el Jefe del Estado puede ser reelegido esos vicios se extienden indefinidamente y comprometen la existencia misma del país. Cuando un simple ciudadano quiere ascender por medio de la intriga, sus maniobras no pueden ejercitarse sino sobre un espacio circunscrito. Cuando, al contrario, el Jefe del Estado mismo se lanza a la liza, usurpa para su propio uso la fuerza del gobierno. En el primer caso, se trata sólo de un hombre con sus débiles medios; en el segundo es el Estado mismo, con sus inmensos recursos el que intriga y corrompe. El simple ciudadano que emplea maniobras culpables para llegar al poder daña, sólo de manera indirecta, a la prosperidad pública; pero si el representante del Poder Ejecutivo desciende a la lucha, la atención del gobierno se vuelve para él secundaria, porque el interés principal es su elección. Las negociaciones como las leyes, no son para él más que combinaciones electorales; los empleos se convierten en recompensa por servicios prestados no a la Nación sino a su jefe. Aún en el caso en que la acción del gobierno no fuera contraria al interés del país, por lo menos no le resulta útil ya y parece haber sido hecha solamente para su uso".

Soy uno de los pocos ciudadanos que, persistentemente, ha denunciado y denuncia el fraude electoral de 1995. Fujimori, en mi concepto, no fue elegido, sino usurpó el gobierno mediante el fraude. Reconozco, sin embargo, que oficialmente el Jurado Nacional de Elecciones proclamó al referido ciudadano como Presidente del Perú para el período 1995-2000.

Cuando Alberto Fujimori Fujimori solicita su inscripción ante el JNE estaba vigente, aunque en apariencia, la Constitución de 1979. El Congreso Constituyente Democrático, cuya elección considero fue fraudulenta, dictó la primera Ley Constitucional, publicada en el diario "El Peruano" el 15 de enero de 1993, reconociendo -en lo no modificado- la Constitución referida.

El artículo 204° de la Constitución de 1979 declaró que no pueden postular a la Presidencia de la República, ni a las Vicepresidencias (inciso 1) el ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes.

Dicha norma impedía, sin ninguna duda, la postulación de Fujimori en 1995. Empero, para que se concretara la inscripción de la candidatura a la Presidencia de la República del nombrado ciudadano, fue habilitado por el CCD.

Mediante la Ley Orgánica Electoral (26337), de 23 de julio de 1994, se sustituyó y adecuó el texto de la legislación electoral a las normas de la Constitución de 1993. En el artículo 71 de dicha Ley 26337 se estableció que no regía el inciso 1° "por mandato del artículo 112° de la Constitución Política de 1993". Es decir, el Presidente Fujimori podía postular la reelección.

Si se sostiene la teoría que el Congreso Constituyente Democrático tenía potestad para interpretar la Constitución, hizo tal interpretación mediante la ley 26337. No hay, pues, ninguna duda acerca de que el ingeniero Fujimori fue postulado para un segundo período.

En idéntica forma -por la misma vigencia de la Constitución de 1993- el artículo 241 de la ley 26337 contiene el listado de los otros preceptos que no se aplican al prevalecer la norma constitucional.

Por Decreto Supremo N° 61-94-PCM, de 5 de agosto de 1994, se convoca a elecciones generales de Presidente y Vicepresidentes de la República y para representantes a Congreso, "De conformidad con lo dispuesto por los incisos 5) y 8) de la Constitución Política del Perú, la Ley 26337 y el inciso 2) del Artículo 3° del Decreto Legislativo 560°.

Expresamente, el artículo 3° del Decreto Supremo N° 61-94-PCM indica: "Las Elecciones Generales materia de la presente convocatoria, se regirán por las disposiciones de la Constitución Política de 1993 y por el Texto Unico Integrado de la Ley Orgánica Electoral".

No puede, por lo tanto, argüirse que las elecciones de 1995 no se realizaron de acuerdo a la Constitución de 1993.

Tres días después de ser inscrita la candidatura presidencial del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, el ciudadano Tito Ura Mendoza formuló tacha contra la misma y basado en que estaba impedido de postular por el inciso 1 del artículo 240° de la Constitución de 1979. Luego de tramitar la tacha, el Jurado Nacional de Elecciones expidió la siguiente

Resolución N° 172-94-JNE

Lima, 26 de octubre de 1994.
Vista, en sesión pública del 20 del mes en curso, la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza, contra el candidato de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, aduciendo que fue elegido bajo la vigencia del artículo 205 de la Constitución Política de 1979;

CONSIDERANDO:

Que, la normatividad contenida en la Constitución Política de 1979 ha sido sustituida íntegramente por las disposiciones de la actual Constitución, en aplicación de su última Disposición Final, habiéndose cumplido además con el requisito de aprobación por referéndum;

Que, el artículo 112° de la Constitución Política del Estado de 1993 permite la reelección del Presidente de la República, sin establecer limitación alguna;

Que, las demás argumentaciones invocadas por el recurrente, no están previstas en ninguno de los casos que señala taxativamente el artículo 79 de la Ley Orgánica Electoral N° 26337, de 23 de julio último;

El Jurado Nacional de Elecciones, en uso de sus atribuciones;

RESUELVE:

Artículo único.- Declarar infundada la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza, contra el candidato a la Presidencia de la República de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, por los fundamentos señalados en los considerandos de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

Nugent; Catacora Gonzales; Muñóz Arce; Hernández Canelo; Rey Terry.

Consecuentemente, se viabilizó la candidatura del ingeniero Fujimori en base a la aplicación de la Carta de 1993. Así completó su mandato.

De no haber ocurrido la adecuación a la Constitución de 1993, Fujimori no habría podido ser candidato a la Presidencia de la República.

El Jurado Nacional de Elecciones inscribió al ingeniero Fujimori como candidato a la Presidencia conforme a las disposiciones de la Constitución de 1993; y lo propio hizo con las listas de candidatos al Congreso unicameral, integrado por 120 miembros.

La resolución del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable la "ley interpretativa" del artículo 112° de la Constitución está vigente, aunque tres magistrados de ese Tribunal hayan sido destituidos injustificadamente por la mayoría fujimorista del Congreso.

EL PROYECTO MATERIA DE DICTAMEN

Los hechos antes referidos acreditan que el proyecto materia de este dictamen no es sino una parte de la estrategia reeleccionista, anticonstitucional, que tiene montada el gobierno. Es, probablemente, la "ventanita" de que habló alguna vez el ingeniero Fujimori.
Se pretende que la Sala Plena de la Corte Suprema esté integrada por una mayoría de Vocales provisionales, cuyos méritos no han sido evaluados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Han sido llamados a integrar Salas Transitorias. Su permanencia está ligada a su dependencia. Pueden ser sustituidos, si no son dóciles. La Comisión Ejecutiva puede crear más Salas en la Corte Suprema. Todo puede ocurrir.
El afán de copar todos los espacios para alcanzar una nueva reelección, en base al fraude y al control de los mecanismos electorales, merece el repudio del país. No advierten los autores de estos hechos que están colocando al Perú en el peligro de una insurgencia absolutamente justificada.
No se trata, pues, de un proyecto limpio.
Su objeto trasciende la técnica legislativa y la vocación de servicio a la justicia.
El debate de este proyecto, sin duda, será semejante a los que, desde hace más de un siglo y medio, fue escenario el Parlamento Nacional: entre los que aspiran a que los pueblos elijan a sus gobernantes y los que recurren a la manipulación de todos los resortes del poder para medrar en el poder.
El ciudadano que elija la Sala Plena de la Corte Suprema presidirá el Jurado Nacional de Elecciones. El ciudadano que elija la Junta de Fiscales Supremos integrará ese Jurado. La renovación de un tercer integrante del Jurado Nacional de Elecciones estará sujeta a la presión oficial. La "ventanita" podrá abrirse, como consecuencia.
En el nivel de los Jurados Electorales Especiales, los Vocales provisionales, interinos o suplentes; y los Fiscales igualmente provisionales, interinos o suplentes, actuarán sin dudas ni murmuraciones.
El Sistema de Inteligencia Nacional ha penetrado en las estructuras del Poder Judicial y del Ministerio Público. Hay magistrados que ofician, simultáneamente, como agentes del SIN. Es público el hecho de que la ex-Fiscal de la Nación -hoy Presidenta de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público- informaba asuntos reservados a Palacio de Gobierno. Es, también, público el caso de un magistrado supremo que fraguó un acta contra un Congresista. El SIN selecciona a los magistrados provisionales y suplentes. Tiene una especie de academia para preparar a abogados que, a través de ese eficiente conducto, les facilite el acceso al Poder Judicial y al Ministerio Público. La autonomía e independencia de ambos es una farsa.
Finalmente, el aparato del fraude tendrá en las Mesas de Sufragios otro factor determinante. Escogidos por una mixtura de jueces y fiscales, los titulares de las Mesas de Sufragio pueden, además, ser reemplazados por los

miembros de las Fuerzas Armadas. Todos los servicios de inteligencia estarán prestos a suplantar actas y manipular cómputos.

Así se proyecta el fraude.

En mi opinión, por decoro del Congreso, no debe aprobarse el proyecto.

En sustitución, para preservar la normatividad constitucional, sugiero el texto siguiente:

El Congreso de la República:

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Deróganse las leyes 25546, 26623, 26695 y 26696 y, en consecuencia, recobran vigencia las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Lima, 8 de diciembre de 1997.

Javier Alva Orlandini
Congresista de la República

30. Uno es quórum de tres: camino a la corrupción

El artículo 3º de la Ley Nº 26747, de 25 de enero de 1997, dispuso:

En caso de ausencia de hasta dos de sus miembros, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, continuará funcionando como órgano colegiado.

Igualmente, el artículo 2º de la Ley Nº 27009, de 5 de diciembre de 1998, estableció:

Asimismo, en caso de que hasta dos de los Magistrados miembros de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial encontrándose dentro o fuera del territorio nacional, estuvieran impedidos de ejercer sus funciones de gobierno y gestión como consecuencia de un acto de fuerza, la mencionada Comisión continuará funcionando como órgano colegiado, facultándose al Presidente de la misma para nombrar a su Secretario Ejecutivo a fin de garantizar el funcionamiento de ella y la continuidad de las acciones presupuestarias.

La presencia en la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial era, en la práctica, decorativa. El Secretario Ejecutivo, primero un marino retirado, después un abogado que fracasó en su propósito de ser Magistrado del Tribunal Constitucional, hacían y deshacían en ese Poder del Estado; pero no por voluntad propia, sino cumpliendo órdenes del asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, como lo acreditan los "vladivideos", vale decir la documentación audiovisual, fehaciente, que contiene la obra "En la Sala de la Corrupción", que en seis volúmenes editó el Fondo Editorial del Congreso de la República, del que se ha transcrito algunos párrafos.

Las funciones atribuidas a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por el artículo 3º de la Ley Nº 26656, parcialmente modificada por el artículo 3º de la Ley Nº 26695, de 3 de diciembre de 1996, fueron las de (a) calificar y evaluar al personal de los Órganos Auxiliares y Administrativos del Poder Judicial y ratificar o cesar al personal, según los resultados de la evaluación; (b) Elaborar y aprobar el Reglamento de Organización y Funciones del Poder Judicial; (c) Elaborar y aprobar el Reglamento y Escalafón del personal de los Órganos Auxiliares y Administrativos del Poder Judicial, sujeto a las normas del Decreto Legislativo Nº 276 y su inclusión en los alcances del Decreto Ley Nº 26093; (d) Aprobar los proyectos de normas legales que presente la Comisión Consultiva de Emergencia; (e) las demás que acuerde el Reglamento de la presente ley; y (f) Promover y ejecutar la política de descarga procesal mediante la creación, conformación y reorganización de Salas Transitorias de la Corte Superior y de la Corte Suprema, Juzgados Transitorios y Especializados de los Distritos Judiciales de la República.

Sin entrar al detalle de tales funciones, es evidente que no le correspondía ejercer a la Comisión Consultiva de Emergencia las atribuciones que están reservadas por los artículos 107º y 144º de la Constitución a la Sala Plena de la Corte Suprema. Y, en lo que atañe a la descarga procesal, los hechos demuestran que no sólo no se alcanzó ese objetivo, sino que la sobrecarga está incrementada a pesar de los Códigos Procesal Civil y Procesal Penal.

La seguridad jurídica, de la que tanto se habla en tiempos recientes, para atraer inversiones foráneas y nativas, requiere de una justicia rápida y predecible. La seguridad personal, que es parte integrante de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, es incompatible con prolongados procesos inquisitivos, en que se triplica el esfuerzo de los operadores policiales, fiscales y judiciales, sin que los procesos alcancen oportuna sentencia.

Los actos de corrupción que se denuncian en los medios de comunicación, con titulares sensacionalistas, afectan al Poder Judicial y no sólo a los agentes de los delitos, que deben ser sancionados severamente. Se debilita la institucionalidad democrática cuando la gente común pierde fe en la justicia. Sobre la reforma judicial, que se inicia en los albores de la República, y que es tarea inconclusa y agravada, se han formulado multitud de estudios y de proyectos. La credibilidad de la opinión pública en la justicia es casi equivalente a cero, si tenemos en consideración encuestas realizadas a fines del año 2006, en que el 96% la cuestiona.

III. REFORMA DEL PODER JUDICIAL: PRIORIDAD NACIONAL

31.- La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Justicia

Recogiendo el clamor nacional fue aprobada, por consenso, la Ley Nº 28083, promulgada el 3 de octubre de 2003, por la que se crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia.

La CERIAJUS estuvo integrada por el Presidente del Poder Judicial, que la presidía, el Fiscal de la Nación, el

Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, un representante del Tribunal Constitucional, el Presidente de la Academia de la Magistratura, el Ministro de Justicia, el Defensor del Pueblo, dos representantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República y cinco miembros elegidos por las instituciones de la sociedad civil participantes en el Foro del Acuerdo Nacional; y, luego, un representante de los Colegios de Abogados y un representante de cada una de las Facultades de Derecho de las tres universidades nacionales y de las tres universidades particulares más antiguas. El Decreto Supremo N° 010-2005-JUS completó la regulación legal de la CERIAJUS.

Los 20 juristas formularon un total de 170 propuestas para dar solución al problema de la reforma judicial.

Varios proyectos de ley están en estudio del Congreso. Entre tanto, la situación se agudiza. Los procesos penales, con reos en cárcel, están con plazos legales vencidos o por vencer, sin sentencia de primer grado. Los procesos civiles abarrotan los locales judiciales. Es materialmente imposible que, si no hay cambios sustanciales, acaso contenidos en el Plan Integral aprobado por la CERIAJUS, no haya salida a esta grave situación.

Concurrentemente, a pesar de los esfuerzos de los sucesivos Presidentes del Poder Judicial, en los últimos años, no se advierte ningún cambio sustancial en cuanto a la celeridad en el trámite de los procesos que son de su conocimiento, salvo los referidos a los juzgados comerciales. Tiene derecho el Perú a saber cómo se aplicó ese importante apoyo del PNUD, en beneficio del Poder Judicial y del Ministerio Público, pues únicamente se sabe que quienes ejercían los más altos cargos institucionales, en aquella época (1996-2000), están procesados o sentenciados, pero por motivos diversos.

Hay un proyecto de modificación parcial del Código Procesal Civil, en debate en la Comisión de Justicia del Congreso, que ha sido observado por Juan Monroy Gálvez, por cuanto no está adecuado a los principios procesales que inspiran ese Código.

Javier de Belaunde López de Romaña, profesor universitario y abogado en ejercicio ("La Reforma del Sistema de Justicia" – Fundación Honrad Adenauer – Lima, abril de 2006, pag. 43), escribe al respecto:

La reforma de la Corte Suprema requiere un trabajo sostenido en los tres temas referidos en los puntos anteriores, cosa que implica hilvanar cuidadosamente tanto cambios puntuales como estructurales en un cronograma de acciones que identifique claramente a los responsables, los montos que requieren invertir y los resultados que se obtendrían con éstos.
En ese sentido urge comenzar con el debate público, amplio y programado sobre la estructura y funciones constitucionales de la Corte Suprema que es en definitiva el tema medular de este sector de la reforma, responsabilidad que corresponde a las Comisiones de Constitución y de Justicia del Congreso, y que van postergando hace casi dos años. Esta reforma constituye el marco en el cual se deben ir desarrollando todos los demás cambios de mediado y corto plazo.
En segundo lugar se requiere que se adopten, progresivamente, las medidas legales necesarias para reducir el ámbito de las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema solamente a los procesos que se derivan de la Constitución y a las causas que ingresen vía casación o eventualmente por el certiorari. Ello también implica debatir sobre cuál es el mejor modelo para limitar el acceso a la Suprema: casación sin efecto suspensivo, casación con certiorari o certiorari puro. Además esta medida debe prever la necesidad de reforzar la capacidad y calidad de las Salas superiores que serán las instancias donde terminarán los procesos regularmente.
Sin embargo, como ello implica un proceso legislativo de mediano plazo, resulta necesario dar inicio a un tercer grupo de medidas más a corto plazo a cargo del Poder Judicial y de la Academia de la Magistratura. Entre las que se encuentran el inicio de la publicación y sistematización de las sentencias de las máximas instancias, la capacitación sobre temas de precedente obligatorio, la realización de trabajos estadísticos que permitan identificar los temas en los que corresponde fijar jurisprudencia vinculante, etc.

Las reflexiones de Belaunde López de Romaña son válidas. Provienen más del maestro que del litigante. La reforma del Poder Judicial es una suerte de muletilla usada en varias etapas de nuestra vida republicana, como se ha señalado anteriormente; pero no se reduce sólo a la Corte Suprema, sino que debe abarcar todas las instancias. Se requiere, obviamente, de no sobrecargar a la Corte Suprema con asuntos que pueden ser resueltos, en definitiva, en las Cortes Superiores, pero siempre observando el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. La actual LOPJ establece que la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene efectos vinculantes. Si ese principio se incorpora a la Constitución y tampoco se cumple, nada variaría.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, tienen también efectos vinculantes, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo del efecto normativo. Sin embargo, en fecha no lejana, la resolución del Jefe de la Oficina de Control Interno del Poder Judicial, para que se diera cumplimiento al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, concerniente al efecto vinculante de las sentencias del Órgano Supremo de control de la constitucionalidad, pretendió ser enervada por un comunicado de la Comisión Ejecutiva de ese Poder.

Mediante la sentencia de 29 de agosto de 2006 (Exp. N° 5156-2006-PA-TC), el Tribunal Constitucional ha precisado los casos en que, por aplicación de los artículos 99° y 100° de la vigente Constitución, los Magistrados de la Corte Suprema pueden ser sometidos a antejuicio político y, eventualmente, por acusación constitucional, denunciados por la Fiscalía de la Nación ante el propio Poder Judicial, para la investigación y el juzgamiento a que hubiere lugar; y, asimismo, los casos en que pueden

ser, previo debido proceso, destituidos por el Consejo Nacional de la Magistratura, por aplicación del artículo 154°-3 de la Ley Fundamental, según el que

La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.

La manera de designación de los magistrados judiciales y fiscales ha sido fuente permanente de críticas. La preponderancia del Presidente de la República, en esta materia, fue siempre preponderante, como se puede advertir de los hechos históricos relatados precedentemente.

Se dio apariencia de independencia a los nombramientos judiciales, a partir de la creación del llamado Consejo Nacional de Justicia. Empero, este Consejo fue dependencia de Palacio de Gobierno. Algo semejante ocurrió con el Jurado de Honor de la Magistratura, en la década pasada, que no fue un órgano constitucionalmente idóneo.

El Consejo Nacional de la Magistratura, compuesto por siete miembros, ampliable a nueve, no siendo todos letrados, ha ejercido sus atribuciones de nombrar, sancionar disciplinariamente y ratificar o no ratificar magistrados con relativa eficiencia. Hay vacantes en la Corte Suprema cuyos titulares aún no han sido nombrados.

Es verdad que está en debate cuáles serían las competencias de la Corte Suprema, pues el exagerado número de procesos de que conoce actualmente, si no se reduce, impediría que se establezca en once el número de Vocales Supremos, que es el mismo que durante casi cien años ha tenido ese máximo órgano de la justicia ordinaria.

Está, pues, imbricada la reforma judicial a la reforma de los códigos procesales; o, para expresarlo de modo distinto, el número de magistrados debe estar en relación directa con el número de procesos que deban resolver.

No se trata de un asunto cuya solución deba demorar, sino al contrario: es un tema que requiere ser considerado prioritariamente, con reforma o sin reforma constitucional.

Pero: ¿Qué es la reforma judicial? ¿Qué se busca con la reforma judicial? ¿Cuán difícil es hacer la reforma judicial? Tales preguntas y muchas más han sido hechas y continuarán motivando comentarios persistentes en todos los ámbitos de la vida del Perú, aunque la temática no es exclusivamente nacional.

En la ceremonia de inauguración del año judicial, el 3 de enero de 2006, los Presidentes de las Cortes Superiores de toda la República, con diversas palabras y con un mismo contenido, han hecho profesión de fe en la justicia, oportuna y eficaz. En la Corte Suprema de Justicia, acaso con estilos oratorios diferentes pero con idéntico propósito, Walter Vásquez Vejarano y Francisco Távara Carrasco abordaron las múltiples facetas de la reforma judicial. El primero lamentó no haber tenido los recursos presupuestales suficientes e hizo hincapié en la bilateralidad de la corrupción: no hay corrupto sin corruptor. En un pasaje de su discurso memoria, dijo:

Como ha ocurrido siempre, la corrupción ocupa preeminente lugar de la preocupación nacional y, por consiguiente, se traduce en censura intermitente y acerva.

El segundo, al asumir la Presidencia del Poder Judicial por un período de dos años, señaló:

La justicia no es un bien que se provea para unos pocos, la justicia es un bien o valor que pertenece a todos, y dentro de una democracia, por fuerza de la razón natural, se imparte por igual a todos... La condición de imparcialidad e independencia en la impartición de justicia constituye el fundamento mismo de la función jurisdiccional...Todo este derrotero de interrelación entre el Poder Judicial y la designación de nuevos magistrados por el Consejo Nacional de la Magistratura se ha desenvuelto en un derrotero de gradual afirmación del Poder Judicial, luego de que junto a otras instituciones del Estado fuesen intensamente intervenidas y debilitadas durante la década pasada. Talvez ese hecho histórico sirva para entender el estado actual de crisis del Poder Judicial, pero también justifica la esperanza del devenir de nuevos cambios, porque aunque sea un lugar común acusar al Poder Judicial, es palpable que ha habido mejoras, desde la reinserción del Perú dentro de una democracia plena.

En la década pasada se produjo un hecho histórico: la abolición de la independencia del Poder Judicial (y, en general, del Estado de Derecho), a partir del 5 de abril de 1992. Pero ese "hecho histórico" es, también, un hecho delictivo previsto en el artículo 346° del Código Penal: el delito de rebelión. Y, a su vez, el delito de rebelión estuvo asociado a delitos contra la voluntad popular (artículos 354°-364° del Código Penal), a delitos de abuso de autoridad (artículos 376°-381 del Código Penal), a delitos de concusión (artículos 382°-386° del Código Penal), a delitos de peculado (artículos 387°-392° del Código Penal), a delitos de corrupción de funcionarios (artículos 393°-401° del Código Penal), y a otros más.

Recogiendo el clamor público, el diario El Comercio, de 5 de enero de 2007, en nota editorial titulada Poder Judicial: Esperanzadoras señales de reforma, manifestó:

La juramentación del nuevo presidente de la Corte Suprema, doctor Francisco Távara, ha traído aires de renovación que, la ciudadanía espera, lleguen a plasmarse prontamente en cambios que le devuelvan prestigio a la administración de justicia peruana.

En el mismo medio de expresión, el 6 de enero de 2007, el presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, ingeniero Francisco Delgado de la Flor, en la entrevista que se le hizo, manifestó:

[...] el Poder Judicial está muy desprestigiado, y eso hace que muchos no quieran postular. Además, los sueldos son cada vez más bajos. Un jurista de prestigio dice que por ese sueldo no se presenta y los requisitos que se están pidiendo son cada vez más fuertes. Nosotros estamos convencidos de que alguien que no reúne los

requisitos no debe ser vocal supremo.

Con expectativa, el Perú espera que el Poder Judicial, con el apoyo de los otros poderes y órganos del Estado, pueda satisfacer las exigencias del pueblo. Dentro del afán de armonizar el trabajo judicial, tal como ocurrió durante la gestión del Presidente Vásquez Vejarano, el actual Presidente del Poder Judicial ha reunido, en Piura, a todos los Presidentes de las Cortes Superiores y a otros altos funcionarios de ese Poder.

32. Sin embargo: algo más que buenas intenciones

La historia del Perú –también la de muchos otros países- está signada por la primacía de regímenes autoritarios, en mayor o menor grado, que suprimieron la libertad de expresión. Sin embargo, la evolución de la tecnología hace difícil que esa libertad sea anulada de manera absoluta, como ocurriera hasta mediados del siglo anterior. En efecto, las dictaduras censuraban la prensa escrita y nadie podía leer sino lo que los detentadores del poder permitían, generalmente los comentarios laudatorios y las informaciones distorsionadas.

Desde la segunda mitad del siglo XX, los gobernantes arbitrarios han usado –y en otros lugares del mundo siguen usando- métodos más prácticos, sutiles o no, para manipular los medios de comunicación. Recuérdese que durante la dictadura del general Manuel A.Odría, en el Perú, los periodistas ejercían su labor sujetos a la "espada de Damocles". Incluso, el director de un semanario, Leonidas Rivera, que era diputado odriísta por Lima (elegido en un proceso escandalosamente fraudulento), fue expulsado del Congreso y penalmente procesado por poner, supuestamente, en riesgo las relaciones de nuestro país con la Argentina de Perón.

En verdad no hubo prensa de oposición durante el nefasto régimen del ochenio, surgido del cuartelazo del 27 de octubre de 1948, que depuso al presidente José Luis Bustamante y Rivero.

En el Gobierno militar, especialmente en la primera fase del 3 de octubre de 1968 al 29 de agosto de 1975, la libertad de expresión fue erradicada. A través de diversos dispositivos se incautó el diario "Expreso" y más adelante los demás diarios con el pretexto de ponerlos al servicio de diversos sectores de la población.

Así permanecieron hasta el 28 de julio de 1980, en que el presidente Fernando Belaunde Terry dispuso la devolución de todos los medios de comunicación a sus legítimos propietarios.

El 5 de abril de 1992 el control de los medios de comunicación fue acaso más eficaz, en la medida en que no se usó de la fuerza sino del dinero del presupuesto nacional. Aparentemente los medios de comunicación mantenían su independencia y su credibilidad; pero su programación, incluyendo la de esparcimiento, estaba digitada y dirigida a manipular la opinión pública.

Desde su aparición en el escenario de la información, los medios radiales y televisivos fueron utilizados perversamente por las dictaduras, en razón de la concesión del espectro electro magnético, que es un recurso natural de propiedad de la Nación, requería cumplir las exigencias legales y administrativas; y, consecuentemente, esa concesión era potestad virtualmente discrecional de quienes ejercían las funciones públicas.

El funcionamiento de las radioemisoras y los canales de televisión dependía, igualmente, de su sometimiento a la voluntad de los autócratas, que en la década del fujimontesinismo usó alegremente de los caudales públicos.

La importancia de los medios de comunicación, en la formación moral y cultural de la población, es evidente. En estos años iniciales del siglo XXI es virtualmente imposible que haya seres humanos ajenos a la información. La tasa de analfabetismo en el mundo ha descendido notablemente en el curso del siglo XX. El Perú, pese a las limitaciones y defectos de nuestro sistema educativo, no ha sido excepción a tal hecho. Pero, adicionalmente, a todos los ámbitos del planeta llegan la radio y la televisión; y, en menor medida, la informática. Puede, por lo tanto, afirmarse que –excluyendo a los niños de poca edad- no menos de cinco mil millones de seres humanos conocen los hechos más trascendentes que ocurren en cualquiera de los lugares más lejanos a los que habitan.

Los seres humanos, cualquiera que sea el lugar en que habiten, tienen derechos protegidos. Incluso en naciones en las que imperan regímenes proclives al abuso del poder político. Los medios de comunicación, especialmente radiales y televisivos, remontan las fronteras nacionales. No hay muros que impidan el desplazamiento de las ondas audibles y visibles.

El uso abusivo del poder político –la agresión, no necesariamente bélica, de un Estado a otro- suele ser materia de condena por los organismos internacionales. Y el uso abusivo de la libertad de expresión –que viola cualquier otro derecho fundamental de la persona- tiene, asimismo, como contrapeso la legislación que cada país adopta.

No hay derechos absolutos, irrestrictos.

En el Perú no llega a comprenderse que la libertad de expresión no es libertinaje. Los que usan de la libertad de expresión para agraviar a las personas están sujetos a las responsabilidades previstas en las leyes, las cuales son de dos tipos: civil y penal.

La responsabilidad civil está prevista en el Código Civil de 1984.

El Libro I, "Derechos de las Personas", Sección Primera, "Personas Naturales", Título I, "Principio de la Persona" dispone

"Artículo 17°.- Defensa de los derechos de la persona

"La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este

"título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de "los actos lesivos.

"La responsabilidad es solidaria."

Asu vez, el Libro VII, "Fuentes de las Obligaciones", Sección

Sexta, "Responsabilidad Extracontractual, declara:

"Artículo 1969°.- Responsabilidad por daño doloso y culposo. "Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. "El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor." La responsabilidad penal está tipificada en el Código Penal de 1991.

El Libro Segundo, "Parte Especial – Delitos", Título II, "Delitos contra el honor", Capítulo Único, "Injuria, difamación y calumnia", sanciona

"Artículo 132°.- Difamación
"El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda "difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta "que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de "libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento días multa."

"Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131°, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días multa."

"Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de "comunicación, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de "tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días multa."
Las disposiciones legales referidas tienen su basamento en la Constitución Política de 1979 (vigente cuando se promulgaron el Código Civil y el Código Penal) y, obviamente, en la Constitución Política de 1993.

En efecto, la actual Carta, Título I, "De la Persona y de la Sociedad", Capítulo I, "Derechos Fundamentales", indica:
"Artículo 1°.-La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

"Artículo 2°-1.- Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su "integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar."

"Artículo 2°-4.-Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y los demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

"Artículo 2°-7 expresa que toda persona tiene derecho "Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley."

Numerosas encuestas de opinión pública, realizadas en los últimos cinco años, establecen que la credibilidad en el Poder Judicial no es precisamente la que requiere ese órgano fundamental de impartición de justicia. El negativo concepto no es reciente, sino que, antes, los regímenes autoritarios impidieron el ejercicio de todo tipo de libertad de expresión.

Desde inicios de la República hay, sin embargo, en el Poder Judicial una pléyade de ilustres juristas que habrían honrado a cualquier tribunal del mundo. En los tiempos actuales nadie puede dudar de la honorabilidad de magistrados que se desvelan por cumplir sus atribuciones, a pesar del impacto que han sufrido sus remuneraciones. Casos aislados no deben afectar la credibilidad en el Poder Judicial

Sin embargo, esos casos aislados dañan la imagen institucional. Las experiencias personales pueden servir para que el servicio de justicia sea de conocimiento público y motive, en el futuro, las correcciones pertinentes.

Una de esas experiencias es la que narro a continuación. El Canal N, de Lima, trasmitía el programa denominado "Barra de Mujeres". Los días sábado 9, dos veces, y domingo 10, una vez, de octubre de 2004, o sea hace dos años, "Barra de Mujeres", dirigido por Ana María Yánez de Málaga, me difamó ante decenas de miles de televidentes. Intenté hacer la rectificación inmediata, el propio sábado 9; pero me manifestaron en el Canal N que el programa era grabado.

Inicié, por lo tanto, la querella respectiva contra la autora del delito ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, de turno (Expediente: 115-05, Secretario Sarmiento). El 17 de mayo de 2005, la juez Yngrith Grosso García expidió una sentencia exculpatoria (no la califico de insólita, pues deben haber otras semejantes o peores), respecto de la cual formulé la correspondiente apelación, en los términos que siguen:

La sentencia no sólo promueve la teoría de la impunidad, sino que, además, expresa conceptos lesivos contra el honor del suscrito.

En el Considerando Primero, la sentencia omite referir que (además de ratificarme en la querella) indico que el programa "Barra de Mujeres" fue trasmitido dos veces el sábado 9 de octubre y por terceravez el domingo 10 de octubre de 2004; y que el público que vio y escuchó tal programa fue distinto, total o parcialmente. Por lo tanto, el hecho delictuoso –la difamación– fue repetido y ampliado. Asimismo, no evalúa el hecho de que no se hizo la inmediata rectificación solicitada por el suscrito el propio sábado 9, ni tampoco el domingo 10, por cuanto el programa estaba grabado.

La querellada tuvo conocimiento de mi pedido de rectificación el sábado 9 y, sin embargo, repitió dos veces el comentario agraviante.

En el Considerando Segundo, la sentencia dice que la querellada afirma que "Barra de Mujeres" no es un programa de investigación sino sólo de opinión y que el tema pensionario estaba tratado tanto en el Congreso como en el Tribunal Constitucional. La afirmación es falsa. Efectivamente, la reforma constitucional relativa al régimen pensionario no estaba sujeta a decisión del Tribunal Constitucional, el que sólo interviene si se plantea demanda de inconstitucionalidad de la ley, hecho que no había ocurrido el 9 de octubre de 2004. Y no considera la malicia en la conducta de la querellada, quien sólo se refiere a mí para atribuirme actuar con

inconducta funcional, a pesar de que son 120 los Congresistas y 7 los Magistrados del TC.

En los Considerandos Tercero, Cuarto y Quinto, la sentencia pretende recurrir al Derecho Internacional y la Constitución Política del Perú. Transcribe el artículo 11° de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2°, inciso 7, de nuestra Ley Fundamental, que reconoce que la persona humana es el objeto y fin último de cualquier regulación legislativa. Analiza, también, los elementos del tipo penal correspondiente al artículo 132° del Código Penal.

En el Considerando Sexto, el autor de la sentencia considera que "las expresiones vertidas por la querellada a través del programa televisivo Barra de Mujeres, propalado por Canal N en su edición del día nueve de octubre de dos mil cuatro, en el sentido de atribuir al querellante, Presidente del Tribunal Constitucional, haber utilizado su cargo para beneficiarse con una pensión derivaba de la ley veinte cinco treinta, lo cual ha sido debidamente acreditado tanto con el video del programa televisivo materia de litis presentado por el querellante, cuya transcripción obra en autos a fojas ciento cuarentiséis; así como con la propia aceptación realizada por la querellada en su declaración instructiva antes glosada, quien señala que las opiniones vertidas lo hizo en mérito de otras investigaciones periodísticas, específicamente la propalada por el periodista César Hildebrant en su programa "La Boca del Lobo", constituyen una conducta que reúne los requisitos objetivos del tipo penal de difamación, previsto en el artículo ciento treintidós del Código Penal, en la medida que la denunciada atribuyó un hecho al agraviado que ha resultado falso, tal como se acredita con las instrumentales de fojas ciento seis a fojas ciento catorce; lo que ha podido efectivamente perjudicar su reputación."

Empero, en los **Considerandos Séptimo y Octavo**, el autor de la sentencia estima que no hay el elemento subjetivo por cuanto la querellada no ha actuado con dolo. Vale decir, la querellada, que es abogada de profesión, según aparece de su declaración instructiva de fojas 139 a fojas 142, en el programa "Barra de Mujeres" me imputó haber usado el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional a fin de dictar sentencias que me favorecían económicamente, manteniendo o incrementando una pensión que no tengo ni tendré jamás.

Según el autor de la sentencia (considerando Noveno) "[...] que las expresiones vertidas por la querellante (sic), si bien se puede señalar que si bien responden a los elementos objetivos del delito de difamación, tal como ha quedado establecido, estas fueron producto, o mejor dicho, fueron vertidas en función a la información que era de dominio público, la cual no había sido difundida por la querellada [...]". La sentencia sostiene la peregrina teoría de que en el dominio público está que el suscrito, que ejerce la función de Presidente del Tribunal Constitucional, se incorporó fraudulentamente al régimen pensionario del decreto ley N° 20530 y que, ejerciendo el cargo de Magistrado de ese Tribunal, ha dictado sentencias para favorecerse.

No hay un solo medio de comunicación que haya sostenido mi ingreso fraudulento al referido régimen pensionario. Tampoco existe ninguna sentencia del Tribunal Constitucional que, directa o indirectamente, haya sido dictada para favorecerme.

Simplemente: no estoy en tal régimen pensionario y no hay ninguna sentencia dictada dolosamente para favorecerme. He acreditado, con documento público fehaciente, que no estoy en el referido régimen pensionario.

Es obvio que cada persona tiene su autoestima y su propia moral. El autor de la sentencia tiene las suyas. Empero, en tanto ejerce la función judicial, debe leer y practicar el Código de Ética del Poder Judicial del Perú, aprobado en sesiones de Sala Plena de 9, 11 y 12 de marzo de 2004.

La sentencia otorga a la querellada el gozo de ilegal inmunidad, con el argumento írrito de que, por no ser periodista de investigación puede difamar a quien quiera; y yo, por ser funcionario público, debo soportar cualquier agravio. Teoría tan peligrosa viola el principio de igualdad ante la ley, declarado en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú.

Es más: el autor de la sentencia –mintiendo- afirma (considerando Décimo Quinto) que otros medios de comunicación habían señalado que el querellante era beneficiario del régimen pensionario del decreto ley N° 20530. Sin embargo, en el proceso sólo ha probado la querellada que el mercenario que usa otro canal de televisión hizo referencia a ese hecho absolutamente falso. El mercenario no es fuente de la verdad.

En el propósito de exculpar a la querellada, en el mismo considerando, el autor de la sentencia sostiene que "... concluye que las expresiones vertidas por la querellada se basaron en la información recibida,emitiendo al respecto sus propias opiniones. Expresiones y juicio de valor".

La sentencia prescinde de referirse a expresas y obligatorias normas de la Constitución y tergiversa el sentido y el texto expreso del art. 132 del Código Penal, incurriendo en prevaricato-

Debo reiterar que el Título I de la Constitución Política del Perú trata De la Persona y de la Sociedad y que el Capítulo I de dicho Título señala cuáles son los Derechos Fundamentales.

Dentro de tal Capítulo el artículo 1° declara que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

Asimismo, el artículo 2°-1 indica que "Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

El propio artículo 2°-4 dispone que "Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y los demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal,y se juzgan en el fuero común.

Igualmente el artículo 2°-7 expresa que toda persona tiene derecho "Al honor y a la buena reputación,

a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley."

Las referidas normas constitucionales son el basamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Tienen antecedentes en las once Constitucionales precedentes; y están avaladas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 132° del Código Penal tipifica el delito de difamación y señala la pena correspondiente: "Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días multa."

El artículo I del TP del Código Penal precisa que "Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad."
El principio de lesividad está recogido en el artículo IV del TP del Código Penal: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley."
El principio de responsabilidad penal del autor está declarado en el artículo VII del TP del mismo CP; De la visualización del video emitido el día sábado 09 de octubre del 2004, por el Programa Barra de Mujeres, se ha podido corroborar que la conductora Ana Cecilia Yáñez Malaga sostuvo que el Dr. Javier Alva Orlandini es beneficiario de ley 20530, (hecho imputado, con evidente malicia, y desvirtuado documentalmente); que como Presidente del Tribunal Constitucional tenia conflicto de intereses, razón por la cual debía inhibirme como magistrado; que mi intervención como Magistrado le quita legitimidad a las sentencias relacionadas con el decreto ley 20530; y, finalmente, que he dado un fallo en favor de mi pensión, por lo que su monto no puede ser reducido. La querellada mintió públicamente. Para dar credibilidad a los hechos difamatorios aprovechó la presencia en ese programa de dos distinguidos juristas (Carlos Blancas Bustamante y Pedro Morales Corrales), quienes mantuvieron silencio ante las temerarias afirmaciones, por cuanto desconocían que yo nunca fui pensionista, ni lo seré jamás, del régimen establecido por el decreto ley 20530. Así los televidentes creyeron que era cierta la versión de la querellada.
El programa en que se me ofende fue transmitido dos veces el día sábado 9 y una vez el día 10 de octubre del 2004. Cada vez que se trasmite el programa "Barra de Mujeres" son decenas de miles de personas que lo ven y escuchan. La conducta de la querellante cumple el elemento subjetivo del tipo penal que se exige para la configuración del delito de difamación que consiste en la conciencia y en la voluntad de lesionar la reputación o el honor ajeno, mediante dos elementos que definen el factor intencional: ofensa y divulgación.
La querellada intenta disminuir su responsabilidad penal con el argumento de que otro periodista, que recurre sistemáticamente a la difamación, hizo el mismo agravio. Es obvio que la conducta delincuencial no puede servir de paradigma. Si se trata de la participación en actos punibles, se aplica la norma del artículo 23° del Código Penal. Las únicas causas que eximen de pena están enumeradas en el artículo 20° del Código Penal. La querellada no se encuentra en ninguna de las hipótesis legales.
La ejecutoria suprema de 28 de abril de 1995 (Exp. 144-94) declara que "Está exento de responsabilidad penal el reo que presenta personalidad esquizoide paranoide." La querellada no ha argumentado estar en tal situación; pero si el Juzgado dispone se realice una pericia de oficio y la misma determina esa dolencia, me atengo al resultado. En tanto ello no ocurra, la querellada debe ser condenada a la pena privativa de libertad de tres años, al pago de trescientos sesenticinco días multa, de acuerdo al artículo 132° del Código Penal; y al pago de la reparación civil de quinientos mil nuevos soles, según los artículos 92°, 93°, inciso 2, y 101° del propio Código Penal; y los artículos IX del TC y 1969° del Código Civil.

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal – Reos Libres – de Lima, integrada por los Vocales Carrasco Navarro, Izaga Pellegrin y Chamorro García, resolvió (Exp. 1311-04), en los términos siguientes:

Lima, 12 de agosto de 2005. VISTOS: interviniendo como Ponente el Señor Vocal Carrasco Navarro; y oído el informe oral y de hechos.- Es materia de apelación la sentencia obrante a fojas 218, que absuelve a la querellada Ana María Cecilia Yánez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el honor – difamación, en agravio de Javier Alva Orlandini; y CONSIDERANDO: PRIMERO.- El querellante Javier Alva Orlandini interpone denuncia penal contra Ana María Yánez Málaga, por el presunto delito de difamación, al considerar lesionado su honor con las declaraciones realizadas por la querellada en su programa "Barra de Mujeres" que se trasmite pro el Canal "N" con fecha 9 de octubre de 2004, donde ésta entrevistando a los ciudadanos Pedro Morales Corrales y Carlos Blancas Bustamante respecto a la sentencia impartida por el Tribunal Constitucional sobre el tema de la Cédula Viva realizó comentarios lesivos al honor del querellante a quien mostró como un Magistrado corrupto, haciendo alusión que en su calidad de Presidente del Tribunal Constitucional se ha beneficiado con sentencias manipuladas y arbitrarias evacuadas por dicho órgano autónomo, referidos al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, con el cual se habría beneficiado; falseando maliciosamente los hechos, a través de los cuales le ha causado perjuicio a su imagen; SEGUNDO.- Conforme a su descripción típica el delito de difamación recogido en el artículo 132 del Código Penal, requiere para su configuración un comportamiento del agente consistente en "atribuir a una persona un hecho – suceso o acontecimiento, cualidad – calidad o modo de proceder – que pueda perjudicar su honor o reputación, con la agravante de haberse realizado mediante un medio de comunicación social".- TERCERO.- De la lectura de autos se advierte que el juzgador no habría

realizado una adecuada valoración de los hechos denunciados así como un adecuado análisis del tipo penal materia de proceso penal, al momento de emitir la resolución impugnada, esto es, no ha considerado el hecho que la opinión vertida por la querellada a través de su programa de televisión ha dado a la teleaudiencia la impresión que el querellante era beneficiario del régimen pensionario de la Ley 20530 y que como tal habría emitido en su calidad de Magistrado integrante del Tribunal Constitucional un fallo a favor de su pensión, cuando tal afirmación no era real con lo que se habría afectado el honor del querellante al presentarle como un Magistrado que utiliza su cargo en beneficio de sus intereses personales. CUARTO.- Que asimismo no ha considerado el contenido de la sentencia objeto de comentario en el programa de televisión conducido por la querellada el mismo que obra inserto a fojas cinco, el cual versaba sobre la acción de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 28046, que establecía una contribución de solidaridad a las pensiones de monto elevado, la misma que además fue desestimada por el Tribunal Constitucional presidido por el querellante, de cuya lectura no se advierte la estipulación de beneficio alguno a los pensionistas de este régimen de pensiones, lo que no justificaría la afirmación que en ese sentido habría realizado la querellada, coligiéndose con ello que sus comentarios realizados al respecto no habrían resultado pertinentes ni veraces; no siendo argumento idóneo para eximirle de responsabilidad considerar el hecho de que sólo se habría limitado a emitir opiniones en función a información que era de dominio público, aunado a ello esta información habría sido divulgada además de manera errada, al no realizar ésta una labor de investigación previa sino de comentario a notas periodísticas de programas informativos, toda vez que estando al alcance y magnitud que tiene sus opiniones dado el medio de comunicación masivo por el cual son difundidos, como lo es la televisión, éstas no pueden ser proferidas de manera irresponsable sin previa verificación de la información recibida o que sirve de sustento a sus comentarios; tanto más si nuestra Carta Magna si bien reconoce como uno de los derechos fundamentales de la persona humana la libertad de información, opinión y expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, ni censura, ni impedimento alguno, tal derecho no puede ejercerse de manera irrestricta e irresponsable, sino en armonía con los derechos de las demás personas, como lo sería el derecho al honor y buena reputación consagrado también en nuestra Constitución Política del Estado; siendo así, estando a la inadecuada valoración realizada por el juzgador de los hechos objeto del presente proceso penal, en atención a lo expuesto, deberá declararse la nulidad de la resolución impugnada para los fines que se emita nuevo fallo; fundamentos por los cuales: Declararon NULA la sentencia de fojas 218, su fecha 18 de mayo de 2005, que Absuelve a la querellada Ana María Cecilia Yánez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el Honor – Difamación, en agravio de Javier Alva Orlandini, con lo demás que contiene. DISPUSIERON Remitir los actuados a la Mesa de Partes Única de los Juzgados Penales para su distribución a otro Magistrado, para los fines que se emita un nuevo fallo acorde a ley; notificándose y los devolvieron.- Carrasco Navarro – Izaga Palomino – Chamorro García.

La querellada interpuso recurso de nulidad, que le fue concedido. Conoció del proceso, en la Corte Suprema de Justicia, la Primera Sala Penal Transitoria, presidida por el Vocal Robinson Gonzales Campos R. G. e integrada por los Vocales Vega Vega, Molina Ordóñez, Saavedra Parra y Peirano Sánchez. Dicha Sala pronunció la siguiente sentencia:

Lima, 7 de junio de 2006. VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Robinson Octavio Gonzales Campos; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO además: Primero.- Que esta Suprema Sala Penal conoce del presente proceso en mérito al recurso de nulidad interpuesto por la querellada Ana María Yánez Málaga de Avendaño, contra la resolución de vista de fojas 286, su fecha 12 de agosto del año 2005, que declara nula la sentencia de primera instancia que absuelve a la recurrente por delito contra el honor –difamación- en agravio de Javier Alva Orlandini. Segundo.- Que la querellada en su recurso formalizado de fojas 292 alega que la Sala Penal Superior al emitir la resolución de vista ha descalificado categóricamente sus argumentos de defensa, habiendo lesionado la garantía constitucional de presunción de inocencia, pues ha instruído al Juez de la causa para que desatienda los alegatos de su defensa y emita una sentencia condenatoria; existiendo por tanto contradicción, pues ha requerido al Juez z que evalúe nuevamente los descargos y, por otro lado, ha indicado que tendrá que interpretarlos, por lo que la resolución deviene en nula.- Tercero.- Que se imputa a la querellada Yánez Málaga de Avendaño haber lesionado el honor del querellante Javier Alva Orlandini, con fecha 2 de octubre de 2004 durante la entrevista con Pedro Morales Corrales y Carlos Blancas Bustamante realizada en el programa televisivo "Barra de Mujeres", que se trasmite en Canal "N", donde se declaró respecto a la sentencia impartida por el Tribunal Constitucional sobre el tema de la cédula viva y la actuación del querellante como Presidente del Tribunal Constitucional, que se habría beneficiado con sentencias manipuladas y arbitrarias emitidas por dicha institución, referidas al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, calificándolo de Magistrado corrupto.- Cuarto.- Que el Tribunal de Instancia al emitir la resolución de vista se ha excedido en sus atribuciones, pues al declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia que absuelve a la querellada Yánez Málaga de Avendaño argumenta en exceso la presunta deficiencia de los medios de prueba que valoró en su momento el A-quo, induciendo, de esta manera, al Juzgador a imponer condena a la querellada, con lo que ha lesionado el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia; y de conformidad con lo previsto por el inciso primero del artículo 298 del

Código de Procedimientos Penales, declararon NULA la resolución de vista de fojas 286, su fecha 12 de agosto de 2005, MANDARON que otro Colegiado, bajo las garantías del debido proceso y sujeción de las normas procesales vigentes, emita nuevo pronunciamiento respecto del recurso de apelación materia de grado; en la causa seguida contra Ana María Yánez Málaga de Avendaño, por delito contra el honor -difamación- en agravio de Javier Alva Orlandini; y los devolvieron.- Gonzáles Campos R. G. - Vega Vega - Molina Ordóñez - Saavedra Parra -Peirano Sánchez.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostuvo que, al dictar la sentencia, la Sala Penal Superior se había "excedido en sus atribuciones". Pero, a su vez, se excede en las suyas al disponer que "otro Colegiado... emita nuevo pronunciamiento respecto del recurso de apelación materia de grado".

Y, por coincidencias del destino, el proceso fue devuelto a la misma Cuarta Sala Especializada en lo Penal - Reos Libres de Lima, pero con distinta conformación. No fue enviado a la Primera, ni a la Segunda, ni a la Tercera, sino a la Cuarta, integrada por los Vocales Janet Ofelia Tello Gilardi, Nancy Avila León de Tambini y Marco Antonio Lizárraga Rebaza.

Cumpliendo lo dispuesto por la Suprema Sala Penal Transitoria, la referida Cuarta Sala expidió la sentencia siguiente:
Lima, 6 de diciembre de 2006. VISTOS: interviniendo como Ponente la Señora Vocal Tello Gilardi; oído el informe oral de fojas 312; y CONSIDERANDO: Primero: Que es materia de apelación la sentencia de fojas 218 y siguientes, su fecha 17 de mayo del año 2005, que falla absolviendo a la querellada Ana María Cecilia Yánez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el Honor - Difamación - en agravio de Javier Alva Orlandini; Segundo: Que, el querellante en su denuncia de fojas uno y siguientes, ratificada en su declaración preventiva de fojas ciento diecisiete imputa a la procesada Yañez Málaga, en su condición de conductora del programa televisivo "Barra de Mujeres" transmitido por canal "N", el hecho de haber lesionado su honor, con sus declaraciones vertidas el día nueve de octubre del año dos mil cuatro, respecto de los alcances de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional sobre el tema de la cédula viva y la ley veinte mil quinientos treinta, realizando comentarios en los que lo sitúa en un contexto de magistrado corrupto, que usa su cargo para alcanzar beneficios personales, y que en su calidad de Presidente del Tribunal constitucional, se favoreció con sentencias manipuladas y arbitrarias, afirmaciones que rechaza tajantemente por ser falsas y causar perjuicio a su persona; Tercero: Que, corre a fojas ciento treinta y nueve la declaración instructiva de la encausada Yañez Málaga, quien refiere que el programa que conduce es uno de comentario y que en efecto trató el tema pensionario, respecto de la ley veinte mil quinientos treinta, en relación a dos beneficiarios en particular, el Congreso de la República y el Tribunal Constitucional, siendo que en lo que respecta al querellante emitió puntos de vista basados en lo vertido por el señor César Hildebrandt, en otro medio periodístico; en el mismo sentido declara que su ánimo fue el de opinar acerca de un tema de actualidad y no de insultar, agraviar ni imputar actos de corrupción al al querellante, señalando además que en la siguiente edición de su programa, pidió disculpas al agraviado por el error cometido, debido a que con posterioridad a los hechos denunciados , tomó conocimiento que éste no pertenece al régimen pensionario de la precitada ley; Cuarto: Que, el delito de difamación se encuentra previsto en el artículo ciento treinta y dos del Código Penal, que prescribe: " El que ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta, que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido condena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días multa." y continua "Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social , la pena será privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa"; tipo penal que sanciona la conducta que afecta el "honor objetivo", es decir la fama, la valoración de terceros, concretándose el acto material del delito cuando se atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta; debiendo ésta ser idónea para perjudicar su honor o reputación; entendiendo por atribuir, el asignar o imputar algo a alguien; siendo este accionar desarrollado con el fin de acarrearle la desestimación o reprobación del círculo social al que pertenece el ofendido; Quinto: Que, conforme a la denuncia de fojas uno y siguientes y la transcripción de visualización del video de fojas ciento cuarenta y seis a ciento cuarenta y ocho; se aprecia, que en las opiniones cuestionadas la procesada Yáñez Málaga, menciona: " ... ahora bien también el presidente es beneficiario de la 20530, ahí tambien vamos a hablar de legitimidad" y continúa: " ... el presidente del Tribunal Constitucional, ... también hay un conflicto de intereses terribles, ... el presidente del Tribunal Constitucional ese señor debería inhibirse... por que el Poder Judicial cuando uno tiene un caso y el juez es pariente, primo del demandante o del demandado, se tiene que inhibir y por que acá no se inhibe... eso es lo que le quita legitimidad ..esto es una primicia ...No se le puede reducir la pensión al señor Alva Orlandini..."; Sexto: Que, sin embargo en las referidas declaraciones no se aprecian frases injuriantes que denigren el honor y dignidad, del querellante, puesto, que ello se basó en la información difundida por otro medio de prensa, respecto que el Presidente del Tribunal Constitucional pertenecía al régimen pensionario de la ley veinte mil quinientos treinta, lo que en efecto configuraría un conflicto de intereses que podría presentarse si quien debe resolver una demanda resulta siendo parte interesada en el resultado; en el mismo sentido la querellada admite que la información obtenida de otra fuente periodística, la llevó a cometer ese error de apreciación, que luego ha rectificado conforme se aprecia en la transcripción de la visualización de video de fojas ciento cincuenta y seis y siguientes, lo que descarta el dolo en el proceder de la procesada, que al respecto; cabe

invocar la jurisprudencia de casos similares resueltos por el Supremo Tribunal: " En los análisis se tiene que las incriminaciones efectuadas por los querellantes contra los procesados, no se adecuan a la conducta reprimida por el artículo 132 del Código Penal, toda vez que existe ausencia del Animus Difamando, esto es conciencia y voluntad de difamar, en razón que los querellados en su condición de periodistas, ...se han limitado a efectuar publicaciones informando sobre denuncias y hechos revelados por terceras personas, que en algunos casos están referidos a formular críticas a determinadas actitudes de los querellantes, en relación a la coyuntura política y social del momento, situación que ha sido merituada adecuadamente por el Colegiado al expedir la sentencia de vista" (Exp. Nº 4264-2000 - Sala Penal- Corte Suprema de la República; Dictamen Nº 1598); Sétimo:
Que de lo glosado anteriormente, podemos colegir, que en el caso sub examine, las supuestas ofensas proferidas en contra del querellante, son conclusiones personales extraídas por él, sobre calificativos y conductas que no se aprecian en lo vertido por la procesada Yañez Málaga en las frases objeto de cuestionamiento; en ese sentido debemos señalar que la doctrina mas actualizada respecto al delito en análisis nos habla acerca de la llamada " Doctrina de la Real Malicia", la que se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes la prueba de que aquellas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si lo eran o no. "Resulta evidente entonces que ésta doctrina tiene por objeto fortalecer la fiscalización y denuncia de la prensa y la labor informativa de los medios de comunicación respecto de la gestión y de la labor de las autoridades de una sociedad democrática, por ello exime de responsabilidad a informaciones que puedan resultar, a la postre, falsas, erradas o no probadas, a condición de que se haya difundido sin dolo ni mala fe, es decir creyendo en su veracidad..." (Francisco Eguiguren Praeli – " La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal" Editorial Palestra – Lima 2004 pg. 208); Octavo: Que, en consecuencia se ha descartado, que la precitada encausada haya actuado con animus difamando, es decir con el ánimo de difamar al querellante Alva Orlandini, por lo que ante la ausencia de este elemento subjetivo del tipo, no se configura el delito de difamación ; concluyendo entonces, que la recurrida fue dictada de acuerdo a ley, por lo que resulta pertinente confirmarla; fundamentos por los cuales ; CONFIRMARON: La sentencia de fojas doscientos dieciocho y siguientes, su fecha diecisiete de mayo del año dos mil cinco, que falla absolviendo a la querellada Ana María Cecilia Yañez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el Honor – Difamación – en agravio de Javier Alva Orlandini. Notificándose y los devolvieron. Córdova Rivera – Avila León de Tambini – Lizárraga Rebaza.

La aberrante sentencia que precede alude a un hecho físico imposible: "...oído el informe oral de fojas 312..." ¿Acaso se trata de una grabación? El trío sentenciador, además, hace eco de la tesis de la querellada: "no informo, sólo comento. Ergo, soy inimputable." Si se atribuye al "colegiado" no tener capacidad jurídica, sólo sería un juicio de valor, sobre su desvalor. Empero, si se afirma que la sentencia está dictada a cambio de un provecho (patrimonial o no), se estaría imputando a la triada la perpetración de un delito (sea cierto o no); y, en consecuencia, los afectados (tres, dos o uno) podrían hacer la denuncia penal correspondiente.

La querellada imputa a un Magistrado Constitucional tener "...un conflicto de intereses terribles...el presidente del Tribunal Constitucional, ese señor debería inhibirse... porque en el Poder Judicial cuando uno tiene un caso y el juez es pariente, primo del demandante o del demandado, se tiene que inhibir y porque acá no se inhibe...eso es lo que le quita legitimidad...esto es una primicia...No se le puede reducir la pensión al señor Alva Orlandini..."

Si es una primicia ¿Quién la dice? ¿No es la querellada.?

La barra judicial sostiene que no hubo animus injuriando (sic). ¿Sería, por lo tanto, sólo animus fastidiando, o algo semejante?

Los sentenciadores invocan casos similares resueltos por el Supremo Tribunal y concluyen que la conducta reprimida por el artículo 132 del Código Penal no se ha producido en el caso de la querellada, pues...se ha limitado a efectuar publicaciones informando sobre denuncias y hechos revelados por terceras personas... De manera que reconocen que la querellada no sólo comentaba sino, también, informaba. ¿Pero qué comentaba o qué informaba? Un hecho totalmente falso: la manipulación de sentencias en el Tribunal Constitucional para que algún Magistrado fuera ilícitamente favorecido con las pensiones derivadas del Decreto Ley Nº 20530.

La "primicia" difamatoria de la querellada es absolutamente falsa: el Magistrado difamado no es pensionista, lícito ni ilícito, de ese régimen.

El ciudadano común y corriente no entiende cómo es que en el Poder Judicial se presentan flagrantes contradicciones, en diversas materias. Como parte de este fundamento de voto, se ha abordado un caso procesal nada complejo, en el que se dicta sentencia absolutoria respecto de la autora de un hecho tipificado como delito de difamación agravada, cuando, apenas cuatro meses antes, hizo público el 13 de enero de 2006 el comunicado, acordado por unanimidad, según el cual:

"El Derecho Fundamental de opinión, protegido por el art. 2 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, no es absoluto y tiene límites, entre ellos el respeto al derecho –también constitucional- al honor y buena reputación de las personas, respeto que debe ser de la mayor exigencia y ponderación tratándose de un dignatario de alta investidura."

Tiene, pues, el Consejo Nacional de la Magistratura la trascendente atribución de seleccionar a juristas probos para que tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público constituyan el sustento del Estado social y democrático de derecho al que aspiramos los peruanos.

Sr.

ALVA ORLANDINI

***Exp. Nº 5430-2006-PA/TC** [Proceso de Amparo promovido por Alfredo De la Cruz Curasma. Se establecen reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses].*

Fecha de Resolución: 24 de setiembre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de octubre de 2008

Resumen: Mediante esta sentencia que constituye precedente vinculante se determina que la vía constitucional de amparo es idónea para el reconocimiento de la pensión, el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses.

Al respecto se establecieron como reglas vinculantes los siguientes fundamentos:

Reglas de la procedencia de la amparo respecto a pensiones devengadas, reintegros e intereses (F.J. 14.1.b).

Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía (F.J. 14.1.b.1)

Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (F.J. 14.1.b.2)

Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente (F.J. 14.1.b.3)

Afectación del derecho de igualdad (F.J. 14.1.b.4)

Procedencia del recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses (F.J. 14.1.b.5)

Improcedencia del recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses (F.J. 14.1.b.6)

Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite (F.J. 14.2.b).

Asimismo, el precedente determinó la improcedencia en la vía constitucional de las pretensiones sobre pago de intereses y derivados, en los términos siguientes: "Procederá demandar en la vía constitucional el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses, siempre y cuando la pretensión principal esté vinculada directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión – acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido – delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA)" (F.J. 13).

Igualmente se precisó que la disposición contenida en el fundamento 37.g) del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), a diferencia de los otros supuestos del fundamento 37, ha señalado *prima facie* qué pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

Temas Claves: Amparo previsional - contenido constitucionalmente protegido - derecho a la igualdad - derecho a la pensión - derecho de acceso a la pensión - pago de devengados e intereses - pensión jubilación minera - procedencia del recurso de agravio constitucional.

EXP. N.° 05430-2006-PA/TC
LIMA
ALFREDO DE LA CRUZ
CURASMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 24 días del mes de setiembre de 2008, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumot Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alfredo De La Cruz Curasma contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 109, su fecha 16 de marzo de 2006, que declara fundada en parte la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de setiembre de 2004 el recurrente solicita que se declare inaplicable la Resolución 0000049744-2004-ONP/DC/DL 19990, de fecha 13 de julio de 2004, y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009. Asimismo solicita el reintegro de los montos dejados de percibir, por haberse denegado el reconocimiento de su derecho pensionario.

La emplazada contesta la demanda alegando que el recurrente no ha acreditado las aportaciones efectuadas al Sistema Nacional de Pensiones, para lo cual se requiere de un proceso que cuente con etapa probatoria.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 23 de junio de 2005, declara improcedente la demanda, considerando que para afianzar la validez del certificado de trabajo presentado se debió acompañar los documentos detallados en el reglamento del Decreto Ley 19990.

La recurrida, revocando la apelada, declara fundada en parte la demanda ordenando el reconocimiento de las aportaciones efectuadas en los años 1956 y 1957, e improcedente el reconocimiento de las realizadas en el periodo 1958-1968, considerando que el amparo no es la vía idónea para ello por carecer de etapa probatoria.

FUNDAMENTOS

§ Procedencia de la demanda

1. En la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho.

§ Delimitación del petitorio

2. En el presente caso el recurrente demanda el reconocimiento de la pensión de jubilación minera conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley 25009. En consecuencia la pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

3. En sede judicial se ha determinado la validez de las aportaciones efectuadas durante el periodo 1956-1957 por un total de 1 año y 5 meses, y se ha desestimado el reconocimiento de las aportaciones realizadas durante el periodo 1958-1968.

4. Por tanto este Tribunal se pronunciará respecto a las aportaciones no reconocidas durante el periodo 1958-1968, para determinar si con éstas el demandante alcanza el mínimo de años de aportaciones requerido para acceder a la pensión reclamada.

§ Devengados e intereses

5. Antes del análisis de la controversia, este Colegiado considera necesario pronunciarse sobre el precedente vinculante establecido en el fundamento 15 del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-HC), publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 2006.

6. En el referido precedente vinculante se desarrollan los supuestos de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional (RAC), además de los formales que se indican en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional.

7. En el literal d) del fundamento 15 se aborda el tema del "pago de accesorios", detallándose algunos casos en los que los demandantes acuden al amparo para cuestionar exclusivamente pagos accesorios a la pensión o presentan un RAC con esta única finalidad, supuestos en los que este Tribunal declaraba fundada las pretensiones.

8. Al respecto tomando como referencia lo dispuesto en el fundamento 37.g, sobre reajustes pensionarios, del Caso Anicama (STC 1417-2005-AA), en el párrafo final del fundamento 15 inciso d) se establece como precedente vinculante, lo siguiente:

(...) en la actualidad, la protección constitucional de intereses y reintegros ya no serán materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vías igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrán ser ya materia de un RAC, pese a que en el pasado sí lo eran (subrayado agregado).

9. Posteriormente, el 13 de setiembre de 2007, se publica en el diario oficial El Peruano el Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad (STC 4853-2004-PA), estableciéndose como precedente vinculante la procedencia del RAC a favor de los precedentes vinculantes dictados por este Tribunal conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

10. A partir del precedente vinculante referido en el párrafo que antecede, la Oficina de Normalización Previsional ha interpuesto RACs cuando en sede

judicial se ha estimado el pago de accesorios junto con la pretensión principal, y por su lado los demandantes han hecho lo propio cuando no se ha estimado o se ha omitido el pronunciamiento sobre el pago de accesorios en los casos que han logrado pronunciamiento favorable respecto de la pretensión principal.

11. Así las cosas este Colegiado advierte, luego de la revisión de su propia jurisprudencia en la materia, que resulta necesario replantear su precedente sobre el pago de accesorios con la finalidad de que los jueces constitucionales emitan pronunciamientos uniformes respecto de este tema.

12. En consecuencia por la naturaleza restitutoria del amparo, este Tribunal considera que, verificada la vulneración del derecho fundamental a la pensión, corresponde ordenar la subsanación de tal vulneración desde la fecha en que se produjo, con el consiguiente reintegro económico de lo dejado de percibir por concepto de pensiones.

13. Por lo manifestado en el párrafo que antecede este Tribunal, en ejercicio de su función ordenadora y pacificadora, conviene en precisar el precedente que determinó la improcedencia en la vía constitucional de las pretensiones sobre pago de intereses y derivados (STC 2877-2005-HC fundamento 15.d), en los términos que a continuación se indican:

Procederá demandar en la vía constitucional el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses, siempre y cuando la pretensión principal esté vinculada directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido – delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA).

§ Precedentes constitucionales vinculantes

14. En consecuencia, en ejercicio de las funciones conferidas a este Colegiado, se establecen las siguientes reglas:

Precedente vinculante 1: Reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses

a. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. Regla sustancial: Cuando en un proceso de amparo la pretensión se ubique dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido – delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), se observarán las siguientes reglas:

Regla sustancial 1 : Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía

Quien se considere titular de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 2 : Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

Quien se considere titular de una pensión de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 3: Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente

Los titulares de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes de cualquier régimen previsional, podrán interponer un amparo, cuando se acredite una afectación al derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente, en los términos del fundamento 37.c) del Caso Anicama, y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 4 : Afectación del derecho a la igualdad

Se procederá de la misma forma señalada en las reglas que anteceden, en los casos que se demande la afectación del derecho a la igualdad en los términos del fundamento 37.e) del Caso Anicama.

Regla sustancial 5: Procedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

Cuando en sede judicial se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido- delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y no se hubiere ordenado el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 6 : Improcedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

El Tribunal no admitirá el RAC sobre pensiones devengadas, reintegros e intereses cuando verifique que el demandante no es el titular del derecho o que la pretensión no está directamente vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

Precedente vinculante 2: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

a. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. Regla sustancial: El criterio vinculante establecido en el Precedente 1 de esta sentencia será de aplicación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, precisándose que no están incluidos aquellos que se encuentren en etapa de ejecución.

15. Asimismo, toda vez que el precedente referido en el fundamento 13 que antecede se relacionó con el fundamento 37.g) del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), este Colegiado considera oportuno precisar que en esta disposición, a diferencia de las otros supuestos del fundamento 37, se ha señalado prima facie qué pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

16. Consiguientemente, si bien el amparo no es la vía para reclamar montos dinerarios y/o reajustes (devengados o reintegros), para determinar la procedencia de estas pretensiones accesorias se deberá tener en consideración si se está ante un caso de afectación del mínimo vital o de tutela urgente, en cuyo caso se habrá de analizar el fondo de la cuestión controvertida (pretensión principal) por encontrarse ésta comprendida en el contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, tal como viene haciendo este Tribunal a partir del precedente establecido en el Caso Anicama.

§ Análisis de la controversia de autos

17. Los artículos 1 y 2 de la Ley 25009, de jubilación minera, preceptúan que la edad de jubilación de los trabajadores mineros será de 45 años de edad cuando laboren en minas subterráneas, siempre que hubieren acreditado 20 años de aportaciones, de los cuales 10 años deberán corresponder a trabajo efectivo prestado en dicha modalidad.

18. Respecto a la edad de jubilación, de la copia del Documento Nacional de Identidad, de fojas 10, se desprende que el actor cumplió la edad mínima para tener derecho a percibir una pensión de jubilación minera en la modalidad de mina subterránea (45 años) el 13 de noviembre de 1995.

19. En cuanto a las aportaciones, a fojas 2 y 3 obra la resolución impugnada y el cuadro resumen de aportaciones de los que se evidencia que la demandada no ha reconocido al actor 10 años y 7 meses de aportaciones efectuadas durante el periodo 1958-1968, por considerar que no han sido fehacientemente acreditadas.

20. Respecto de la aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11° y 70° del Decreto Ley N.° 19990 establecen, respectivamente, que "Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)", y que "Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7° al 13°, aún cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las aportaciones". Más aún, el artículo 13° de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7.° de la Resolución Suprema N.° 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dispone que la emplazada debe "Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley".

21. Para acreditar las aportaciones efectuadas en el periodo 1958-1968, el demandante ha recaudado a fojas 4 un certificado de trabajo original expedido por el Superintendente General de la Corporación Minera Castrovirreyna S.A., en el que consta que laboró en mina subterránea durante 20 años y 4 meses, tiempo en el cual están incluidos los 9 años y 6 meses ya reconocidos.

22. En consecuencia se advierte que el demandante se desempeñó durante 20 años y 4 meses como trabajador minero, con más de 10 años de servicio efectivo en la modalidad de mina subterránea, estableciéndose la fecha de la contingencia el 13 de noviembre de 1995. Por tanto, a la fecha de la presentación de su solicitud cumplía los requisitos (edad, aportes y trabajo en la modalidad) para

percibir una pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009.

23. En cuanto al pago de las pensiones devengadas e intereses, habiéndose precisado el ámbito de aplicación del fundamento 15 d) del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-HC), este Tribunal ordena el pago de las pensiones devengadas conforme a lo establecido en el artículo 81 del Decreto Ley 19990 (desde 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud a la ONP) y el pago de los intereses generados conforme a la tasa establecida por el artículo 1246 del Código Civil.

24. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto por el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, la entidad demandada deberá cumplir con abonar los costos del proceso.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. **REVOCAR** la sentencia de autos.

2. Declarar **FUNDADA** la demanda por vulneración al derecho de acceso a la pensión; en consecuencia, NULA la Resolución 49744-2004-ONP/DC DL 19990.

3. Ordenar que la Oficina de Normalización Previsional expida, en el término de 30 días de notificada la presente, la resolución que reconozca el derecho del demandante a percibir pensión de jubilación minera con arreglo a lo dispuesto en la Ley 25009, en concordancia con el Decreto Ley 19990 y demás normas sustitutorias o complementarias, según los fundamentos de la presente, bajo apercibimiento de pago de una multa acumulativa equivalente a 3 URP por cada día de atraso.

4. Dispone que la emplazada cumpla con establecer el monto de las pensiones devengadas desde los 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud, liquidar los intereses legales generados desde la fecha referida y abonarlos en los términos establecidos en la Ley 28798.

5. Conforme a lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los precedentes vinculantes contenidos en los fundamentos 15.d) del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-PA) y 37.g) del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), quedan precisados tal como se señala en los fundamentos 13 y 15 de la presente.

6. Establecer como precedente vinculante de observancia obligatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 14.

7. Condena a la entidad emplazada al pago de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Exp. N° 4762-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Alejandro Tarazona Valverde. Se establecen reglas para acreditar períodos de aportaciones en el proceso de amparo].*

Fecha de Resolución: 22 de setiembre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de octubre de 2008

Resumen: Mediante esta sentencia se precisa que la titularidad del derecho a la pensión debe ser suficientemente acreditada a través de las aportaciones. Y en ese sentido, se establece reglas que deben seguir las partes en el proceso de amparo para la acreditación de periodos de aportaciones que no han sido considerados por la ONP en sede administrativa.

De acuerdo al precedente, las reglas para acreditar el periodo de aportaciones en el proceso de amparo son:

El demandante puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de Orcinea, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad (F.J. 26a).

Cuando la ONP conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste (F.J. 26b)

La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite (F.J. 26c).

Cuando en los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, no cumpla con adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa (F.J. 26d).

No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada (F.J. 26e).

No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada (F.J. 26f).

Temas Claves: Amparo previsional - acreditación de aportaciones - derecho de acceso a la pensión - medios probatorios.

EXP. N.° 04762-2007-PA/TC
SANTA
ALEJANDRO TARAZONA VALVERDE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2008, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alejandro Tarazona Valverde contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 126, su fecha 12 de julio de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.°0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de mayo de 2005; y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47.° del Decreto Ley N.° 19990, con el abono de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.

La emplazada contesta la demanda alegando que el demandante no reúne los requisitos establecidos en el artículo 47.° del Decreto Ley N.° 19990 para tener derecho a una pensión del régimen especial de jubilación, debido a que no ha nacido antes del 1 de julio de 1931.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Chimbote, con fecha 5 de marzo de 2007, declara fundada en parte la demanda, por considerar que el demandante ha cumplido con acreditar que cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 44.° del Decreto Ley N.° 19990 para acceder a una pensión de jubilación adelantada.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el demandante pretende acreditar sus años de aportaciones con unos certificados de trabajo que no resultan idóneos para el reconocimiento de años de aportaciones conforme al artículo 54.° del Decreto Supremo N.° 011-74-TR.

FUNDAMENTOS

1.§ Procedencia de la demanda y delimitación del petitorio

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento de mérito.

2. El demandante alega que la resolución cuestionada vulnera su derecho fundamental a la pensión, por cuanto no le reconoce sus aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, por lo que solicita
que se le reconozca dicho periodo de aportaciones y que se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47.° del Decreto Ley N.° 19990. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

3. Por su parte la ONP aduce que existe la imposibilidad material de acreditar la totalidad de aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, debido a que de la revisión de sus planillas sólo se ha podido constatar y reconocer las aportaciones de 1971 a 1974, una semana de 1979, y varias semanas entre 1985 y 1992.

4. Delimitados de este modo los términos del debate, este Tribunal Constitucional, dada la recurrencia creciente de este tema, considera conveniente revisar su jurisprudencia respecto a los medios probatorios que permiten acreditar periodos de aportaciones que son considerados por la ONP como años de aportaciones no acreditados, bajo el argumento de que no han sido probados fehacientemente o de que existe la imposibilidad material de acreditarlos.

Ello porque en un gran número de procesos de amparo que tienen por finalidad la tutela del derecho fundamental a la pensión, la controversia se centra en determinar si el demandante cuenta con el periodo de aportaciones que establece la ley para acceder a la pensión solicitada, lo que comporta siempre la necesidad de evaluar la idoneidad, la probidad y la eficacia de los medios probatorios aportados por las partes para poder determinar si efectivamente el demandante cumple o no con los años de aportaciones, ya que el derecho fundamental a la pensión es de configuración legal.

5. Además, debe tenerse presente que el derecho fundamental a la pensión tiene naturaleza de derecho social, que como tal impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas con la finalidad de subvenir las necesidades mínimas y vitales de los pensionistas para permitirles alcanzar y satisfacer adecuadamente el ejercicio del derecho a una vida digna.

Para este efecto, se abordarán los siguientes temas:

a. La prueba en los procesos constitucionales y la ausencia de etapa probatoria
b. ¿Quién es responsable en la retención y pago de la aportación?
c. ¿Cómo se prueban los periodos de aportación?
d. Reglas para probar periodos de aportaciones

2.§ La prueba en los procesos constitucionales

6. La prueba en los procesos constitucionales, como en cualquier otra clase de proceso o de procedimiento, se orienta a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión.

7. Así, en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable.

Ello con la finalidad de que el Juez en la sentencia, cuando sea estimativa, pueda ordenar la reposición de las cosas al estado anterior, o disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y cuando sea desestimativa, pueda condenar al demandante al pago de costas y costos en caso de que su actuación haya sido manifiestamente temeraria.

8. En tal sentido son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice.

2.1§ La ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales

9. Conforme al artículo 9.º del Código Procesal Constitucional (CPConst.), en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

10. La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Ello quiere decir que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa.

11. De ahí que el amparo constituya un proceso en el que el Juez no tiene, en esencia, que actuar pruebas, sino solo juzgar la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto reputado como lesivo, pues, en tanto vía de tutela urgente, este proceso requiere ser rápido, sencillo y efectivo. Por ello, en el proceso de amparo se está a la prueba de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta.

12. Por ello es que, en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamenten en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. Sin embargo, ello no impide que el Juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias complejas cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo.

3.§ La responsabilidad en la retención y pago de las aportaciones

13. En cuanto a la responsabilidad de la retención y pago de aportación, debe destacarse que el Decreto Ley N.º 19990 parte de la premisa de que el empleador actúa como agente de retención, es decir, como el que procede a retener el aporte que efectúa el trabajador y a entregarlo a la entidad competente. Por ello, el artículo 11.º del Decreto Ley N.º 19990 establece que:
Los empleadores y las empresas de propiedad social, cooperativas o similares, están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios en el montepío del pago de sus remuneraciones y a entregarlas a Seguro Social del Perú, conjuntamente con las que dichos empleadores o empresas deberán abonar, por el término que fije el Reglamento, dentro del mes siguiente a aquél en que se presto el trabajo. Si las personas obligadas no retuvieren en la oportunidad indicada las aportaciones de sus trabajadores, responderán por su pago, sin derecho a descontárselas a estos.

14. Asimismo, debe destacarse que el Decreto Ley N.º 19990 consideraba como periodos de aportación los días, meses y semanas en que presten o hayan prestado servicios los trabajadores, aun cuando el empleador no hubiese pagado las aportaciones a la entidad gestora, por tener éste la condición de agente retención. Así, en la redacción original del primer párrafo del artículo 70.º se establecía que:
Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13, aún cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones. (subrayado agregado).

Sin embargo, esta redacción original del primer párrafo del artículo 70.º del Decreto Ley N.º 19990 fue modificada por la Cuarta Disposición Transitoria y

Final de la Ley N.º 28991, eliminándose la frase "aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones", quedando redactado de la siguiente manera:
Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13.

15. Pues bien, teniendo en cuenta la nueva redacción del primer párrafo del artículo 70.º del Decreto Ley N.º 19990 se impone determinar si la modificación referida ha suprimido la presunción iuris et de iure de que se considere aportaciones efectivas a la retención del aporte efectuado por el empleador a la remuneración del trabajador que no es pagada a la entidad gestora. Para resolver esta cuestión debe tenerse presente la posición que ocupa el trabajador, el empleador y la entidad gestora en la relación laboral-previsional de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

16. Sobre el particular, este Tribunal considera que la modificación del artículo 70.º del Decreto Ley N.º 19990 en nada afecta la responsabilidad de los empleadores por la retención y pago de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, pues si bien en la nueva redacción se ha eliminado la frase "aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones", ello no implica que las aportaciones retenidas y no pagadas sean consideradas como aportaciones no efectuadas; por el contrario, las aportaciones retenidas y no pagadas por los empleadores deben ser consideradas como aportaciones efectivas, pues la modificación referida no enerva la calidad de los empleadores como agentes de retención de las aportaciones de los trabajadores.

17. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la relación de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, el trabajador ocupa una posición de desventaja, pues si bien él efectúa la aportación, es el empleador quien la retiene y la paga efectivamente ante la entidad gestora, es decir, es el responsable exclusivo de que las aportaciones ingresen al fondo de pensiones. Por su parte el empleador, al actuar como agente de retención, asume una posición de ventaja frente al trabajador por recaer en su accionar la posibilidad de que las aportaciones se realicen de manera efectiva, ya que puede retenerla de la remuneración del trabajador pero no pagarla ante la entidad gestora, pues el trabajador, en calidad de asegurado obligatorio, ocupa un rol de inacción y, por ello, está liberado de toda responsabilidad por el depósito de las aportaciones ante la entidad gestora. Ello implica también que la entidad gestora frente al empleador mantiene una posición de ventaja, ya que le puede imponer una multa por incumplimiento de pago de aportaciones retenidas o exigirle mediante los procedimientos legales el cobro de las aportaciones retenidas.

18. Por lo tanto, los asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones nunca se encuentran en la posibilidad efectiva de realizar directamente el pago de sus aportaciones a la entidad gestora, razón por la cual las aportaciones retenidas pero no pagadas al Sistema Nacional de Pensiones serán consideradas para determinar el total de años de aportaciones, pues su pago es responsabilidad exclusiva del empleador.

19. Ello quiere decir que el incumplimiento de la obligación de abonar las aportaciones por el empleador no puede perjudicar al trabajador, ya que si existe incumplimiento en este aspecto, la ONP o la entidad gestora competente debe hacer uso de los procedimientos de cobranza y de las sanciones previstas por la ley para cobrarle al empleador las aportaciones retenidas y no pagadas. En consecuencia, en todos los casos en que se hubiera probado adecuadamente la relación de trabajo, deberá equipararse el periodo de labores como periodo de aportaciones efectivas al Sistema Nacional de Pensiones.

20. Además, debe considerarse que a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley N.º 27334 y del Decreto Supremo N.º 039-2001-EF el incumplimiento del pago de las aportaciones constituye un problema de carácter tributario-laboral entre el ente recaudador de la ONP –ahora, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria– y el mismo empleador.
Y es que, como lo señala la Defensoría del Pueblo, la no verificación del aporte efectivo es un problema tributario entre el empleador y la SUNAT, ajeno al trabajador, teniendo la entidad recaudadora sus propias herramientas para exigir su cobro[1].

4.§ La prueba de periodos de aportaciones en la jurisprudencia constitucional

21. Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar a los certificados de trabajo presentados en original, en copia legalizada o en copia simple, como medios probatorios idóneos y suficientes para demostrar periodos de aportaciones que han sido considerados por la ONP como aportaciones no acreditadas.
Ello debido a que, luego de una interpretación conjunta de los artículos 11.º y 70.º del Decreto Ley N.º 19990 el Tribunal llegó a la conclusión de que, en el caso de los asegurados obligatorios, los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones, son considerados como periodos de aportaciones efectivas, aunque el empleadorno hubiese efectuado el pago de las aportaciones, debido a que está obligado a retenerlas de los trabajadores. Es más, dicha argumentación se ha visto reforzada con la cita del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 19990, que dispone que la ONP se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada uniformemente por este Tribunal y es la que se reafirma, luego de la modificación del artículo 70.º del Decreto Ley N.º

19990, tal como se ha sustentado en los fundamentos precedentes.

22. Sin embargo debe destacarse que a partir de este criterio jurisprudencial, durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal ha podido detectar, entre otros casos, algunos en los cuales se han presentado documentos falsos para acreditar años de aportaciones no reconocidos por la ONP.
Así, en la STC 09560-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por don Róger Aguinaldo Cabeza Vera contra la ONP y ordenó remitir copia de la sentencia y de los actuados pertinentes al Ministerio Público, porque los datos consignados en uno de los certificados presentados por el demandante no eran ciertos. En este sentido se señaló que:
En cuanto al primer certificado de trabajo, debe señalarse que los datos consignados en el no pueden ser ciertos, puesto que el notario referido fue destituido mediante la Resolución del Consejo del Notariado N.° 005-93-JUS/CN, de fecha 20 de julio de 1993. Por tanto, el demandante no pudo trabajar en la notaría referida hasta el 30 de julio de 1995, porque don Daniel Alejandro Céspedes Marín fue destituido del cargo de notario en el año de 1993.

23. De otro lado, también debe tenerse presente que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria, el Tribunal ha podido detectar otros casos en los cuales el demandante, para acreditar periodos de aportación, ha presentado certificados de trabajo que han sido expedidos por terceros o certificados de trabajo que son contradictorios en su contenido.
En la STC 4332-2005-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Heraclio Barranzuela Cienfuegos contra la ONP, debido a que los certificados de trabajo que presentó para acreditar que contaba con 20 años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación, habían sido expedidos por terceras personas y eran contradictorios. En tal sentido, para desestimar la demanda se precisó que:
(...) se advierte a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, un certificado de trabajo firmado por Manuel Rangel Castro, sosteniendo ser ex empleado de la oficina de la ex hacienda Yapatera, la misma que fue de propiedad de la señora Josefina Checa viuda de Mc Donald; certificado donde se afirma que el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1950 hasta 1971; pero también obra en el expediente, a fojas 6, otro certificado de trabajo firmado por Miguel Torres Carrasco - adjuntado por el recurrente junto con la presente demanda -, que tiene por fecha el mes de mayo de 2004, quien también afirma ser ex empleado (apuntador general) de la ex hacienda Compañía Agrícola Yapatera S.A. y que ésta fue de propiedad de la señora Josefa Checa de Mc Donald. Según este certificado, el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1953 hasta el 30 de diciembre de 1957. Con estos documentos el recurrente pretende acreditar que reúne los 20 años de aportaciones necesarios para obtener su pensión de jubilación; sin embargo, al estar firmados por terceros y no por su ex empleador, no podrían ser tomados como medios de prueba para acreditar su relación laboral. Más aún, se advierte contradicción entre ellos: mientras el documento que obra a fojas 6 sostiene que el recurrente laboró desde el año 1953 hasta diciembre del año 1957 en la referida hacienda, el documento que obra a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, sostiene que lo hizo desde el año 1950 hasta el año 1971. Es decir, no sólo su validez está en cuestión, sino también su veracidad, lo que hace imposible acreditar con ellos ni la relación laboral ni el tiempo efectivamente laborado que determine los años de aportaciones que se le habrían desconocido al recurrente (...).

24. Finalmente, debe destacarse que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal también ha podido detectar casos en los cuales el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones sin que presente algún medio probatorio que los acredite.
Así, en la STC 10465-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Edilberto Dueñas Coronado contra la ONP. En dicha causa, el demandante solicitaba que se le reconociera un total de 33 años aportaciones, en vez de los 27 años de aportaciones que le había reconocido la ONP. Al analizar la controversia, el Tribunal desestimó la demanda porque:
(...) para acreditar dichos años de aportaciones, el demandante no ha[bía] adjuntado ningún medio probatorio (certificados de trabajo, boletas de pago, liquidación de tiempo de servicios, resumen de aportaciones, entre otros).
En igual sentido, en la STC 00273-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Bernardo Isaac Leud Ku contra la ONP. En dicha causa, la controversia se centraba en determinar si el demandante cumplía con los 20 años de aportaciones exigidos por el artículo 1.° del Decreto Ley N.° 25967 para acceder a una pensión de jubilación. Al analizar la controversia, se desestimó la demanda porque de la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en el expediente, se llegó a la conclusión de que:
(...) no se puede verificar si efectivamente el recurrente tiene acreditado su derecho respecto a dichos años de aportación por cuanto no ha presentado documentos con los que al menos pruebe la relación laboral con sus distintos empleadores durante el referido tiempo.

25. Por lo tanto, teniendo presente que el criterio reseñado ha sido aprovechado abusivamente por los demandantes, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y de pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima pertinente establecer precedentes de observancia obligatoria respecto de las reglas que deben observar los jueces que conocen procesos de amparo para la acreditación de periodos de aportaciones considerados como no acreditados por la ONP.
Cabe destacar que estas reglas particulares que han de seguir los jueces que conozcan procesos de amparo,

para determinar cuándo un demandante ha acreditado fehacientemente periodos de aportaciones, tiene su razón de ser no solo por la inexistencia de estación probatoria en el proceso de amparo, sino también porque el criterio referido ha sido utilizado maliciosamente por los demandantes.

5.§ Reglas para acreditar periodos de aportaciones en el proceso de amparo

26. De este modo, cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.

b. La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.

c. La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.

d. En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282.º del Código Procesal Civil.

e. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar.

f. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiestamente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

6.§ Análisis de la controversia

27. Los artículos 47.º y 48.º del Decreto Ley N.º 19990, vigentes antes de la promulgación del Decreto Ley N.º 25967, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que tienen derecho a pensión del régimen especial de jubilación los hombres que: a) cuenten 60 años siempre que hayan nacido antes del 1 de julio de 1931; b) hayan estado inscritos en las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social o del Seguro Social del Empleado; y, c) acrediten, por lo menos, cinco años de aportaciones, siempre que sean asegurados obligatorios o que, habiéndolo sido, opten por la continuación facultativa.

28. En el caso de autos, según el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, el actor nació el 25 de noviembre de 1949, es decir, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990 para tener derecho a adquirir una pensión de jubilación conforme al régimen especial, por lo que dicho régimen de jubilación no le resulta aplicable.

29. No obstante, este Colegiado considera que en atención al contenido de la resolución cuestionada, procede la aplicación del principio iura novit curia, consagrado en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, en el presente caso la configuración legal del derecho a la pensión del demandante se analizará según lo dispuesto por las normas que regulan el régimen de jubilación adelantada establecido en el Decreto Ley N.º 19990, así como por sus modificatorias.

30. Conforme al artículo 44.º del Decreto Ley N.º 19990, para tener derecho a una pensión de jubilación adelantada se requiere tener, en el caso de los hombres, como mínimo, 55 años de edad y 30 años completos de aportaciones.

31. De la Resolución N.º 0000053395-2006-ONP/DC/DL 19990 y del Cuadro Resumen de aportaciones, obrantes a fojas 2 y 7, se advierte que la ONP le denegó al demandante la pensión de jubilación adelantada porque consideró que: a) sólo había acreditado 17 años y 5 meses de aportaciones; y b) existía la imposibilidad material de acreditar los 22 años y 10 meses de aportaciones efectuados de1965 a 1970, de 1975 a 1978 y de 1980 a 1984, así como los periodos faltantes de 1964, 1971, 1973, 1974, 1979, de 1985 a 1992 y de 1994 a 1996.

32. Para demostrar la titularidad del derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que lo configuran, el demandante ha adjuntado a su demanda dos certificados de trabajo obrantes a fojas 9 y 14, y dos liquidaciones de beneficios sociales obrantes a fojas 10 y 11, que acreditan que ha trabajado para Electro Cerámica Chimbote S.A. desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992. Consecuentemente, en aplicación de los artículos 11.º y 70.º del Decreto Ley N.º 19990, dicho periodo deberá ser tomado en cuenta como periodo de aportaciones para efectos de otorgarle pensión de jubilación, aun cuando el empleador no hubiese hecho el pago de las aportaciones correspondientes, toda vez que la demandada debe efectuar la cobranza de las aportaciones indicadas de acuerdo con las facultades que le otorga la ley, haciendo uso de los apremios que resulten necesarios para dicho fin.

33. Por tanto, tomando en cuenta la documentación mencionada, el actor acredita 21 años y 4 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales, sumados a los 17 años y 5 meses de aportaciones reconocidos por la demandada, hacen un total de 38 años y 9 meses de aportaciones. Asimismo, con el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, se acredita que el demandante nació el 25 de noviembre de 1949, y que cumplió los 55 años el 25 de noviembre de 2004.

34. Siendo así, el demandante reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada; y, consiguientemente, se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe abonarle las pensiones devengadas de conformidad con el artículo 81.º del Decreto Ley 19990, para lo cual deberá tener en cuenta la fecha de apertura del Expediente N.º 00900037205, en el que consta la solicitud de la pensión denegada.

35. Adicionalmente se debe ordenar a la emplazada que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo con la tasa señalada en el artículo 1246.º del Código Civil, y que proceda a su pago en la forma establecida por la Ley N.º 28798.

36. Habiéndose acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional a la pensión, corresponde, de conformidad con el artículo 56.º del Código Procesal Constitucional, ordenar a dicha entidad que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, NULAS las Resoluciones N.ºs 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990 y 0000053395-2006-ONP/DC/DL 19990.

2. Ordenar que la emplazada cumpla con otorgarle al recurrente una pensión de jubilación adelantada con arreglo al artículo 44.º del Decreto Ley N.º 19990, y que le abone las pensiones devengadas e intereses legales correspondientes, así como los costos procesales en la etapa de ejecución de la sentencia.

3. Declarar que los criterios previstos en el fundamento 26, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

---

[1] Informe Defensorial N.º 135. "Por un acceso justo y oportuno a las pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP". Lima: 2008, p. 66.

Exp. N° 0061-2008-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. Sobre seguro Complementario de Trabajo de Riesgo - arbitraje].*

Fecha de Resolución: 28 de enero de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 8 de mayo de 2008

Resumen: En este precedente vinculante el Tribunal Constitucional precisó los alcances que deberán contemplarse en caso de arbitraje voluntario sobre pensión de invalidez conforme al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR).

Así pues se establecieron las siguientes reglas jurídicas:

"Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes" (F.J. 12).

"Para que el arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

Que, para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

Que, el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.

Que, contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él" (F.J. 15).

"En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.° 26790 y sus normas complementarias y conexas" (F.J. 18).

Temas Claves: Amparo contra amparo - arbitraje voluntario - autonomía de la voluntad - convenio arbitral - derecho a la pensión - derecho a la salud - seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR).

EXP. N.° 00061-2008-PA/TC
LIMA
RÍMAC INTERNACIONAL
COMPAÑÍA DE SEGUROS
Y REASEGUROS S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de enero de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 60 del cuaderno de apelación, su fecha 28 de setiembre de 2007, que, confirmando la apelada, declaró improcedente, in limine, la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 16 de octubre de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, a cargo del magistrado Freddy Escobar Arquiñego, y contrala Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, integrada por los magistrados Alejandro Páucar Félix, César Solís Macedo y Hernando Cáceres Casanova, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 14 de junio de 2006, emitida por el Juzgado emplazado, y de la sentencia de fecha 25 de agosto de 2006, emitida por la Sala emplazada, en el trámite de un anterior proceso de amparo iniciado por don Ysidoro Altamirano Puppi, en el que se declaró fundada su demanda de amparo, ordenándose que se le otorgue una pensión vitalicia conforme a la Ley N.° 26790 y sus normas complementarias.
Sostiene que con las sentencias emitidas en el anterior proceso de amparo, recaídas en el Exp. N.° 3141-2005, se han vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que los magistrados emplazados no han tomado en cuenta que la pretensión demandada conforme al artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 003-98-SA tenía que ser ventilada en una etapa conciliatoria, y de ser el caso, en un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, debido a que el proceso de amparo por carecer de estación probatoria no constituía la vía idónea para dilucidar la pretensión del demandante.

2. Resolución de primer grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, con fecha 8 de noviembre de 2006, declaró improcedente, in limine, la demanda, por considerar que las sentencias cuestionadas han sido emitidas dentro de un proceso regular, en donde Rímac Internacional ha hecho uso de los recursos legales para cuestionarlas e impugnarlas; y que la desestimación de la excepción de convenio arbitral tiene como sustento la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en la STC 3746-2004-AA/TC.

3. Resolución de segundo grado

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República confirma la apelada por los mismos fundamentos.

III. FUNDAMENTOS

§.1. Delimitación del petitorio y de las materias controvertidas

1. La demanda de amparo tiene por objeto que se declare la nulidad de:
a. La Resolución N.° 5, de fecha 14 de junio de 2006, dictada por el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.° 2005-03141-0-1401JR-CI-01, en la que se estima la demanda de amparo interpuesta por don Ysidoro Altamirano Puppi contra Rímac Internacional y se declaran infundadas las excepciones de arbitraje, prescripción y falta de legitimidad para obrar; ordenándosele a Rímac Internacional que le otorgue una pensión vitalicia por enfermedad profesional, con arreglo a la Ley N.° 26790 y sus normas complementarias y conexas.
b. La Resolución N.° 9, de fecha 25 de agosto de 2006, dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por Rímac Internacional y se confirma la parte resolutiva de la sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica.

2. En su demanda, Rímac Internacional alega que las sentencias cuestionadas han vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que:
(...) para tramitar la pretensión ventilada en el proceso de amparo en el cual se han emitido las sentencias cuya nulidad demandamos, existe un procedimiento regular establecido por la ley de la materia, específicamente el Art. 09 del D.S. N.° 003-98-SA (...) que dispone una etapa conciliatoria y, de ser el caso, un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (...).
Asimismo, considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales porque:
Al haberse declarado fundada la demanda desestimándose la excepción de arbitraje deducida por nuestra parte el referido proceso de amparo es irregular pues justamente desconoce la existencia de una vía procedimental especifica igualmente satisfactoria para tramitar el derecho controvertido (...).

3. Pues bien, ha de subrayarse que el presente caso se trata de un proceso de "amparo contra amparo" donde

además existe una estimación total de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia. Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si la demanda cumple los presupuestos para la procedencia del "amparo contra amparo" expuestos en el fundamento 39 de la STC 4853-2004-PA/TC.

4. Asimismo, este Tribunal Constitucional considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, reiterar y esbozar criterios de observancia obligatoria respecto del arbitraje previsto en la normativa del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), debido a que nuestra decisión ha de centrarse en determinar si el arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA constituye la jurisdicción predeterminada por la ley, para ventilar pretensiones referidas al otorgamiento de una pensión de invalidez por accidente de trabajo o enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26970 y sus normas complementarias y conexas.

§.2. Reglas para la procedencia de una demanda de "amparo contra amparo"

5. Como se ha señalado en el fundamento precedente, este Tribunal en la STC 4853-2004-PA/TC ha establecido cuáles son las nuevas reglas que el juez constitucional debe observar para la procedencia, por única vez, de una demanda de "amparo contra amparo". En el presente caso, es la regla contenida en el fundamento 39.a de la sentencia referida, por tratarse de una sentencia de segundo grado que estima la pretensión contenida en la demanda de amparo.

6. En tal sentido, se debe determinar si estamos ante una resolución estimatoria ilegítima de segundo grado emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecidos en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

7. Pues bien, para determinar la ilegitimidad de la sentencia de segundo grado y, por ende, de la de primer grado, debido a que la confirma íntegramente, es necesario, en principio, determinar la constitucionalidad del arbitraje previsto en el marco normativo del SCTR, ya que las alegaciones de Rímac Internacional se basan en que las sentencias cuestionadas son ilegítimas porque declararon infundada la excepción de arbitraje.

§.3. El arbitraje en el marco normativo del SCTR

8. El marco normativo del arbitraje en el SCTR se encuentra previsto y desarrollado únicamente en el Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Así, en su artículo 9.º se establece que:

La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N.º 006- 97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en las que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS.

Asimismo, en su artículo 25.º se señala:

(...)artículo 25.5.3 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

9. Pues bien, hecha esta trascripción de los artículos del Decreto Supremo N.º 003-98-TR que regulan el arbitraje en el SCTR, hemos de determinar si su regulación es constitucional o inconstitucional. Antes de proceder al examen de la constitucionalidad de los artículos del Decreto Supremo N.º 003-98-TR que regulan el arbitraje en el SCTR, conviene precisar que la cuestión planteada no consiste en determinar si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que sin duda lo es, y así lo hemos reconocido en la STC 6167-2005-PHC/TC.

§.3.1. El arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

10. En cuanto a la regulación del arbitraje prevista en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, debe señalarse que este Tribunal Constitucional en la STC 10063-2006-PA/TC, cuyas reglas fueron elevadas a precedente vinculante por las SSTC 6612-2005-PA y 10087-2005-PA, ya se ha pronunciado sobre su inconstitucionalidad, por considerar que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural. En este sentido, se estableció en el fundamento

120 dela STC 10063-2006-PA/TC, (caso Padilla Mango): (...) a los asegurados y beneficiarios del SCTR no se les puede imponer obligatoriamente el arbitraje, ya que, en principio, el sometimiento a esta jurisdicción alternativa tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2.°, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9.° del Decreto Supremo 003-98-SA en la parte que obliga a los asegurados y beneficiarios del SCTR a someterse obligatoriamente al arbitraje resulta contrario a la Constitución, ya que en este caso el convenio arbitral nace ex lege y no a consecuencia de la autonomía de voluntad de los asegurados y beneficiarios. Es más, al imponérsele obligatoriamente el arbitraje a los asegurados y beneficiarios del SCTR se les está vulnerando su derecho-regla de acceso a la justicia y al juez natural.

11. Así pues, el artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 003-98-SA establece un arbitraje obligatorio para los asegurados y beneficiarios del SCTR, eliminándoles la posibilidad de poder acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.° 26790 y a sus normas complementarias y conexas. De allí que este Tribunal Constitucional en el fundamento 10 de la STC 6167-2005-PHC/TC haya establecido que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias.

12. Precedente vinculante 1: El arbitraje previsto en el artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 003-98-SA.
a. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
b. Regla sustancial: Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

§.3.2. El arbitraje previsto en el artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-98-SA

13. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9.°, el previsto en el artículo 25.° es un arbitraje voluntario, que se inicia porque una de las partes está disconforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, y que concluye con la resolución del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
14. En principio, este Tribunal Constitucional considera que el arbitraje voluntario tiene la presunción de ser constitucional debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Sin embargo, este Tribunal Constitucional considera que el arbitraje voluntario para que sea constitucional debe cumplir con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral.

15. Precedente vinculante 2: El arbitraje previsto en el artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-98-SA.
a. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
b. Regla sustancial: Para que el arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:
1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
4. Que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.
16. Conviene precisar que el ofrecimiento de la prueba que demuestre el cumplimiento de las reglas referidas en el fundamento precedente le corresponde al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, bajo responsabilidad. Asimismo, debe destacarse que las reglas establecidas son de aplicación para los procesos arbitrales que se van iniciar y para los que están en trámite, mas no para los procesos que ya cuentan con un laudo arbitral.

§.4. Análisis de la controversia

17. En el presente caso, de la revisión de las sentencias cuestionadas obrantes de fojas 26 a 31, se desprende que los emplazados para desestimar la excepción de arbitraje utilizaron como fundamento lo señalado por este Tribunal Constitucional en la STC 3746-2004-AA/TC, es decir, que actuaron conforme lo establece el artículo VI

del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que no existe vulneración de algún derecho fundamental; razón por la cual corresponde desestimar la demanda.

18. Finalmente, este Tribunal Constitucional considera oportuno establecer como precedente vinculante desde cuándo se inicia la contingencia en el SCTR

a. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b. Regla sustancial: En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.° 26790 y sus normas complementarias y conexas.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli.

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los fundamentos N.os 12, 15 y 18.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 00061-2008-PA/TC
LIMA
RÍMAC INTERNACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Estando de acuerdo con el rechazo de la demanda emito el presente voto por las consideraciones siguientes:

Luis Armando Arroyo Portocarrero, representante de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, interpone demanda de amparo contra el Juez del primer Juzgado Civil de Ica y los Jueces de la Primera Sala Civil de Ica. Solicita se declare nulas las resoluciones judiciales dictadas por los demandados en contra de su representada emitidas en un proceso de amparo anterior. Sostiene que los demandados no debieron declarar fundada la demanda de amparo que concedió renta vitalicia pues dicho tema se debió resolver en conciliación extrajudicial o en arbitraje.

Las instancias inferiores han rechazado liminarmente la demanda señalando que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Ello significa que la demanda ha sido rechazada ab initio pues al momento de su calificación el Juez constitucional de primer grado consideró que ésta no cumple con los requisitos de procedibilidad que exige la normatividad procesal constitucional; en consecuencia al no admitirse a trámite la demanda no se ha abierto el proceso y por tanto no se ha corrido traslado al emplazado para que pueda hacer uso de su derecho constitucional a la defensa.

El proyecto de resolución puesto a mi vista no obstante ingresa al fondo y declara infundada la demanda señalando que los demandados han otorgado renta vitalicia al recurrente en el proceso de amparo cuestionado, fundamentando su decisión en lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional que constituye precedente vinculante.

El Juez de primer grado, como decimos, no admitió a trámite la demanda porque al calificarla la rechazó de plano. El apelante cuestiona ese acto procesal y no otro, es decir cuestiona el rechazo de plano o liminar de su demanda, desde que con lo resuelto no hay proceso y consecuentemente no pueden así los grados superiores emitir decisión de fondo por cuanto el proceso, repito, no está abierto.

En toda impugnación el órgano revisor solo puede actuar bajo el principio de limitación (tantum apelatum quantum devolutum) que a su vez implica reconocer la prohibición de la reformatio in peius, que significa que el superior jerárquico está prohibido de reformar la decisión cuestionada en perjuicio del apelante cuando éste es quien solo la ha impugnado, significando que el superior, como tribunal de alzada, debe limitarse a resolver los agravios señalados por el impugnante. La actuación del Superior no debe por tanto tocar aquello que no fue materia de impugnación. En el presente caso corresponde a este Colegiado un pronunciamiento limitado a solo lo que fue materia del cuestionamiento que hace posible la elevación del expediente y que así lo convierte en tribunal de alzada. Por ello al Tribunal Constitucional le corresponde solo recalificar la demanda confirmando el auto recurrido o revocándolo para que, en este caso, el Juez de la causa la admita a trámite.

Uno de los derechos constitucionales de mayor relevancia para todo demandado es la tutela procesal efectiva que importa esencialmente el derecho de

defensa que conforma el debido proceso legal que a su vez exige la doble instancia. Estos derechos no solo deben ser tutelados por los grados inferiores sino también y principalmente por este Tribunal Constitucional. Resolver una demanda in audita part, es decir sin contradictorio como sugiere el proyecto, solo podría permitir por excepción una decisión fondal en asunto de suma urgencia suficientemente acreditada y únicamente, desde luego, para declarar fundada la demanda, en situación que justifique la postergación o suspensión del contradictorio y un inmediato o pronto pronunciamiento de fondo para restituir el derecho fundamental de la persona humana afectada (tutela de urgencia).

En el presente caso la recurrente es una empresa minera que demanda a una persona natural, llámese ex trabajador minero enfermo de neumoconiosis. Con su demanda la empresa cuestiona una decisión judicial emanada de un proceso de amparo pretendiendo así evitar que la sentencia que otorgó pensión vitalicia a un minero enfermo de neumoconiosis, surta efectos. Para ello menciona hechos monstruosos y los recubre con el manto protector de la Constitución Política, solicitando al Tribunal Constitucional que anule las resoluciones judiciales cuestionadas, que otorgaron pensión vitalicia un ex trabajador minero, en funciones que no le competen.

Por estas consideraciones mi voto es porque la demanda debiera ser rechazada por improcedente.

SR.

VERGARA GOTELLI

Exp. N° 1412-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Juan de Dios Lara Contreras. Se cambió el precedente vinculante referente a la motivación de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) sobre la evaluación y ratificación de magistrados].*

Fecha de Resolución: 11 de febrero de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de abril de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N.° 1412-2007-AA/TC, estableció como precedente vinculante la obligación constitucional de motivar las resoluciones de ratificación de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura es exigible en todos los casos. De este modo, el derecho a la motivación de las resoluciones de todo organismo constitucional se constituye en una premisa fundamental del Estado Constitucional.

El Tribunal sostuvo que en cualquier procedimiento donde se discuten derechos de los ciudadanos, es legítimo que ellos conozcan las razones por las cuales la Administración niega, otorga o restringe sus derechos. De esta manera, se permite excluir la arbitrariedad –antítesis del derecho y la razón– y se permite al ciudadano poder impugnar en sede jurisdiccional la decisión de la Administración, en caso de que las razones expuestas no sean suficientemente satisfactorias o se consideren vulneratorias de algún derecho fundamental.

Esta posición del Tribunal se estableció por primera vez y como precedente vinculante en la STC N.° 3361-2004-AA/TC (Caso Álvarez Guillén), donde se dejó sentado que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura de ratificación de magistrados debían ser motivadas. Sin embargo, en dicha sentencia se aplicó la técnica denominado *prospective ovverruling*, fijando los efectos de la posición jurisprudencial del Tribunal solamente a futuros casos.

Con ello, no se beneficiaron los jueces que no fueron ratificados con anterioridad a la expedición del precedente Álvarez Guillén y cuyos procedimientos ratificatorios se habían efectuado sin respetar el derecho a la motivación de las resoluciones, pues no podían ser repuestos en sus cargos a pesar de que la afectación de este derecho fundamental era evidente.

Tomando en consideración, por un lado, la interpretación a la que arribara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante el reclamo efectuado por un grupo de magistrados peruanos que acudieron a dicho organismo internacional, y por otro, que como el propio Tribunal Constitucional lo ha reconocido en uniforme jurisprudencia, los derechos previstos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales constituyen un referente "mínimo indispensable" para ampliar su ámbito normativo o realizar una interpretación que concretice de mejor forma el principio de la dignidad humana, el Colegiado constitucional decidió variar los efectos de la decisión adoptada en el caso Álvarez Guillén y permitir a cualquier magistrado impugnar la no ratificación efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura, fundada en la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones, incluso a aquellos que no fueron ratificados antes de la expedición del mencionado precedente.

De esta manera, el Tribunal dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en la STC N.° 3361-2004-AA/TC (Caso Álvarez Guillén) y sentó uno nuevo, que ratifica el criterio anterior en el sentido de que es una obligación constitucional ineludible la motivación de las resoluciones por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, pero deja sin efecto el

extremo que restringía la vigencia de este derecho fundamental solo a los casos ocurridos con posterioridad a la emisión del referido precedente. Hoy, el Tribunal Constitucional ha cambiado de parecer en cuanto a los efectos en el tiempo de su sentencia anterior, por lo que ha dispuesto que cualquier magistrado que haya sido afectado en el derecho fundamental a la motivación tiene expedito el camino de la justicia para remediar dicha afectación.

Temas Claves: Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) - control constitucional de resoluciones del CNM - derecho a la igualdad - derecho a la motivación de resoluciones - derecho al debido proceso - *prospective overruling* - ratificación de magistrados.

Exp. N.º 01412-2007-PA/TC
LIMA
JUAN DE DIOS
LARA CONTRERAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de febrero de 2009, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los Magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda que se agregan y los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, que se anexa

ANTECEDENTES

Que con fecha 10 de septiembre de 2003 el recurrente interpone demanda constitucional de amparo contra los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), que con fecha 5 de agosto de 2003 resolvieron no ratificarlo en el cargo de Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque, pretendiendo que se declare la nulidad de la Resolución 323-2003-CNM de fecha 01 de agosto de 2003 a través de la cual se decidió no ratificar como magistrado al hoy demandante y se lo incorpore en el cargo que ostentaba hasta antes de la afectación a su derecho fundamental, asimismo peticiona se le reconozca los derechos inherentes al cargo, entre ellos los pensionarios, de antigüedad y los beneficios laborales y remunerativos dejados de percibir
Sostiene el demandante que por mandato constitucional fue convocado a pasar por el proceso de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura, cuyos miembros, luego de efectuar la evaluación correspondiente, se reunieron en sesión reservada y secreta para decidir sobre su ratificación. Concluida la referida sesión los integrantes de la citada institución del Estado decidieron no ratificar en el cargo de juez superior al accionante, sin comunicarle las razones o motivos que llevaron a dichos funcionarios del Estado a tomar tal decisión, bastando con la simple publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la lista de magistrados no ratificados. Todo ello a juicio del demandante colisiona con el derecho fundamental al debido proceso en su vertiente de motivación de las resoluciones.

Evacuada la resolución de primera instancia el Juez acogiendo lo dispuesto en el precedente vinculante 3361-2004-PA/TC declaró infundada la demanda por considerar que en los procesos ratificatorios evacuados hasta antes de la emisión del presente precedente no es obli gatorio, para Consejo Nacional de la Magistratura en los procesos ratificatorios, motivar su resolución.
El A-quem confirmó la recurrida por idénticos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1.- Es ampliamente conocido que este Colegiado Constitucional a través de la STC 3361-2004-AA/TC había determinado como precedente vinculante que los criterios establecidos con anterioridad
a la publicación de esta sentencia en el diario oficial "El Peruano" constituyen la interpretación vinculante en todos los casos relacionados con los procesos de evaluación y ratificación de magistrados efectuados por el Consejo Nacional de la Magistratura y, por ende, los jueces deben aplicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los términos en que estuvo vigente, toda vez que hasta antes de la dación del precedente al que se está haciendo referencia, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación efectuada respecto de las facultades que a tal institución le correspondía a tenor del artículo 154.2 de la Constitución Política del Estado.

La Constitución como portadora de valores superiores

2.- La Constitución Política del Perú, como toda Constitución de un Estado, lleva consigo un conjunto de atributos normativos y de superioridad que determina la unidad del ordenamiento del Estado. Pero como la Constitución no es una norma de cualquier contenido, sino precisamente portadora de unos determinados valores materiales que tienen su soporte en el orden sustantivo que conforman los expresados valores, esta debe expresar una unidad que informe todo el ordenamiento jurídico. Estos valores están expresados en su gran mayoría en los derechos fundamentales contenidos en ella.

3.- En tal sentido, todo acto que esté orientado a menoscabar aquellos valores superiores contenidos en la Constitución, vengan estos de particulares o de parte del Estado están proscritos por la Constitución Política del Perú, pues atentarían contra aquel orden de los valores.

Los Derechos Fundamentales como concreción de los valores superiores

4.- Consecuentemente, los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico.

5.- Así, los derechos fundamentales no son sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan al mismo tiempo un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.

6.- Teniendo en consideración los argumentos anteriormente expuestos podemos concluir que toda norma contenida en los Tratados Internaciones suscritos y ratificados por el Perú forman parte del derecho interno, lo cual ha sido recogido por el propio texto fundamental peruano en su artículo 55º y refrendado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 5854-2005-AA/TC "... los Tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicable al interior de Estado".

7.- Siguiendo esta línea argumentativa y complementando lo previsto en el artículo constitucional arriba citado, esto es el 55º, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú ha establecido que la interpretación de los derechos fundamentales se debe realizar en armonía o concordancia con las decisiones adoptadas por los Tribunal Internacional sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

El derecho fundamental al debido proceso y su correlato: La motivación de las resoluciones

8.- Como ya lo ha expresado el Tribunal Constitucional en abundante y sostenida jurisprudencia el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, en cuyo seno se alberga los actos administrativos, a fin de que las personas estén en la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado o de los particulares que pueda afectarlos. Queda claro, entonces, que la cláusula fundamental contenida en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, no es "patrimonio" exclusivo de los procesos jurisdiccionales, sino que el respeto del contenido del debido proceso se hace extensivo a los procesos administrativos públicos (como es el caso de autos) o privados.

9.- En reciente jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha precisado que "el fundamento principal por el que se habla de debido proceso administrativo encuentra su sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculadas a la Constitución Política del Estado, de modo que si ésta resuelve asuntos de interés para los administrados, y lo hace a través de procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional" (STC 8495-2006-PA/TC).

10.- Dentro de la misma línea de razonamiento este Colegiado ha precisado que dentro de aquel conjunto de garantías mínimas que subyacen al debido proceso se encuentra el derecho a la motivación de las resoluciones, que adquiere vital preponderancia en el caso que nos ocupa, pues es este el derecho que el demandante reclama como vulnerado y por el cual acude a esta instancia en pos de tutela. Por su parte, la doctrina considera que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la administración.

11.- En consecuencia debemos afirmar que el derecho a la motivación de las decisiones administrativas si bien no tiene un sustento constitucional directo, no es menos cierto que forma parte de aquella parcela de los derechos fundamentales innominados que integra la construcción constitucional del Estado que permite apartarse de toda aquella visión absoluta o autoritaria.

12.- Hablar de un Estado Constitucional significa hablar de un modelo estatal en el que sus acciones están regidas por el Derecho, lo que trae como correlato que la actuación de la administración deberá dar cuenta de esta sujeción para alejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la administración deberán contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso.

13.- Cuando en el considerando precedente se ha hecho referencia al término adecuada motivación, esta debe ser entendida como aquella que genera consecuencias positivas en un Estado de Derecho en el que la protección de los derechos fundamentales se rige como uno de sus principales pilares. Así, por un lado tenemos que una resolución debidamente motivada brinda seguridad jurídica a los administrados, y por otro, sirve como elemento de certeza a la autoridad administrativa que decide el procedimiento.

14.- Al respecto el Tribunal Constitucional ha sido claro al señalar la doble eficacia del derecho a la motivación de las resoluciones administrativas, así en la STC 2192-2004-PA/TC ha previsto que "... En la medida en que la sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la administración, sino también el derecho del administrado, a efectos de que este pueda hacer valer los recursos de impugnación que la ley le prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador...".

Un cambio necesario: Hacia una jurisprudencia eficaz que tutele los Derechos Fundamentales

15.- Como se ha expuesto en la parte introductoria de la presente resolución, existe un precedente vinculante de fecha 16/12/2005 que utilizando la técnica del overruling prospectivo estableció que los procesos de ratificación a los que son sometidos los Magistrados del Poder Judicial como del Ministerio Público por el Consejo Nacional de la Magistratura deberán ser motivados en la medida en que dichos procesos de ratificación se hayan realizado con posterioridad a la emisión del ya citado precedente, dejando sin protección jurídica-constitucional a aquellos magistrados a los cuales no se los ratificó en el cargo con una resolución carente de motivación.

16.- Dicha situación ha generado una distinción allí donde la ley no la ha formulado y ha traído como consecuencia un trato diferenciado en la aplicación de la ley, generando de este modo una afectación al derecho a la igualdad de aquellos magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones inmotivadas. Siendo honestos con nuestras convicciones, si bien reconocemos que esta técnica constituye un verdadero avance en el desarrollo jurídico por su firme contribución a la unificación jurisprudencial, no es menos cierto que su aplicación no debe estar orientada a constituirse en un elemento que imposibilite una efectiva protección y tutela de los derechos fundamentales.

17.- Que lo argumentado en el considerando precedente cobra mayor connotación si tenemos en cuenta que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante el pedido formulado por un grupo de magistrados que se vieron perjudicados por la no ratificación inmotivada, ha señalado en el año 2006 que "...los procesos de evaluación y ratificación no contaron con las garantías de la tutela procesal efectiva, particularmente la exigencia de la resolución motivada, requisito que debe ser conservado a todo tipo de procedimiento...". Todo ello como parte de una solución amistosa a la que se arribó con el Estado peruano. Es decir la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que existe vulneración a los derechos fundamentales de las personas que no fueron ratificadas en sus cargos de magistrados sin motivación alguna. Consecuentemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos requirió al Consejo Nacional de la Magistratura de nuestro país que rehabilite el título correspondiente a los jueces y fiscales que acudieron ante ella, y en la medida de ello se los reponga en el cargo de magistrados que ostentaban hasta antes de la no ratificación.

18.- Así, el CNM, acatando el acuerdo al que se arribó en la referida solución amistosa, resolvió dejar sin efecto los acuerdos adoptados por el Pleno de dicho organismo constitucional, contenidos en las resoluciones 019-2007-CNM de fecha 11 de enero de 2007; 123-2007-CNM y 124-2007-CNM, ambas del 20 de abril de 2007, quedando en consecuencia sin efecto las resoluciones que decidieron no ratificar a los magistrados del Poder Judicial.

19.- Esto trae a colación lo que el propio Tribunal Constitucional ya ha expresado en la STC 2730-2006-AA/TC "... no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte.
Como bien señala Cecilia Medina "... las fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente, y éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas... La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional..."
Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente "mínimo indispensable", en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos "nuevos" inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta...".

20.- Es relevante para el caso en concreto señalar que una de las resoluciones que fue dejada sin efecto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue la 323-2003-CNM, a través de la cual se decidió no ratificar al demandante. Lo paradójico o contradictorio está en que el Consejo Nacional de la Magistratura dejó sin efecto la resolución que se impugna a través del presente proceso de amparo, pero sólo en el extremo de aquellas personas que acudieron a la instancia internacional.

21.- La citada discriminación resulta intolerable desde la perspectiva actual del Estado Constitucional de Derecho, máxime si se tiene en cuenta las exigencias constitucionales a las que estamos sometidos cuando de interpretar los derechos fundamentales se trata, tal y conforme ya se ha señalado en el considerando 7 de la presente resolución.

22.- Por todo lo anteriormente expuesto, creemos que sería contraproducente a la propia naturaleza de los procesos constitucionales y sus fines seguir esgrimiendo argumentos a favor del precedente constitucional en referencia, siendo por ello necesario variar el criterio en aras de una defensa efectiva de los derechos fundamentales invocados como vulnerados.
En consecuencia, con los argumentos esbozados a lo largo de la presente sentencia y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional el Tribunal Constitucional, en atención a sus facultades

RESUELVE

1.- Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, inaplicable a don Juan de Dios Lara Contreras la Resolución N.° 323-2003-CNM, de fecha 01 de agosto de 2003.

2.- **ORDENAR** su inmediata reincorporación en el cargo de Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, reconociéndosele todos los derechos inherentes al cargo, sin incluir beneficios remunerativos dejados de percibir.

3.- **DEJAR** sin efecto el precedente vinculante establecido en la STC 3361-2007-AA/TC, y conforme a lo estipulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, SENTAR como nuevo precedente lo siguiente:

Primero.- Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos.

SS.

VERGARA GOTELI.I
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. 01412-2007-PA/TC
LIMA
JUAN DE DIOS
LARA CONTRERAS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

Con fecha 10 de setiembre de 2003 el recurrente interpone demanda constitucional de amparo contra los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), a fin de que se declare la nulidad de la Resolución N° 0323-2003-CNM, de fecha 01 de agosto de 2003, mediante la que se decidió no ratificarlo como juez superior. Asimismo solicita que en consecuencia se le reincorpore en el cargo que ostentaba hasta antes de la afectación a su derecho fundamental, y se le reconozcan los derechos injerentes al cargo.

Estando de acuerdo con la ponencia respecto a que es necesario realizar un cambio de criterio que garantice la defensa efectiva de los derechos fundamentales de la persona humana, considero que es pertinente realizar algunas precisiones teniendo en cuenta sobre todo que en casos anteriores me he pronunciado sobre temas que tienen relación al caso en análisis.

Respecto a que se declare la nulidad de la Resolución N° 323-2003-CNM debo señalar que si bien se configura la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones, no puede soslayarse que debe de haber una consecuencia lógica de dicha nulidad, es decir debe llevarse a cabo un nuevo proceso administrativo con todas las garantías del debido proceso, lo que obviamente implica que la resolución que se emita en dicho proceso estará debidamente motivada.

Respecto a la solicitud de reincorporación es necesario señalar que en los votos que emití en los casos N° 05156-2006-AA/TC y 04596-2006-AA/TC (casos de Walde Jáuregui y Loza Zea) señalé que "No hay justificación para que declarada la nulidad se restrinja la vuelta del Juez Supremo a su puesto de trabajo, consecuencia inmediata e insoslayable de la decisión de este Colegiado que además el demandante expresamente propone en su demanda (...). La sanción de nulidad implica la inexistencia de todo lo invalidado y la consecuencia natural de ponerse las cosas al estado anterior. La intervención de este Supremo Tribunal es específica y limitada, por lo que no le corresponde, fuera de la absolución del grado en la forma y en los alcances propios de su determinación, dictar medidas -aunque provisorias- que no están en sus facultades." En tal sentido considero que si este colegiado ha declarado la nulidad de la Resolución N° 0323-2003-CNM, las cosas deben reponerse al estado inmediatamente anterior a la vulneración de su derecho, es decir al estado en ejercicio del cargo que el demandante venía ostentando

En este sentido la demanda debe ser estimada debiéndose declarar la inaplicabilidad de la resolución cuestionada y en consecuencia reincorporarse al recurrente en el cargo que venía ostentando, teniendo el órgano emplazado la facultades amplias para emitir nueva resolución que, evidentemente cumpla el requisito de la debida motivación.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda de amparo propuesta por el recurrente y en consecuencia ordenar al órgano emplazado se lleve a cabo un nuevo proceso administrativo conforme a lo señalado por este colegiado. Asimismo debe reponerse las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho del demandante, es decir la situación inmediatamente anterior a la emisión de la resolución vulneratoria, la que resulta ser la reincorporación del demandante en el cargo que venía ostentando.

S.
JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EXP. 01412-2007-PA/TC
LIMA
JUAN DE DIOS
LARA CONTRERAS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Sin perjuicio del respeto que me merecen las opiniones de mis demás colegas y, al no compartir, el punto 2 de la parte resolutiva, de la sentencia emitida, por mayoría, por el Pleno del Tribunal Constitucional, emito el siguiente fundamento de voto:

1. En principio, estimo oportuno precisar que suscribo el criterio de la fundamentación de la presente sentencia. Pues, en virtud de las mismas razones que constan en los fundamentos números 15 a 22, y en aras de una efectiva defensa de los derechos fundamentales, estimo que corresponde variar el criterio contenido en el precedente vinculante establecido mediante STC 3361-2004-AA, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre de 2005, Caso ÁLVAREZ GUILLÉN.

2. Sin embargo, no suscribo el juicio en virtud del cual las demandas fundadas recaídas en los supuestos de cuestionamiento de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de magistrados, tendrían como consecuencia que en el fallo se ordene la inmediata reincorporación del recurrente en el cargo.

3. A ello alude precisamente el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, conforme al cual, la finalidad de los procesos constitucionales es proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de éstos. En el mismo sentido el artículo 55°, inciso 3, del Código adjetivo, prevé que la sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá el pronunciamiento de restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la lesión del derecho fundamental advertida por el juez constitucional.

4. En consecuencia, toda vez que la afectación inconstitucional está acreditada como una violación del derecho a la motivación (artículo 139°, inciso 5, de la Constitución), en nuestra opinión, resulta queda claro que reponer las cosas al estado anterior supone que debe dictarse una nueva resolución debidamente motivada por parte del Consejo Nacional de la Magistratura. De lo contrario se terminaría por desnaturalizar los alcances y efectos inherentes de las sentencias fundadas recaídas en amparo.

5. Asimismo, el Tribunal Constitucional, de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201° de la Constitución, tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular. Este principio de autonomía procesal permite al Tribunal Constitucional determinar, en atención a las circunstancias objetivas de cada caso y a las consecuencias que puedan generar los efectos de sus sentencias, el contenido de ellas. Es así como, por ejemplo, el artículo 55° del Código Procesal Constitucional ha previsto un haz de posibilidades para el caso en que la demanda sea declarada fundada. Pero también, en aquellos casos en lo cuales no se estima la demanda, este Colegiado puede ponderar, con criterios objetivos y razonables, los términos de su decisión, tal como ya ha procedido en anteriores oportunidades (STC 2694-2004-AA, 5156-2006-PA).

6. En el mismo sentido, en virtud de la ética de las consecuencias, cuando están implicadas dos apreciaciones discrecionales, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos. Así, en la materia sub júdice corresponde atenderse las consecuencias que se derivarían, de carácter jurisdiccional (plazas para los jueces), presupuestal (pago de las remuneraciones devengadas) y constitucional (respeto a las competencias que el constituyente ha asignado al Consejo Nacional de la Magistratura); lo que importa especial miramiento por parte de este Colegiado de las circunstancias objetivas de cada caso. De esta forma me aparto de cualquier criterio suscrito en sentido diverso al establecido mediante el presente pronunciamiento.

7. En el caso concreto, el amparista cuestiona la resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N.° 323-2003-CNM, de 1 de agosto de 2003, en la parte que dispone no ratificarlo en el cargo de Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque, y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación en el mencionado cargo.

Al respecto, conforme a lo señalado supra, estimo oportuno precisar que no suscribo la parte resolutiva, que a decir de la mayoría, dispone la inmediata reincorporación del demandante en el cargo de Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; por lo que debe declararse fundada la demanda, inaplicable la cuestionada resolución, y disponer que el Consejo Nacional de la Magistratura dicte una nueva resolución debidamente motivada.

Sr.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. 01412-2007-PA/TC
LIMA
JUAN DE DIOS
LARA CONTRERAS

VOTOS SINGULARES DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por la opinión vertida por nuestros colegas magistrados emitimos el siguiente voto singular, por cuanto no concordamos con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría.

En primer lugar, empezando por una cuestión estrictamente formal nuestra discrepancia radica en la forma como se presenta la sentencia de la mayoría. El usus

fori de este Colegiado ha asumido (1) dejar sentadas las posiciones del demandante, (2) del demandado y (3) de los juzgadores de primer y segundo grado, como una forma válida en que queden plenamente expresadas las consideraciones necesarias para el establecimiento de las razones declarativa-teológica, suficiente (ratio decidendi), la subsidiaria o accidental (obiter dicta), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (decisum) de una sentencia. El establecimiento de los puntos controversiales es un elemento básico en la emisión de cualquier resolución emitida por un Colegiado, máxime si se persigue el cambio de los criterios de la tutela de los derechos fundamentales.

A diferencia de lo que corresponde realizar al momento de establecer un precedente o de modificarlo, en la sentencia de la mayoría no se presentan de manera precisa y clara las nuevas reglas procesales y sustantivas que se establecen como precedente constitucional. El fallo se limita a decir que se deja sin efecto el precedente vinculante establecido en la STC 03361-2007-AA/TC y establecer como nuevo precedente que todas las resoluciones del CNM deberán ser motivadas sin importar el tiempo en que se hayan emitido; lo cual adolece de falta de claridad y precisión, no crea certeza jurídica; por el contrario se hace una aplicación arbitraria del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En segundo lugar, la alusión, en la sentencia de la mayoría, a la relación entre la jurisprudencia constitucional y la internacional (vid. fundamentos, 6, 7 y 19, entre otros) no es coherente con la STC05854-2005-AA/TC (FJ 22 y ss.), además de impertinente, pues los efectos de la solución amistosa de un Estado y la Comisión Interamericana no se equiparan a los de una sentencia de la CorteIDH. Es inadecuado, pues, que la mayoría considere, cual mandato judicial, que la Comisión haya "ordenado" al Estado peruano o al CNM (vid. fundamento 17) o que existe un mandato de la Comisión(vid. FJ 20), pues ésta carece de tales atribuciones. Más aún, la invocación a dicho acuerdo de solución amistosa es bastante forzado si se considera que el demandante, tal como se aprecia en el expediente, no se encuentra comprendido en dicho acuerdo (folios 383 y ss.).

En tercer lugar, es válido señalar que los derechos fundamentales tienen un doble carácter: subjetivo y objetivo, como bien lo ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia. No consideramos, sin embargo, adecuado invocar tal carácter si finalmente en la sentencia de la mayoría se insiste únicamente en el ámbito subjetivo del derecho invocado por el recurrente, tal como más adelante se precisa.

En cuarto lugar, según el propio Código Procesal Constitucional (artículo VII del Título Preliminar) el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de variar un precedente constitucional. El Código exige para ello el cumplimiento de tres elementos formales: fundamentos de hecho y de derecho, expresión de las razones declarativa y suficiente, y la determinación de los efectos en el tiempo. Además de los presupuestos sustantivos que también deben concurrir para el cambio de un precedente. La variación planteada en la sentencia de la mayoría no cumple, cuando menos, con los requisitos formales que son ineludibles, menos aún se explica con claridad los motivos que ameritarían este cambio.

En efecto, la sentencia de la mayoría considera, contradictoriamente, que el uso del precedente vinculante a futuro o prospective overruling en la jurisprudencia sobre ratificación de magistrados (vid. STC N.º 3361-2004-AA/TC) ha sido un elemento que imposibilita "una efectiva protección y tutela de los derechos fundamentales", pese a que la utilización de dicha técnica es un 'verdadero avance' (vid. fundamento 16). Al respecto, cabe decir que la utilización de tal técnica siempre conlleva una protección diferenciada, lo cual no es inconstitucional, y lo que hace es que por criterios objetivos y razonables se decide diferir los efectos en el tiempo de una determinada sentencia en base a un principio de seguridad jurídica, con la consecuente restricción, no anulación, en los beneficios de la tutela subjetiva del derecho fundamental del accionante. Esto fue justamente lo que sucedió con el precedente en mención con relación a la ratificación de magistrados.

Justamente a través de una sentencia como la que fuera emitida en el pasado, lo que se buscaba era tanto la tutela del ámbito subjetivo, pero también de la dimensión objetiva de la protección de los derechos fundamentales, en la medida que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos; es decir, pueden ser restringidos razonablemente en función de otros bienes constitucionales, como el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial, a través de la lucha contra la corrupción judicial. Más allá de la tutela de los derechos de los magistrados no ratificados, se consideró pertinente por cuestiones de índole de política jurisdiccional (plazas para los jueces, o actualización de los mismos luego de su alejamiento) o económica (el desembolso por parte del Estado), que no pudiera darse el retorno inmediato de las personas y el pago de las remuneraciones devengadas, como se pretende en el proyecto en cuestión.

En el voto en mayoría también se dice que se ha dado un "trato diferenciado en la aplicación de la ley" a la hora de permitirse el prospective overruling (vid. fundamento 16). En principio no es inconstitucional que se otorgue un trato diferenciado –lo que sí sería si se diese un trato discriminatorio–; de ahí que la afirmación de una supuesta vulneración del derecho a la igualdad de los magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones "inmotivadas", requiere de la aplicación del test de igualdad a fin de determinar si hubo o no violación del principio-derecho a la igualdad; más aún si éste se invoca como motivo para una modificación del precedente constitucional emitido.

Por el contrario, es justamente la sentencia de la mayoría la que podría tener algún viso de discriminación, puesto que la variación del precedente se aplicaría a poquísimos casos; sólo tales recurrentes se beneficiarían con una aplicación inmediata de la sentencia, a diferencia de los múltiples casos que han sido resueltos desde el 2005, año en que se emitió el precedente vinculante.

Lo cual no se condice con la vocación de permanencia ni generalidad, rasgos que generan predictibilidad y certeza jurídicas, que son inherentes a la naturaleza del precedente constitucional. En consecuencia, así como la Constitución proscribe que se dicten leyes especiales por diferencias de las personas sino por la naturaleza de las cosas (artículo 103°), igualmente no cabe que se establezcan precedentes constitucionales adhoc para determinadas personas, sin un análisis previo de su diferenciación.

En quinto lugar debemos precisar que, conforme a los fundamentos 6, 7 y 8 de la STC N.° 3361-2004-AA/TC, los criterios establecidos con anterioridad a la publicación de dicha sentencia en el diario oficial El Peruano –esto es, con anterioridad al 31 de diciembre de 2005– constituyen la interpretación vinculante en todos los casos relacionados con los procesos de evaluación y ratificación de magistrados efectuados por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) y, por ende, los jueces deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la referida fecha de publicación, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación efectuada respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud de una restrictiva orientación del artículo 154°.2 de la Constitución.

En ese sentido, en el caso concreto, el recurrente cuestiona la resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N.° 323-2003-CNM, de 1 de agosto de 2003, en la parte que dispone no ratificarlo en el cargo de Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque, y en consecuencia, solicita se ordene su reincorporación en el mencionado cargo. Al respecto, debe señalarse que en todoEstado constitucional y democrático, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas -sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución y con la STC 00728-2008-PHC/TC (FJ 6 y ss.).

En el supuesto particular de los procedimientos de evaluación y ratificación de magistrados ante el Consejo Nacional de la Magistratura, si bien el ejercicio per se de tal atribución discrecional no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente las decisiones adoptadas y/o no se siguen los procedimientos legalmente establecidos para su adopción. Por ello, si bien es cierto que con la emisión de la Resolución N.° 323-2003-CNM podría considerarse que se ha vulnerado el derecho al debido proceso –toda vez que dicha resolución carece de motivación alguna respecto de las razones que hubiesen justificado la decisión de no ratificar al actor en el cargo de Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque–, también lo es que en el fundamento 7 de la STC N.° 3361-2004-AA/TC a que se ha hecho referencia en el fundamento 1, supra, este Tribunal ha anunciado que, "[...] en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse como precedente vinculante conforme al artículo VII del Título Preliminar del CPC, tanto a nivel judicial como también por el propio CNM. Es decir, en los fututos procedimientos de evaluación y ratificación, el CNM debe utilizar las nuevas reglas que se desarrollarán en la presente sentencia".

Se advierte entonces que se ha aplicado, como en las STC 03788-2007-AA/TC, STC 0172-2008-AA/TC, en otras, el precedente constitucional a futuro o prospective overruling, que consiste en un mecanismo mediante el cual todo cambio en la jurisprudencia no adquiere eficacia para el caso decidido sino para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido. En el caso de autos, la Resolución N.° 323-2003-CNM, de fecha 1 de agosto de 2003, es decir, antes de la emisión de la sentencia que configura el nuevo precedente, razón por la cual la demanda de autos no puede ser estimada. Más aún si, como se puede observar que en el caso concreto, el recurrente ha cobrado su Compensación por Tiempo de Servicios luego de haber dejado el cargo al que ahora pretende retornar vía jurisprudencial, tal como queda establecido por las Resoluciones Administrativas de la Gerencia General del Poder Judicial N.° 070-2006-GG-PJ, de 27 de febrero de 2006 y N.° 116-2007-GG-PJ, de 5 de marzo de 2007, cuando se autorizara dicho pago ordenado a través de sentencias judiciales.

De lo que se ha ido señalando, consideramos que la sentencia de la mayoría quiebra la unidad de la jurisprudencia que debe emitir un Tribunal Constitucional. Cambiar un precedente constitucional sin demostrar sustento objetivo y de aplicación limitada a unos cuantos casos no se condice con la política jurisdiccional que debe observar este Colegiado. Más aún, el caso en mención la insuficiente fundamentación que sustenta el cambio de precedente, no se condice con el principio-derecho a la igualdad, que requeriría aplicar el test de igualdad. Por ello, si bien el Tribunal tiene la facultad para modificar un precedente constitucional, ello no puede contradecirse con los propios criterios dados para realizar tal cambio. En el presente caso, no se aprecia que exista fundamento suficiente que amerite esta variación: las razones declarativas y suficientes para ello no quedan claramente establecidas, más aún si no se ha previsto, bajo el principio de prevención, las consecuencias jurídicas, sociales y económicas de la sentencia en mayoría.

Todo ello no obsta para que, de considerarse lesionado en sus derechos, el demandante haga valer sus derechos en la vía supranacional.

Por estos fundamentos, consideramos que la presente demanda de amparo debe ser declarada INFUNDADA.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS

Exp. N° 2513-2007-PA/TC *[Proceso de Amparo promovido por Ernesto Casimiro Hernández Hernández. Se unifican los criterios vinculantes respecto del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)].*

Fecha de Resolución: 13 de octubre de 2008
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 8 de enero de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en el Exp N.° 02513-2007-PA/TC unificó los precedentes vinculantes establecidos en las sentencias emitidas en los Exps. N.os 10063-2006-PA, 6612-2005-PA, 10087-2005-PA y 00061-2008-PA, y estableció nuevos precedentes vinculantes sobre la interpretación y aplicación de las normas que regulan el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) y el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP).

La unificación de los precedentes tuvo por finalidad que los criterios interpretativos existentes queden establecidos en una sola sentencia, a fin de garantizar la unidad, predictibilidad y seguridad jurídica, y facilitar el uso por parte de los justiciables y los jueces.

Respecto a los nuevos precedentes vinculantes establecidos, destacan: a) la inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley N.° 26790; y b) el reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez.

Asimismo, se estableció que en los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, con la finalidad de frenar los abusos y excesos de la ONP y de las Compañías Aseguradoras ha dispuesto que cuando éstos no apliquen los precedentes vinculantes, se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y las costas del proceso por su actuación temeraria.

Temas Claves: Compatibilidad de pensiones - derecho a la pensión - derecho a la salud - pensión de invalidez - pensión vitalicia - procedencia de amparo previsional - seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR) - seguro de Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (SATEP).

EXP. N.º 02513-2007-PA/TC
ICA
ERNESTO CASIMIRO
HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ernesto Casimiro Hernández Hernández contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 109, su fecha 31 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 18 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis, conforme al Capítulo VII del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, más el pago de las pensiones devengadas. Refiere haber laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., expuesto a la contaminación ambiental del polvo mineral, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis con 80% de incapacidad.

2. Contestación de la demanda

La emplazada propone las excepciones de arbitraje, de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, y contesta la demanda alegando que para el otorgamiento de una pensión de invalidez, el demandante debió someterse a los exámenes médicos que establece el Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

3. Resolución de primer grado

El Primer Juzgado Civil de Ica, con fecha 11 de setiembre de 2006, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar que con el certificado de trabajo obrante en autos se acredita que el demandante laboró en actividades mineras expuesto a riesgos de toxicidad, y que con el examen médico presentado se acredita que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución.

4. Resolución de segundo grado

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que con la sentencia emitida en el Exp. N.º 2004-1846, se demuestra que el demandante ya se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por la enfermedad profesional que padece.

III. FUNDAMENTOS

1.§ Procedencia de la demanda y delimitación de las materias controvertidas

1. En el fundamento 37.b) de la STC 1417-2005-PA, que constituye precedente vinculante, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio.

2. El demandante pretende que se le otorgue pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, por lo que se analizará el fondo de la cuestión controvertida.
Alega que con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, se encuentra probado que adolece de neumoconiosis con 80% de incapacidad, razón por la cual tiene derecho a que Rímac le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790.

3. Por su parte Rímac aduce que la pretensión planteada en el presente proceso ya ha sido solicitada por el demandante en un anterior proceso de amparo, en el que se le ordenó a la Oficina de Normalización Previsional que le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790. Por lo tanto, el demandante no tiene derecho a una segunda pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790, ya que la Oficina de Normalización Previsional se la viene abonando.

4. Delimitados de este modo los términos del debate, corresponde a este Tribunal determinar si resulta legítimo que un asegurado pueda percibir por la misma enfermedad profesional dos pensiones vitalicias conforme al Decreto Ley N.º 18846 o dos pensiones de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 o una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 y una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790. Ello debido a que la pensión vitalicia fue sustituida por la pensión de invalidez para cubrir las mismas contingencias (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).

5. Con carácter previo al enjuiciamiento de la cuestión de fondo, es necesario recordar que en las SSTC 10063-2006-PA/TC, 06612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC y 00061-2008-PA/TC se han establecido los criterios vinculantes para la interpretación y aplicación del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) regulado por el Decreto Ley N.º 18846 y el Decreto Supremo N.º 002-72-TR y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) regulado por la Ley N.º 26790 y el Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Por lo tanto, teniendo en consideración que existen tres sentencias que establecen precedentes vinculantes respecto del SATEP y del SCTR y una que les sirve de fundamento o ratio decidendi, así como una prolija jurisprudencia que desarrolla temas no tratados por los precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional, en virtud de su función de ordenación, considera necesario que dichos criterios interpretativos queden unificados y

establecidos en una sola sentencia, a fin de garantizar la unidad, predictibilidad y seguridad jurídica, y facilitar el uso por parte de los justiciables y los jueces.

2.§ Criterios vinculantes respecto del SATEP y del SCTR

6. Este Tribunal al conocer las controversias referidas a la aplicación del Decreto Ley N.º 18846 o de la Ley N.º 26790 se ha encontrado con la siguiente problemática:

a. Prescripción de la pensión vitalicia.
b. Ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR.
c. La acreditación de la enfermedad profesional.
d. Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad.
e. La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790.
f. La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba.
g. La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional.
h. El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez.
i. La pensión mínima del Decreto Legislativo N.º 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional.
j. El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral.
k. La fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez
l. Responsabilidad del Estado en el SCTR.

7. Ahora bien, conviene señalar que para la motivación de los criterios vinculantes que se van a establecer en la presente sentencia, en algunos temas nos remitiremos a los fundamentos establecidos en la STC 10063-2006-PA/TC, y en otros se desarrollará la fundamentación correspondiente. De este modo, en algunos temas hemos de reiterar los precedentes vinculantes establecidos y en otros vamos a establecer nuevos precedentes vinculantes. Asimismo, antes de proceder a unificar los criterios vinculantes y establecer nuevos criterios vinculantes, debe señalarse que la regla procesal que permite a este Tribunal Constitucional establecer precedentes vinculantes se encuentra reconocida en el artículo 201º de la Constitución y en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
En este sentido, debe establecerse como:
a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

2.1.§ Prescripción de la pensión vitalicia

8. En este punto, se ha de reiterar las consideraciones expuestas en los fundamentos 89 y 90, en el sentido de que el plazo de prescripción de tres años del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 18846 para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia por incapacidad, al ser una restricción irrazonable, no se condice con el contenido esencial a la pensión que este Tribunal ha delimitado en las STCs 0050-2004-AI y 1417-2005-PA, por lo que debe entenderse inaplicable por incompatibilidad con la norma constitucional.

9. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

2.2.§ Ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR

10. Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley N.º 18846 y del Decreto Supremo N.º 002-72-TR, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 66 y 67 de la STC 10063-2006-PA/TC.

11. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.º 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

12. Asimismo, también debe reiterarse como precedente vinculante que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.º 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

2.3.§ Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

13. Para la motivación de este punto nos remitimos al fundamento 96 de la STC 10063-2006-PA/TC, en cuanto se establece que el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990 resulta aplicable, mutatis mutandi, a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 y a la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790.

14. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reitera como precedente vinculante que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o

dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

2.4.§ Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

15. Para determinar en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración o pensión vitalicia y pensión de invalidez, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 100 a 102, 104 a 105 y 109 de la STC 10063-2006-PA/TC.

16. En este sentido, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que:

a. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
b. Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
c. Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

17. Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también ha de reiterarse como precedente vinculante que:

a. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
b. Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
c. Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

18. Finalmente, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y pensión de invalidez, ha de reiterarse como precedente vinculante que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo N.º 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.5.§ La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790

19. A diferencia del SATEP, que no estableció el cumplimiento previo de algún período de calificación para que los asegurados y ex-asegurados puedan acceder a una pensión vitalicia por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el SCTR sí lo prevé. Así, en los artículos 19.º de la Ley N.º 26790 y del Decreto Supremo N.º 003-98-SA se establece que el derecho a la pensión de invalidez se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud (EsSalud).
En igual sentido, el artículo 25.6, literal c), del Decreto Supremo N.º 003-98-SA señala que el asegurado para obtener la pensión de invalidez deberá presentar, en el procedimiento de otorgamiento, el certificado de inicio y fin del goce del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud. Del mismo modo, el artículo 26.2 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA dispone que las pensiones de invalidez se devengarán desde el día siguiente de finalizado el período de 11 meses y 10 días consecutivos, correspondiente al subsidio por incapacidad temporal que otorga EsSalud.

20. Pues bien, teniendo presente que la normativa que regula el SCTR prevé un período de calificación previa (subsidio de incapacidad temporal por 11 meses y 10 días consecutivos) para acceder a una pensión de invalidez, corresponde determinar en qué casos resulta razonable que el destinatario del derecho fundamental a la pensión pueda exigir el cumplimiento de dicho requisito.
Al respecto, este Tribunal considera que el goce previo del subsidio de incapacidad temporal como condición para acceder a una pensión de invalidez constituye un requisito razonable que sólo puede ser exigido a los asegurados del SCTR que mantengan una relación laboral vigente, mas no a quienes han terminado su relación laboral, debido a que médicamente es posible que los efectos del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional se manifiesten después del cese laboral. En este sentido, este Tribunal en la STC 02349-2005-PA/TC ha precisado que "el pago de subsidios solo procede cuando existe vínculo laboral, de modo tal que resulta imposible exigir su percepción como condición previa al otorgamiento de la pensión después del cese laboral del asegurado", pues su exigencia a quienes han terminado su relación laboral, por ser irrazonable, vulneraría su derecho fundamental a la pensión.

21. Por ello, ha de establecerse como nuevo precedente vinculante que: La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vinculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha

tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.

2.7.§ La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba

22. Cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional es declarada durante la vigencia de la relación laboral, se presume que la configuración de la invalidez no es un hecho controvertido, pues se tiene la certeza de que ésta se encuentra cubierta por la póliza del contrato del SCTR. En cambio, si la enfermedad profesional es declarada luego que la relación laboral termina, la configuración de lainvalidez y la responsabilidad de la parte demandada se convierten en hechos controvertidos, pues se tiene que determinar si ésta se produjo dentro de la vigencia de la póliza.

23. Para ello, debe tenerse en cuenta que la enfermedad profesional puede presentarse durante la relación laboral o al término de ésta, ya que existen enfermedades profesionales que pueden manifestarse de distintas maneras y que no impiden necesariamente seguir realizando la prestación de servicios. Por ello, cuando la enfermedad profesional se presenta al término de la relación laboral, el responsable de la pensión de invalidez es la compañía aseguradora o la entidad encargada que mantenía la póliza vigente cuando se produjo el término de la relación laboral, ya que la invalidez se produjo durante la vigencia de su póliza.

24. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

2.8.§ El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

25. En cuanto a la exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad profesional y las labores desempeñadas para acceder a la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o su sustitutoria, la pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 81 y 113 a 114 de la STC 10063-2006-PA/TC.

26. En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, ha de precisarse su ámbito de aplicación y reiterarse como precedente vinculante que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.

27. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que puede ser de origen común o de origen profesional, ha de reiterarse como precedente vinculante que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones qué desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.

2.9.§ El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez

28. Es doctrina reiterada de este Tribunal que en caso se incremente el grado de incapacidad o invalidez provocado por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia o la pensión de invalidez. Ello debido a que la garantía institucional de la seguridad social tiene una doble finalidad, por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida.

Para fundamentar la procedencia del reajuste, este Tribunal en la STC 1008-2004-AA/TC, ha señalado que: a) La improcedencia del reajuste desnaturalizaría la esencia misma del seguro, el cual está concebido para cubrir la incapacidad laboral, resultando razonable, por lo tanto, que la pensión se incremente a medida que el grado de incapacidad se incremente; b) El riesgo cubierto –la incapacidad laboral producto de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales– no es estático ni se agota, en todos los casos, en el momento en que se produce el siniestro o se manifiesta la enfermedad; y c)Existen accidentes de trabajo y, especialmente, enfermedades profesionales que generan una progresión degenerativa de la incapacidad laboral y que son incurables, por ejemplo la neumoconiosis (silicosis).

29. Por lo tanto, el Tribunal ha de establecer como nuevo precedente vinculante que: procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.

2.10.§ La pensión mínima del Decreto Legislativo N.º 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

30. Sobre este punto, este Tribunal ha de reiterar las consideraciones expuestas en los fundamentos 87 y 117 de la STC 10063-2006-PA/TC, en el sentido de que los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 para los regímenes a cargo de la ONP no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley N.º 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley N.º 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones).

31. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

2.11.§ El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

32. El marco normativo del arbitraje en el SCTR se encuentra previsto y desarrollado únicamente en el Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Así, en su artículo 9.º se establece que:
La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N.º 006-97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en las que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS.
Asimismo, en su artículo 25.º se señala:

(...) artículo 25.5.3 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

2.11.1.§. El arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

33. En cuanto a la regulación del arbitraje prevista en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, debe señalarse que este Tribunal Constitucional, en el fundamento 120 de la STC 10063-2006-PA/TC, ya se ha pronunciado sobre su inconstitucionalidad, por considerar que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural.

34. En este sentido, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

2.11.2.§. El arbitraje previsto en el artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

35. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9.º, el previsto en el artículo 25.º es un arbitraje voluntario, que se inicia porque una de las partes está disconforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, y que concluye con la resolución del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

36. Sobre el particular, debe tenerse presente que este Tribunal Constitucional en la STC 00061-2008-PA/TC consideró que el arbitraje voluntario goza de la presunción de constitucionalidad debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Asimismo, se estableció que el arbitraje voluntario, para que sea considerado constitucional, debe cumplir con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral.

37. En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que: en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

a. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
b. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
c. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
d. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

38. Asimismo, cabe recordar que contra el laudo arbitral procede la demanda de amparo, siempre que se haya agotado previamente el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje y exista una resolución judicial firme que resuelva dicho recurso.

2.12.§ Fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez

39. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho a la pensión vitalicia o pensión de invalidez, este Tribunal en el precedente vinculante dictado en la STC 00061-2008-PA/TC ha precisado que la contingencia debe establecerse desde la fecha de emisión del dictamen o certificado médico expedido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que la prestación deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.

40. Por lo tanto, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º26790 y sus normas complementarias y conexas.

2.13.§ Responsabilidad del Estado en el SCTR

41. Este Tribunal en los fundamentos 124 a 126 de la STC 10063-2006-PA/TC al analizar el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA advirtió que la cobertura supletoria del SCTR que recae enla ONP, como ente estatal encargado de la calificación de las pensiones vitalicias o pensiones de invalidez por riesgos profesionales, solo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, y opera siempre que la entidad empleadora se encuentre inscrita, es decir, que no cubre la invalidez temporal e invalidez parcial permanente.

42. Pues bien, este Tribunal, con la finalidad de integrar el vacío normativo previsto en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ha de reiterar como precedente vinculante que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

2.14.§ Reglas procesales

43. Este Tribunal en los fundamentos 140 y 146 de la STC 10063-2006-PA/TC desarrolló algunas reglas procesales que deben tenerse presentes en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que requieren de una complementación para un mejor desarrollo de los procesos constitucionales y la predictibilidad de las sentencias.

44. Como primera regla procesal, tenemos que precisar los efectos que generó establecer en la STC 10063-2006-PA/TC como regla vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley N.º 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar en los procesos de amparo que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia

conforme al Decreto Ley N.º 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

45. Pues bien, teniendo en cuenta el criterio vinculante referido en el fundamento precedente, este Tribunal ha de reiterar como precedentes vinculantes que:
a. Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a tramite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.
b. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.
c. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

46. Asimismo, resulta conveniente establecer qué sucede en aquellos casos en los que el demandante no cumple con presentar el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades dentro del plazo de 60 días hábiles.
En este sentido, la segunda regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente es que: en los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.

47. En cuanto a las reglas procesales reiteradas en el fundamento 45 supra, debe precisarse que éstas sólo resultan aplicables a las demandas de amparo que se hayan interpuesto antes del 19 de enero de 2008, pues en dicha fecha se publicaron en el diario oficial El Peruano las SSTC 6612-2005-PA/TC y 10087-2005-PA/TC, que elevan a precedente vinculante las reglas contenidas en la STC 10063-2006-PA/TC, que fue publicada en la pagina web de este Tribunal el 6 de diciembre de 2007.

48. En orden a lo indicado, debe establecerse la regla procesal que ha de aplicarse a las demandas de amparo que sean interpuestas a partir del 19 de enero de 2008. En este sentido, la tercera regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que:
a. Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.

49. Finalmente, debe establecerse como última regla procesal en qué casos resulta válido imponer sanciones a las partes. En este sentido, la cuarta regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que: a la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del CPConst.Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedente vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

3.§ Análisis de la controversia

50. Sobre la posibilidad de percibir una doble pensión por una misma enfermedad profesional, debemos remitirnos al precedente vinculante originalmente establecido en la STC 10063-2006-PA, y reconocido como precedente vinculante mediante las SSTC 6612-2005-PA y 10087-2005-PA, en cuanto señala que "ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790".
51. Respecto a los elementos de interés para la resolución del presente caso, debe señalarse que con la Resolución N.º 11, de fecha 24 de mayo de 2005, dictada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2004-1846, obrante en autos como acompañado, se prueba que a la Oficina de

Normalización Previsional se le ordenó que le otorgue al demandante una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas. Asimismo, debe destacarse que en el proceso referido la demanda de amparo fue declarada fundada porque con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, que también ha sido presentado en el presente proceso, se probó que el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) con 80% de incapacidad.

52. Por lo tanto, advirtiéndose que el demandante se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26790, no resulta legítimo que pueda percibir una segunda pensión de invalidez por la misma enfermedad profesional que padece, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.

2. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se reitera como **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los fundamentos 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 24, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 42 y 45, que son las siguientes:

a. No existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

b. No se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.º 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

c. Los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.º 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

d. En los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

e. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

f. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

g. Ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo N.º 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

h. En los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

i. En el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas

subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.

j. Para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones qué desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.

k. Los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

l. Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

m. En el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.

4. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

n. La fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.

o. La cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

p. Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a tramite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un

certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

3. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se establecen como nuevos **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los fundamentos 21, 29, 46, 48 y 49, que son las siguientes:

a. La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vinculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.

b. Procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.

c. En los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.

d. Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.

e. A la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedente vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

***Exp. N° 3908-2007-PA/TC** [Proceso de Amparo promovido por Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provías Nacional). Se deja sin efecto el precedente que establecía la procedencia excepcional del recurso de agravio constitucional a favor del precedente].*

Fecha de Resolución: 11 de febrero de 2009
Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de mayo de 2009

Resumen: El Tribunal Constitucional resolvió dejar sin efecto el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC N.° 4853-2004-PA/TC, que señalaba las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente, fijando nuevas y puntuales normas procesales.

Consideró que mediante el precedente vinculante dejado sin efecto se tuvo en cuenta determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión "resoluciones denegatorias" establecida en el artículo 202° inciso 2 de la Constitución, a efectos de asumir la competencia mediante el recurso de agravio constitucional cuando se trate de la defensa de los precedentes vinculantes.

Sin embargo, en la presente sentencia, teniendo en cuenta la posición del constituyente y del legislador del Código Procesal Constitucional, se determinó que la expresión "resoluciones denegatorias" solo hacía referencia a las resoluciones de segundo grado que declaraban infundada o improcedente la demanda, sea esta de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento.

Por ello, el Tribunal precisó como una de las nuevas reglas procesales que el auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite debe ser revocado y declarado improcedente, y se ordene la devolución de lo actuado al Juzgado o Sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

Del mismo modo, el cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del precedente.

Temas Claves: Amparo contra amparo - cosa juzgada - procedencia del recurso de agravio constitucional - reglas para emisión del precedente - resoluciones denegatorias de segunda instancia - vinculación del precedente vinculante.

EXP. N.° 03908-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL (PROVIAS NACIONAL)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y BeaumontCallirgos, que se acompañan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte

Nacional (Provias Nacional) contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 49 del cuaderno de apelación, su fecha 23 de noviembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, solicitando que se declare nula y se suspenda los efectos de la Resolución N.º 12, de fecha 15 de marzo de 2006, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús PonceFailoc contra Provias Nacional y ordenó que lo reponga en su puesto de trabajo.

Sostiene que la resolución cuestionada vulnera sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y de defensa, debido a que la sentencia de la Sala emplazada omite fundamentar por qué se aparta del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC, que señala que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo, y no el proceso de amparo. Agrega que al haberse resuelto la pretensión de reposición de don Jesús Ponce Failoc en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-1640-0-1701-J-CI-3, la sentencia de la Sala emplazada ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC y la sentencia de la Segunda Sala Laboral dictada en el Exp. 1853-2004-BE(S), que dispuso que don Jesús Ponce Failoc hiciera valer su derecho en la vía correspondiente.

La Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con fecha 10 de julio de 2006, declara improcedente la demanda, por considerar que la sentencia emitida en el primer proceso de amparo ha sido emanada dentro de un proceso regular.

La Sala superior revisora confirma la apelada, por estimar que el precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC permite que se pueda acudir al proceso de amparo cuando se demuestre la falta de idoneidad del proceso contencioso administrativo o la urgencia del caso.

FUNDAMENTOS

§.1. Delimitación del petitorio y las materias a tratar

1. La demanda de amparo tiene por objeto que se declare la nulidad de:

a. La Resolución N.º 12, de fecha 15 de marzo de 2006, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-1640-0-1701-J-CI-3, en la que se declara fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provias Nacional, y se ordena que cumpla con reponerlo en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar nivel o categoría.

2. En su demanda, Provias Nacional alega que la sentencia cuestionada ha vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que:

"(...) SE APARTA DE PRECEDENTE VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 28.11.2005 DEL CASO DE CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES, CONTRA LAE.P.S. EMAPA HUACHO S.A., Y OTRO, SOBRE ACCIÓN DE AMPARO, Expte. Nº 0206-2005-PA/TC (...)"[sic].

3. Así visto, en el presente caso se tiene un proceso de "amparo contra amparo" donde, además, existe una estimación total de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia. Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si la demanda cumple los presupuestos para la procedencia del "amparo contra amparo" expuestos en el fundamento 39 de la STC 4853-2004-PA/TC. de ser así, habrá de analizarse, si la sentencia cuestionada contraviene el precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC.

4. Previamente, este Tribunal Constitucional considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, evaluar si las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC cumplen, o no, los presupuestos para dictar un precedente previstos en la STC0024-2003-AI/TC, y reiterados en la STC 03741-2004-PA/TC.

§.2. Las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente y los presupuestos previstos en la STC 0024-2003-AI/TC

5. De acuerdo con la STC 0024-2003-AI/TC, los cinco presupuestos básicos que deben observar las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el fondo para la aprobación de un precedente vinculante, son:

a La existencia de interpretaciones contradictorias.
b La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.
c La necesidad de llenar un vacío legislativo.
d La corroboración de normas que sea susceptibles de ser interpretadas de manera diversa.
e La necesidad de cambiar un precedente vinculante.

6. Teniendo en cuenta que los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante pueden ser cumplidos de manera alternativa, este Tribunal Constitucional constata que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante, por las siguientes razones:

a. En la praxis judicial no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución, ni del artículo 18.º del Código Procesal

Constitucional, pues de manera clara y legítima el constituyente y el legislador determinaron que la expresión "resoluciones denegatorias" hace referencia a las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda sea de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento. Por ello, la interpretación pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional sólo conoce las resoluciones denegatorias de segundo grado.

b. Asimismo, tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, pues en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC nunca se señala ello. Además, en la praxis del Tribunal Constitucional tampoco se ha constatado algún caso en que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad y que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión "resoluciones denegatorias".
Prueba de ello es que en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC no se menciona ni a modo de ejemplo un caso en que se haga evidente que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión "resoluciones denegatorias".

c. Tampoco existía ningún vacío legislativo, ya que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional tienen contemplados de manera precisa los casos en los que es posible interponer un recurso de agravio constitucional. Ello quiere decir que un precedente vinculante no puede reformar el texto expreso de la Constitución, pues ésta únicamente puede ser reformada siguiendo el procedimiento previsto en su artículo 206º. Además, de acuerdo al principio de interpretación conforme a la Constitución, el recurso de agravio constitucional sólo procede contra resoluciones denegatorias de segundo grado y no contra resoluciones estimatorias de segundo grado, pues para éste supuesto procede en todo caso el inicio de un nuevo proceso constitucional.

d. No se constata tampoco interpretaciones diversas del inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución o del artículo 18.º del Código Procesal Constitucional. Muy por el contrario, lo que se advierte es que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC ha sido concebido en abierta contradicción con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y los presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante establecidos en la STC 0024-2003-AI/TC.

e. Y, por último, el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC tampoco se estableció con la finalidad de cambiar algún precedente vinculante preexistente.

7. Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC omitió lo precisado por este Tribunal en el fundamento 46 de la STC 3741-2004-AA/TC, en el que señala que "la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones", pues "el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos".
Teniendo presente ello, este Tribunal considera que mediante el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC se impuso una determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión "resoluciones denegatorias" para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía recurso de agravio constitucional, a pesar de que el constituyente y el legislador como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión sólo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado. Además, debe resaltarse que la expresión "resoluciones denegatorias" había adquirido consenso en el constituyente y en el legislador, pues tanto en el inciso 2) del artículo 202.° de la Constitución como en el artículo 18.° del Código Procesal Constitucional se especifica de manera clara el significado de la expresión "resoluciones denegatorias", al señalarse que contra las resoluciones de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento procede el recurso de agravio constitucional.

8. Por estas razones, el Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, decide dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC. Por tanto, cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional, pues el constituyente en el inciso 2) del artículo 202.° de la Constitucióny el legislador en el artículo 18.° del Código Procesal Constitucional han precisado que la expresión "resoluciones denegatorias" sólo comprende las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y que por ende, solo contra ellas procede el recurso de agravio constitucional, mas no contra resoluciones estimatorias de segundo grado.

9. En este orden de ideas, también debe señalarse qué sucederá con aquellos recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que se encuentren en trámite y han sido concedidos por el Poder Judicial, así como con el cómputo del plazo de prescripción para interponer un "amparo contra amparo", un "amparo contra hábeas corpus", un "amparo contra hábeas data", o un "amparo contra cumplimiento". En este sentido, es oportuno precisar las siguientes reglas procesales a seguir:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.
b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.
c. os recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.

§.3. Análisis de la controversia

10. Como se ha señalado en los fundamentos precedentes, este Tribunal en la STC 4853-2004-PA/TC ha establecido cuáles son las nuevas reglas que el juez constitucional debe observar para la procedencia, por única vez, de una demanda de "amparo contra amparo". En este sentido, corresponde determinar si se está ante una resolución estimatoria ilegítima de segundo grado emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, atendiendo a que la ahora entidad demandante aduce que ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC, que establece que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo.

11. Con relación a ello, debe señalarse que la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc fue presentada con fecha 29 de marzo de 2005, mientras que conforme al propio precedente que se invoca, éste entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, lo que ocurrió con fecha 22 de diciembre de 2005.

12. Siendo esto así, resulta de aplicación al presente caso la regla procesal establecida en calidad de precedente vinculante en la STC 3771-2004-HC/TC, conforme a la cual las normas procesales tienen aplicación inmediata siempre que de su aplicación no se desprenda una mayor restricción o menoscabo a los derechos en cuestión. En tal sentido este Colegiado estableció, con relación a la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que establece la aplicación inmediata de las disposiciones del proceso constitucional incluso a situaciones en trámite, que "(...) que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto".

13. Siguiendo dicho razonamiento, los precedentes vinculantes que consagra este Tribunal, en cuanto establecen reglas procesales para la admisión o rechazo de pretensiones, deben aplicarse incluso a procesos en trámite, siempre que de su aplicación no se desprenda algún menoscabo a la tutela judicial efectiva o al derecho de acceso a los órganos de la justicia constitucional.

14. Debe tenerse en cuenta además que en el caso de autos las instancias judiciales, al estimar la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc, determinaron, sin que ello haya sido desvirtuado por la parte recurrente; a) que el referido trabajador había prestado servicios en calidad de servidor público en forma continua, bajo dependencia y siguiendo un horario de trabajo y bajo el régimen laboral de la actividad pública, por un periodo de 3 años y 8 meses; b) que resultaba de aplicación al caso, la protección que le otorga el artículo 1º de la ley Nº 24041; c) que en consecuencia, no podía ser despedido sino con causa justificada y siguiendo el procedimiento establecido en la ley; d) que al haberse procedido a despedirlo de manera unilateral, se han violado los derechos del referido trabajador a la debida protección contra el despido arbitrario, así como sus derechos al trabajo y al debido proceso, por lo que ordenaron su reposición.

15. En consecuencia, este Tribunal concluye que en el caso de autos, no sólo no se ha podido acreditar ninguna violación de los derechos que invoca el recurrente, sino que además la interposición de un nuevo proceso de amparo para desacatar una sentencia estimatoria que ordenó la reposición de un trabajador arbitrariamente despedido de su puesto de trabajo, constituye un claro intento por desatender los mandatos judiciales que se dictan en defensa de los derechos fundamentales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-PA/TC, que estableció las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.
3. **ESTABLECER** las siguientes reglas procesales:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se

encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del precedente.

c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.

4. Remitir copia de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, a la Presidencia del Poder Judicial, a efectos de que se adopten las medidas necesarias para su fiel cumplimiento.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 03908-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL (PROVIAS)

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por la opinión vertida por nuestros colegas magistrados emitimos el siguiente voto singular, por cuanto no concordamos con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría, referidos al cambio del precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC.

1. La sentencia en mayoría (FJ 4) considera pertinente, antes de ingresar al fondo de la controversia, verificar si el precedente vinculante establecido mediante el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC, se dictó cumpliendo los presupuestos para dictar un precedente "establecidos" en la STC 0024-2003-AI/TC y "reiterados" en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-PA/TC. Según la mayoría, para que se establezca un precedente vinculante debe cumplirse los siguientes presupuestos:

a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

2. Consideramos que lo primero que debe determinarse es si estos "presupuestos", en realidad, se constituyen como tales. Al respecto, es lugar común distinguir, en una sentencia constitucional, los argumentos que tienen la calidad de obiter dicta, de aquellos que en estricto son ratio decidendi, además del decisum. En la jurisprudencia de este Colegiado, además, reiteradamente se ha sostenido que lo que vincula es tanto la ratio decidendi como el decisum. Ahora bien, a nuestro juicio, los presupuestos, antes mencionados, de la STC 0024-2003-AI/TC no constituyen ratio decidendi, sinoobiter dicta.

3. Un criterio válido para distinguir entre los argumentos que constituyen obiter dicta y ratio decidendi es verificar si, al omitirse determinados argumentos, se altera la coherencia interna de la sentencia y, por ende, inclusive el sentido del decisum. Si ello sucede, los argumentos omitidos constituyen ratio decidendi. Por el contrario, si la omisión no afecta a la sentencia en su fortaleza argumentativa y, pese a la omisión de algunos argumentos, el fallo permanece inalterable, estaremos ante argumentos de carácter obiter dicta. Aplicando este criterio, debe determinarse el carácter de los argumentos de la STC0024-2003-AI/TC (referido a un tema de demarcación territorial), en los cuales supuestamente se recogen los presupuestos vinculantes para el establecimiento de un precedente vinculante.

4. Si se analiza detenidamente esta sentencia es fácil apreciar que todos los considerandos expresados antes del fundamento 1 constituyen indudablemente obiter dicta. Ello por cuanto si se prescinde de todos las consideraciones anteriores y se analiza estrictamente la resolución de dicho proceso, únicamente con los argumentos esgrimidos en los fundamentos 1 a 7, la coherencia interna de la sentencia y el sentido del fallo no se alteran en absoluto. Más aún, si se aprecia que la cuestión de fondo resuelta a través de la STC 0024-2003-AI/TC no guarda, para nada, relación con las reglas a seguir para establecer un precedente vinculante, sino más bien con un proceso de inconstitucionalidad relacionado con la determinación de si el Poder Ejecutivo tenía la atribución o no de proponer la demarcación territorial y al Congreso de la República aprobar la misma.

5. En ese sentido, los "presupuestos" supuestamente de ineludible cumplimiento para el establecimiento de un precedente carecen de esa naturaleza y no pueden ser, por tanto, criterio ni justificación válida para intentar dejar sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC. La claridad con que se concluye esto, nos releva de esgrimir mayores argumentos sobre los fundamentos 5 y 6 de la sentencia en mayoría, que por cierto son deleznables en su fortaleza argumentativa.

6. De otro lado, en la sentencia de mayoría (fundamento 7) también se señala que en el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC se omitió lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC, que supuestamente dice: "la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos".

7. Para determinar el sentido exacto del fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC y evitar caer en una tergiversación de lo señalado en este fundamento, consideramos que es pertinente citar el fundamento completo:
"En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del Common Law, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho".

8. A lo que el Tribunal Constitucional se refiere en este fundamento y en otros anteriores (cfr. por ejemplo el fundamento 44) es dar cuenta del tratamiento que se le da en el Common Law a la figura del precedente, tal como se aprecia de una lectura atenta y libre de tergiversaciones del texto completo del fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC. Así, llama la atención que, no obstante la mayoría ser críticos de las referencias al Derecho constitucional comparado, en la sentencia de la mayoría se acepte ahora, como ratio decidendi y sin reparos, las consideraciones vertidas sobre el precedente por la "doctrina foránea". Al margen de ello, veamos si tal como se concluye en la sentencia de la mayoría el Tribunal Constitucional impuso una determinada posición doctrinaria. Desde nuestro punto de vista este argumento no sólo es falaz sino también absurdo y carente de racionalidad.

9. Es falaz porque ningún Tribunal Constitucional del mundo ha desarrollado sus tendencias jurisprudenciales encapsulados en sí mismos y al margen del desarrollo dogmático de las instituciones del Derecho constitucional. Tan es así que la misma idea de que debía existir un Tribunal Constitucional como órgano supremo de control constitucional provino de la mejor doctrina iuspublicista europea (Hans Kelsen) y recogida primigeniamente, entre nosotros, en la Constitución de 1979. Además, la afirmación de la mayoría carece de racionalidad porque el Tribunal Constitucional no impone posición doctrinaria alguna (la mayoría no precisa qué posición doctrinaria es la que supuestamente se ha impuesto), sino que opta inevitablemente interpretando la Constitución y argumentando sus decisiones. Si ello fuese como afirma la mayoría, también tendría que concluirse que el Tribunal ha impuesto autoritariamente la propia institución del cambio del precedente, o de la doctrina de la interdicción de la arbitrariedad, del deber de protección del Estado de los derechos fundamentales, del contenido esencial de los derechos fundamentales, o del principio de proporcionalidad, o del principio de concordancia práctica, sólo para poner algunos ejemplos.
10. El Tribunal Constitucional, como es evidente pues, no puede construir y desarrollar su jurisprudencia sin conocer la dogmática constitucional nacional y comparada, porque entre la jurisdicción constitucional y el Derecho constitucional existe (y debe existir) un diálogo permanente. Las recientes publicaciones de algunos autores extranjeros realizados por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional constituyen el mejor reflejo de lo afirmado. De ahí que pretender dejar sin efecto el fundamento 40 del precedente de la STC 04853-2004-AA/TC porque supuestamente se omitió lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC no resiste el mayor análisis y, por ende, no puede ser un argumento válido para que dicho precedente se deje sin efecto.
11. Asimismo, en la sentencia de la mayoría (fundamento 8) se concluye que las sentencias estimatorias de segundo grado que vulneran un precedente vinculante pueden cuestionarse a través de un nuevo proceso constitucional y no mediante la interposición del recurso de agravio constitucional previsto en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional. La Constitución no puede ser interpretada aplicando únicamente el método literal;

si así fuera el Tribunal Constitucional no debe realizar un control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones ni las del Consejo Nacional de Magistratura porque el texto literal del artículo 142° de la Constitución "lo prohíbe".

12. Establecer que para cuestionar una sentencia estimatoria que viola un precedente constitucional se debe recurrir a un nuevo proceso constitucional resulta violatorio del principio de economía procesal e incurre en un formalismo desproporcionado en detrimento de quien se ve afectado por una sentencia estimatoria que viola la Constitución a través de un precedente constitucional. Se permite, pues la violación de la supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51°)y de la interpretación suprema del Tribunal Constitucional (artículo 1°, LOTC). En ese sentido, la antinomia de una norma-regla("Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. [c]onocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento", artículo 202°.2) con una norma de principio ("La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado", artículo 51°), no puede ser resuelta a favor de una norma que, en su aplicación, supone el fraude a la Constitución y el abuso del derecho (artículo 103°); por cuanto recurriendo al texto literal del artículo 202°.2 se va en contra de la supremacía constitucional que el fundamento 40 del precedente de la STC 04853-2004-AA/TC protege.

13. Por todo ello, no debe perderse de vista que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por un principio de prevención de sus fallos, no puede estar desvinculado de la realidad a la cual se proyecta. En ese sentido, el fundamento 40 del precedente constitucional de la STC 04853-2004-AA/TC se estableció, siempre a partir de la interpretación de la Constitución (artículo 202°.2), en un contexto en el cual muchas resoluciones de amparo y medidas cautelares dictadas en el seno de este proceso, a pesar de ser estimatorias, resultaban siendo violatorias de los valores materiales que la Constituciónconsagra expresa o tácitamente. Sobre todo, debido a la inconstitucional e ilegal obtención de resoluciones de amparo y medidas cautelares favorables a algunas empresas dedicadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

14. Por todo lo señalado, al haberse demostrado que los "presupuestos" establecidos para dictar un precedente en la STC 0024-2003-AI/TC no constituyen ratio decidendi y no habiéndose omitido lo señalado en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-PA/TC, el pretendido cambio del fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC deviene en ilegítimo; en consecuencia, dicho precedente vinculantedebe seguir aplicándose al permanecer plenamente vigente,.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS

ÍNDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO
(Tomo III)

A

Acreditación de enfermedad profesional (STC 10063-2006-PA)
Administradora de Fondo de Pensiones AFP (STC 9381-2005-PA; STC 7281-2006-PA)
Agotamiento de la vía previa (STC 5311-2007-PA)
Amicus curiae (STC 0009-2008-PI; STC 2480-2008-PA)
Amnistía (STC 0679-2005-PA)
Amparo
- *contra amparo* (STC 4853-2004-PA; STC 0061-2008-PA; STC 3908-2007-PA)
- *entre particulares* (STC 3574-2007-PA)
- *arbitral* (STC 5311-2007-PA)
- *previsional* (STC 5430-2006-PA; STC 4762-2007-PA)

Antejuicio político (STC 3509-2009-PHC)
Anticonceptivo oral de emergencia AOE (STC 2005-2009-PA)
Anulación y rectificación de información contenida en archivos bautismales (STC 1004-2006-PHD)
Aplicación inmediata de las normas (STC 5311-2007-PA)
Arbitraje
- *en el SCTR* (STC 10063-2006-PA)
- *voluntario* (STC 0061-2008-PA)

Áreas naturales protegidas (STC 3343-2007-PA)
Asimetría informativa (STC 2005-2009-PA)
Atribuciones y competencias de los organismos del Estado (0006-2008-PI)
Autonomía
- *del Consejo Nacional de la Magistratura* (STC 1333-2006-PA)
- *del Ministerio Público* (STC 0001-2009-PI)

Autonomía de la voluntad (STC 0061-2008-PA)

B

Beneficios penitenciarios (STC 0033-2007-PI)
Bono de reconocimiento (STC 9381-2005-PA)

C

Carrera diplomática (STC 4331-2008-PA)
Carrera pública magisterial (STC 0008-2008-PI)
Causal de despido por retiro de confianza (STC 3501-2006-PA)
Causales de desafiliación pensionaria (STC 0014-2007-PI)
Cláusulas penales (STC 5311-2007-PA)
Compatibilidad de pensiones (STC 2513-2007-PA)
Concepto de enemigo (STC 0002-2008-PI)
Consejo Nacional de la Magistratura (STC 1412-2007-PA)
Consentimiento informado (STC 5842-2006-PHC)
Contaminación ambiental (STC 3610-2008-PA; STC 3343-2007-PA)
Consejo Supremo de Justicia Militar (STC 0679-2005-PA)
Constitución ecológica (STC 3343-2007-PA; STC 3610-2008-PA)
Contenido constitucionalmente protegido (STC 6218-2007-PHC; STC 5430-2006-PA)
Contenido constitucional
- *de la libertad personal* (STC 6218-2007-PHC)
- *del derecho a la salud* (STC 2480-2008-PA)
- *del derecho a la vida* (STC 2005-2009-PA)

Contenido esencial
- *del derecho a la educación* (STC 0025-2007-PI; STC 0008-2008-PI)

- *del derecho a la huelga* (STC 0025-2007-PI; STC 0008-2008-PI)
- *del derecho al agua potable* (STC 6546-2006-PA)

Control constitucional
- *de actos del Ministerio Público* (STC 2725-2008-PHC)
- *de las resoluciones de la federaciones deportivas* (STC 3574-2007-PA)
- *de resoluciones del CNM* (STC 1412-2007-PA)
- *de resoluciones judiciales* (STC 0728-2008-PHC)
- *del derecho de gracia* (STC 4053-2007-PHC)

Control difuso administrativo (STC 6135-2006-PA)

Convenio
- *arbitral* (STC 0061-2008-PA)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (STC 0679-2005-PA)

Cosa juzgada (STC 2725-2008-PHC; STC 4853-2004-PA; STC 3908-2007-PA)

Cosa juzgada constitucional (STC 0005-2007-PI; STC 5287-2008-PA)

Criterios de identificación de actos homogéneos (STC 4878-2008-PA)

Cuerpo jurídico militar policial (STC 0001-2009-PI)

Cultivo hoja de coca (0006-2008-PI)

D

Deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida (STC 9332-2006-PA)

Debido procedimiento disciplinario en asociaciones (STC 3574-2007-PA)

Debido proceso
- *inter privatos* (STC 3574-2007-PA)

Declaración de apostasía y cisma (STC 1004-2006-PHD)

Delitos
- *de función militar* (STC 0002-2008-PI; STC 0001-2009-PI)

Denuncia penal (STC 2725-2008-PHC)

Derecho
- *a la autodeterminación informativa* (STC 0009-0010-2007-PI acumulados)
- *a la cosa juzgada* (STC 0679-2005-PA)
- *a la dignidad humana* (STC 0007-2006-PI; STC 10422-2006-PA; STC 3610-2008-PA; STC 5842-2006-PHC; STC 0926-2007-PA; STC 3343-2007-PA; STC 2480-2008-PA; STC 1817-2009-PHC; STC 2005-2009-PA)
- *a la educación* (STC 3574-2007-PA)
- *a la ejecución de resoluciones judiciales* (STC 1817-2009-PHC)
- *a la estabilidad laboral* (STC 0025-2007-PI; STC 0008-2008-PI)
- *a la identidad* (STC 2432-2007-PHC)
- a la identidad cultural (0006-2008-PI; STC 3343-2007-PA)
- *a la identidad étnica* (0006-2008-PI; STC 3343-2007-PA)
- *a la información* (STC 0014-2007-PI; STC 2005-2009-PA)
- *a la igualdad* (STC 0026-2006-PI; STC 0025-2007-PI; STC 0014-2007-PI; STC 0033-2007-PI; STC 0008-2008-PI; STC 6135-2006-PA; STC 6572-2006-PA; STC 9332-2006-PA; STC 4382-2007-PA; STC 4922-2007-PA; STC 5652-2007-PA; STC 4331-2008-PA; STC 5527-2008-PHC; STC 4853-2004-PA; STC 1333-2006-PA; STC 5430-2006-PA; STC 1412-2007-PA)
- *a la integridad personal* (STC 0014-2006-PI; STC 3610-2008-PA; STC 5842-2006-PHC; STC 0926-2007-PA; STC 1575-2007-PHC; STC 2480-2008-PA; STC 1817-2009-PHC)
- a la intimidad (STC 0926-2007-PA)
- *a la inviolabilidad de domicilio* (STC 2389-2009-PA)
- *a la libertad de conciencia y religión* (STC 2700-2006-PCH)
- *a la libertad personal* (STC 4053-2007-PHC; STC 6201-2007-PHC; STC 1317-2008-PHC)
- *a la libre contratación* (STC 0009-0010-2007-PI acumulados; STC 3610-2008-PA; STC 5311-2007-PA)
- *a la motivación de resoluciones* (STC 0654-2007-AA; STC 0728-2008-PHC; STC 1333-2006-PA; STC 1412-2007-PA)
- *a la no autoincriminación* (STC 0926-2007-PA)
- *a la participación política* (STC 1078-2007-PA)
- *a la pensión* (STC 0014-2007-PI; STC 7873-2006-PC; STC 6572-2006-PA; STC 9381-2005-PA; STC 7281-2006-PA; STC 5430-2006-PA; STC 0061-2008-PA; STC 2513-2007-PA)
- *a la presunción de inocencia* (STC 0026-2006-PI; STC 0728-2008-PHC; STC 0926-2007-PA; STC 3509-2009-PHC; STC 0025-2007-PI; STC 0008-2008-PI)
- *a la propiedad* (STC 0014-2007-PI; STC 5311-2007-PA)

- *a la protección de medio familiar* (STC 1817-2009-PHC)
- *a la prueba* (STC 5311-2007-PA)
- *a la salud* (STC 9600-2005-PA; STC 3610-2008-PA; STC 3343-2007-PA; STC 2480-2008-PA; STC 10063-2006-PA; STC 0061-2008-PA; STC 2513-2007-PA)
- *a la salud mental* (STC 5842-2006-PHC; STC 2480-2008-PA)
- *a la salud reproductiva* (STC 2005-2009-PA)
- *a la seguridad moral y material del niño* (STC 1817-2009-PHC)
- *a la seguridad social* (STC 9600-2005-PA; STC 10063-2006-PA)
- *a la sindicalización* (STC 3169 2006-PA)
- *a la tutela procesal efectiva* (STC 0665-2007-AA; STC 2725-2008-PHC; STC 6218-2007-PHC)
- *a la vida* (STC 3610-2008-PA; STC 3343-2007-PA)
- *a percibir una remuneración justa* (STC 4922-2007-PA)
- *al agua potable* (STC 6546-2006-PA)
- *al debido procedimiento* (STC 0654-2007-AA; STC 2732-2007-PA; STC 0926-2007-PA)
- *al debido proceso* (STC 0007-2006-PI; STC 0014-2006-PI; STC 0007-2007-PI; STC 0679-2005-PA; STC 3169 2006-PA; STC 2725-2008-PHC; STC 5311-2007-PA; STC 3509-2009-PHC; STC 9381-2005-PA; STC 1333-2006-PA; STC 1412-2007-PA)
- *al juez natural* (STC 5311-2007-PA)
- *al libre desarrollo de la personalidad* (STC 0007-2006-PI; STC 6135-2006-PA; STC 0926-2007-PA; STC 1575-2007-PHC; STC 2005-2009-PA)
- *al medio ambiente equilibrado* (STC 0007-2006-PI; STC 0009-2008-PI; STC 4223-2006-PA; STC 3610-2008-PA; STC 3343-2007-PA)
- *al plazo razonable* (STC 5228-2006-PHC; STC 7022-2006-PA; STC 3509-2009-PHC)
- *al reconocimiento de la personalidad jurídica* (STC 2432-2007-PHC)
- *al trabajo* (STC 3501-2006-PA; STC 10422-2006-PA; STC 3169 2006-PA; STC 5652-2007-PA; STC 4331-2008-PA)
- *de acceso a la función pública* (STC 0025-2007-PI; STC 0008-2008-PI)
- *de acceso a la justicia* (STC 0007-2007-PI; STC 3072-2006-PA; STC 3574-2007-PA)
- *de acceso a la pensión* (STC 7281-2006-PA; STC 5430-2006-PA; STC 4762-2007-PA)
- *de asociación* (STC 0009-0010-2007-PI acumulados; STC 3574-2007-PA; STC 2389-2009-PA)
- *de autodeterminación reproductiva* (STC 2005-2009-PA)
- *de defensa* (STC 0654-2007-AA; STC 3574-2007-PA; STC 0926-2007-PA)
- *de privacidad* (STC 0009-0010-2007-PI acumulados)
- *del niño* (STC 1817-2009-PHC)

Derecho penal del enemigo (STC 0014-2006-PI)
Derechos conexos a la libertad (STC 3509-2009-PHC)
Desafiliación pensionaria (STC 0014-2007-PI; STC 9381-2005-PA)
Desafiliación por falta de información (STC 0014-2007-PI; STC 7281-2006-PA)
Despido
- *arbitrario* (STC 5652-2007-PA)
- *fraudulento* (STC 3169 2006-PA)
- *nulo* (STC 10422-2006-PA; STC 3169 2006-PA)

Detención
- *domiciliaria* (STC 6201-2007-PHC)

Discriminación laboral
- *por edad* (STC 4331-2008-PA)
- *por opción sexual* (STC 0926-2007-PA)
- *por sexo* (STC 5652-2007-PA; STC 5527-2008-PHC)

Doble dimensión del derecho a la libertad (STC 1317-2008-PHC)
Doble dimensión en los procesos constitucionales (STC 0007-2007-PI)
Doctrina jurisprudencial (STC 5287-2008-PA; STC 4878-2008-PA)
Documento nacional de identidad (STC 2432-2007-PHC)

E

Efectos vinculantes de las sentencias internacionales (STC 0007-2007-PI)
Enfermedad síquica (STC 5842-2006-PHC; STC 2480-2008-PA)
Espacio electromagnético (STC 4223-2006-PA)
Estado de cosas institucional (STC 5287-2008-PA; STC 4878-2008-PA)
Estado social y democrático de derecho (STC 3610-2008-PA; STC 3343-2007-PA)

Estructura de la motivación de sentencias (STC 0728-2008-PHC)
Excarcelación (STC 0728-2008-PHC)

F

Familias ensambladas, familias reconstituidas o reconstruidas (STC 9332-2006-PA)
Figura procesal del participe (STC 0007-2007-PI)
Fin preventivo de la pena (STC 0033-2007-PI)
Finalidad del proceso
- de hábeas corpus (STC 5842-2006-PHC)
- de inconstitucionalidad (0006-2008-PI)

Fines de la pena (STC 0014-2006-PI; STC 1575-2007-PHC)
Fondo Nacional de Vivienda FONAVI (STC 1078-2007-PA)
Funciones
- del parlamento (STC 0026-2006-PI)

G

Gasto público (STC 0031-2008-PI)
Gracia presidencial (STC 4053-2007-PHC)

H

Hábeas corpus
- atípico (STC 1317-2008-PHC)
- contra resoluciones judiciales (STC 0728-2008-PHC)
- innovativo (STC 5228-2006-PHC)
- preventivo (STC 2725-2008-PHC)
- reparador (STC 5842-2006-PHC)

Habitualidad delictiva (STC 0014-2006-PI)
Homologación de docentes (STC 0031-2008-PI)
Homologación de remuneraciones de trabajadores (STC 4922-2007-PA)

I

Identidad familiar (STC 9332-2006-PA)
Importación de vehículos usados (STC 3610-2008-PA)
Inconducta laboral (STC 3169 2006-PA)
Inconstitucionalidad
- por conexión (STC 0033-2007-PI)
- por omisión (STC 0014-2007-PI)

Incumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en los procesos de ejecución de sentencias (STC 0168-2007-Q)
Independencia del juez (STC 4853-2004-PA)
Inmunidad parlamentaria (STC 0026-2006-PI)
Intangibilidad de los fondos pensionarios (STC 0014-2007-PI)
Interés difuso (STC 2005-2009-PA)
Interpretación constitucional conforme al Derecho Internacional (STC 0007-2007-PI)
Investigación fiscal (STC 5228-2006-PHC; STC 2725-2008-PHC)
Irrenunciabilidad de derechos laborales (STC 0025-2007-PI; STC 0008-2008-PI)

J

Jurisdicción
- militar (STC 0002-2008-PI; STC 0001-2009-PI)

Justicia constitucional y arbitraje en el futbol (STC 3574-2007-PA)

L

Levantamiento de inmunidad parlamentaria (STC 0026-2006-PI)
Libertad
- de asociación (STC 9332-2006-PA)
- de conciencia (STC 1004-2006-PHD)
- de religión (STC 1004-2006-PHD)
- personal (STC 0014-2006-PI; STC 5527-2008-PHC; STC 1817-2009-PHC; STC 3509-2009-PHC)
- de tránsito (STC 2432-2007-PHC)

Límites
- a la estabilidad laboral (STC 0008-2008-PI)
- a la propiedad (STC 0665-2007-AA)

M

Mandato de instancia supranacional (STC 4441-2007-PA)
Medios probatorios (STC 4762-2007-PA)
Modelo constitucional de familia (STC 9332-2006-PA)
Motivación
- externa (STC 0728-2008-PHC)
- interna (STC 0728-2008-PHC)

N

Naturaleza excepcional del proceso de amparo (STC 0796-2007-PA)
Noción constitucional de domicilio (STC 2389-2009-PA)

O

Oficina Nacional Previsional (STC 9381-2005-PA)
Orden interno (STC 0002-2008-PI)
Organismos no gubernamentales (STC 0009-0010-2007-PI acumulados)

P

Pago de devengados e intereses (STC 5430-2006-PA)
Patrimonio cultural de la nación (0006-2008-PI)
Pensión
- de viudez (STC 6572-2006-PA)
- invalidez (STC 10063-2006-PA; STC 2513-2007-PA)
- mínima (STC 10063-2006-PA)
- jubilación minera (STC 5430-2006-PA)
- vitalicia (STC 10063-2006-PA; STC 2513-2007-PA)

Pluralidad de intérpretes (STC 0005-2007-PI)
Potestad del poder legislativo (STC 0014-2006-PI)
Presunción de constitucionalidad de la ley (STC 0033-2007-PI)
Prescripción de la pensión vitalicia (STC 10063-2006-PA)
Principio
- de auto organización (STC 2389-2009-PA)
- de autonomía de la voluntad (STC 5311-2007-PA)

- de colaboración institucional (STC 0005-2007-PI)
- de competencia (STC 0009-2008-PI)
- de conservación de las leyes (STC 0033-2007-PI)
- de culpabilidad (STC 0014-2006-PI)
- de dignidad humana (STC 10422-2006-PA)
- de economía procesal e informalismo (STC 0168-2007-Q)
- de generalidad de normas (STC 0007-2006-PI)
- de igualdad (STC 4053-2007-PHC)
- de imparcialidad (STC 0001-2009-PI)
- de in dubio pro reo (STC 0728-2008-PHC)
- de inamovilidad de los jueces (STC 0001-2009-PI)
- de interés superior del niño (STC 1817-2009-PHC)
- de irretroactividad de la ley (STC 0031-2008-PI; STC 3610-2008-PA; STC 3509-2009-PHC)
- de la eficaz ejecución de las sentencias (STC 0168-2007-Q)
- de legalidad (STC 3169 2006-PA)
- de legalidad penal (STC 3509-2009-PHC)
- de ne bis in idem (STC 0014-2006-PI; STC 2725-2008-PHC)
- de prevención (STC 3343-2007-PA)
- de proporcionalidad (STC 0014-2006-PI; STC 3169 2006-PA)
- de protección al consumidor (STC 2005-2009-PA)
- de razonabilidad (STC 3169 2006-PA)
- de reserva de la ley (STC 1078-2007-PA)
- de reserva de la ley orgánica (STC 0009-2008-PI)
- de seguridad jurídica (STC 0679-2005-PA; STC 3285-2006-PA)
- de separación de poderes (STC 0005-2007-PI)
- de solidaridad (STC 3610-2008-PA)
- de supremacía constitucional (STC 0009-2008-PI)
- de tipicidad (STC 3169 2006-PA)
- de unidad del Estado (0006-2008-PI)
- de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (STC 0654-2007-AA)
- de universalidad (STC 9600-2005-PA)
- precautorio (STC 3343-2007-PA; STC 2005-2009-PA; STC 4223-2006-PA)
- pro homine (STC 2005-2009-PA)

Principios constitucionales
- ambientales (STC 4223-2006-PA)
- presupuestarios (STC 0031-2008-PI)

Principios de interpretación constitucional (STC 2005-2009-PA)
Procedimiento de desafiliación pensionaria (STC 7281-2006-PA)
Procedencia del amparo
- previsional (STC 2513-2007-PA)

Procedencia del hábeas corpus (STC 5842-2006-PHC; STC 6218-2007-PHC)
Procedencia del recurso de agravio constitucional (STC 4853-2004-PA; STC 5430-2006-PA; STC 3908-2007-PA)
Procesos constitucionales (STC 4853-2004-PA)
Procesos constitucionales de aplicación de actos homogéneos (STC 4878-2008-PA)
Programa de formación de aspirantes de magistrados PROFA (STC 0025-2005-PI)
Prospective overruling (STC 1412-2007-PA)
Protección de altos funcionarios estatales (STC 0026-2006-PI)
Protección especial a la madre (STC 5652-2007-PA; STC 5527-2008-PHC)
Protección estatal de la familia (STC 1575-2007-PHC)
Protección jurídica del concebido (STC 2005-2009-PA)
Prueba
- directa (STC 0728-2008-PHC)
- indiciaria (STC 0728-2008-PHC)

R

Ratificación de magistrados (STC 1333-2006-PA; STC 1412-2007-PA)
Reconducción procesal (STC 7873-2006-PC)
Recurso
- de agravio constitucional (STC 0168-2007-Q)

- de queja (STC 9332-2006-PA)
Recursos naturales esenciales (STC 6546-2006-PA; STC 3343-2007-PA)
Referéndum (STC 1078-2007-PA)
Régimen de visitas (STC 1817-2009-PHC)
Régimen disciplinario militar policial (STC 0926-2007-PA; STC 5527-2008-PHC)
Regímenes de excepción (STC 0002-2008-PI)
Regulación del consumo de bebidas alcohólicas (STC 3169-2006-PA)
Reglas para la emisión del precedente (STC 3908-2007-PA)
Reincidencia delictiva (STC 0014-2006-PI)
Remuneración (STC 10063-2006-PA)
Represión de actos homogéneos (STC 4878-2008-PA; STC 5287-2008-PA)
Requisitos procesales de la medida cautelar (STC 3509-2009-PHC)
Resoluciones denegatorias de segunda instancia (STC 3908-2007-PA)
Responsabilidad del Estado en el SCTR (STC 10063-2006-PA)
Responsabilidad familiar en tratamiento clínico (STC 2480-2008-PA)
Revocación de licencias municipales (STC 0007-2006-PI)
Riesgos profesionales (STC 10063-2006-PA)

S

Salud pública (STC 9600-2005-PA; STC 5842-2006-PHC; STC 2480-2008-PA; STC 2005-2009-PA)
Seguridad ciudadana (STC 0014-2006-PI)
Seguridad pública (STC 0007-2006-PI)
Seguro complementario de trabajo de riesgo SCTR (STC 0061-2008-PA; STC 2513-2007-PA)
Seguro de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales SATEP (STC 2513-2007-PA)
Sistema internacional de derechos humanos (STC 5652-2007-PA)
Sistema privado de pensiones (STC 0014-2007-PI)
Sistema público de pensiones (STC 0014-2007-PI)
Sujetos legitimados en actos homogéneos (STC 4878-2008-PA)
Suplencia de queja deficiente (STC 5637-2006-PA)

T

Teoría de los hechos cumplidos (STC 0025-2007-PI; STC 0008-2008-PI)
Test de igualdad (STC 0009-0010-2007-PI acumulados)
Test de proporcionalidad (STC 0007-2006-PI; STC 0033-2007-PI; STC 3610-2008-PA)
Test de triple identidad (STC 2725-2008-PHC)
Trabajador de confianza (STC 3501-2006-PA)
Tráfico ilícito de drogas (STC 0033-2007-PI)
Tratados internacionales de derechos humanos (STC 1575-2007-PHC; STC 2480-2008-PA)

U

Unión de hecho (STC 6572-2006-PA)
Uso de la fuerza por las FF.AA. (STC 0002-2008-PI)

V

Vacatio sententiae (STC 0005-2007-PI)
Vía igualmente satisfactoria (STC 4168-2006-PA)
Vinculación de precedentes (STC 3908-2007-PA)
Visita íntima (STC 1575-2007-PHC)

INVENTARIO
LIBROS
TC-2021